

INSTITUCIONES
DEL DERECHO PÚBLICO GENERAL
DE ESPAÑA
CON NOTICIA DEL PARTICULAR
DE CATALUÑA
Y DE LAS PRINCIPALES REGLAS DE GOBIERNO
EN QUALQUIER ESTADO.

SU AUTOR

DON RAMON LÁZARO DE DOU Y DE BASSOLS,
CANÓNIGO Y ARCEDIANO DEL VALLÉS DE LA SANTA
IGLESIA CATEDRAL DE BARCELONA.

TOMO VIII.

MADRID

EN LA OFICINA DE DON BENITO GARCÍA Y COMPAÑÍA.

Año de 1803.

*Se hallará con los tomos anteriores en la librería de Dávila calle de 1.^a
Carretas y en Barcelona en la de Ribas plazuela de Santiago.*

INSTITUCIONES
DEL DERECHO PÚBLICO GENERAL
DE ESPAÑA
CON NOTICIA DEL PARTICULAR

*Natura enim iuris explicanda est nobis,
eaque ab hominis repetenda natura: consi-
derandae leges, quibus civitates regi de-
beant: tam haec tractanda, quae composita
sunt, et descripta iura et iussa populorum,
in quibus ne nostri quidem populi latebunt,
quae vocantur iura civilia. Cicero de Leg.
lib. I. cap. V.*

TOMO VII

MADRID

EN LA OFICINA DE DON LEONARDO GARCÍA Y COMPAÑÍA

Año de 1807

Se publica en la Oficina de Don Leonardo García y Compañía, en la Calle de San Mateo, número 10, y en la de San Francisco, número 10, en Madrid, y en Barcelona, en la de San Mateo, número 10, y en la de San Francisco, número 10.

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS, SECCIONES,

ARTÍCULOS Y PÁRRAFOS DE ESTE

TOMO OCTAVO.

T ít. V. Cap. V. De los delitos en particular, y de la pena, que corresponde á cada uno de ellos.	
Sec. III. . . De los delitos opuestos á la justicia meramente legal, que no pueden reducirse á las clases de delitos opuestos á la religion, justicia distributiva y conmutativa, fortaleza, sabiduría, economía y policía.	I
Sec. III. De los delitos opuestos á la fortaleza.	6
Art. I. De los delitos militares y de algunas cosas en general de estos delitos. Ibid.	
Art. II. Del abandono indebido de puestos, cuerpos y guardias.	11
Art. III. De la desercion.	13
Art. IIII. De las faltas de valor y subordinacion.	25
Art. V. De las faltas de disciplina militar.	31
Art. VI. De contravenciones á reglamentos militares.	34
Sec. V. . . De los delitos opuestos á la sabiduría.	37
Sec. VI. . . De los delitos opuesto á la economía.	39

TOMO VIII.

Art. I.	De los delitos opuestos á la economía en general.	Ibid.
Art. II.	De los delitos opuestos á la agricultura.	44
Art. III.	De los delitos opuestos á las artes prácticas.	47
Art. IIII.	De los delitos opuestos al comercio.	49
Art. V.	De los delitos opuestos á la real hacienda.	Ibid.
§. I.	Del contrabando en general.	Ibid.
§. II.	De la pena de comiso en general.	50
§. III.	De la distincion de varios géneros , y de las penas del contrabando en los de ilícito comercio.	54
§. IIII.	De las penas del contrabando en géneros de lícito y libre comercio.	58
§. V.	De las penas del contrabando en géneros estancados.	63
§. VI.	De las penas del contrabando atendidas las circunstancias del delito.	64
§. VII.	De las penas del contrabando en tabaco.	70
§. VIII.	De las penas del contrabando en sal.	71
§. VIII.	De la pena de los contraventores á lo mandado en quanto á empleados en salitre y pólvora.	73
§. X.	De las penas de los contraventores á la ordenanza sobre papel sellado.	74
§. XI.	De las penas del contrabando en renta de correos.	Ibid.
§. XII.	De la pena del contrabando en	

	<i>la renta de lotería.</i>	76
§. XIII.	<i>De la pena de los que defraudan en rentas provinciales.</i>	77
§. XIII.	<i>De las penas de contrabando en el caso de cometer dos ó mas un mismo reo.</i>	78
§. XV.	<i>De algunas órdenes posteriores, que varían la pena de presidio de África de los defraudadores en destino á la Habana, Puerto Rico, Filipinas é Indias en general.</i>	Ibid.
§. XVI.	<i>De la aplicación de comisos y multas en delitos de contrabando.</i>	80
Sec. VII.	<i>De las penas de los delitos opuestos á la policía.</i>	89
Art. I.	<i>De las penas correspondientes á los delitos opuestos á cosas generalmente útiles á la policía.</i>	Ibid.
Art. II.	<i>De los delitos opuestos á las providencias de policía relativas á la salud y vida de los ciudadanos.</i>	98
Art. III.	<i>De los delitos opuestos á providencias de policía, relativas á la seguridad y buen uso de los bienes.</i>	101
Cap. VI.	<i>De los juicios criminales en general.</i>	104
Sec. I.	<i>De la justificación del cuerpo del delito y de la edad del delinquente.</i>	Ibid.
Sec. II.	<i>De decretos y diligencias correspondientes en la justificación del cuerpo del delito, y sus results.</i>	112
Sec. III.	<i>De las personas habilitadas para parecer en juicio criminal.</i>	113
Sec. III.	<i>De los dias, en que se puede</i>	

	<i>obrar en causas criminales , y del pronto despacho en ellas.</i>	116
Cap. VII.	<i>. . . De diferentes cosas , ó decretos comunes á distintos lugares del juicio criminal.</i>	121
Cap. VIII.	<i>. . . Del actor en juicio criminal.</i>	Ibid.
Sec. I.	<i>. . . De la acusacion respecto de nuestros tiempos y los antiguos , y de su definicion.</i>	Ibid.
Sec. II.	<i>. . . De las personas que no pueden acusar , y de quién debe ser preferido para la acusacion pretendiéndola muchos.</i>	125
Sec. III.	<i>. . . De los que no pueden ser acusados.</i>	136
Sec. IIII.	<i>. . . De las formalidades y obligaciones , á que han de arreglarse los acusadores.</i>	140
Sec. V.	<i>. . . De la inquisicion , con que faltando acusador debe procederse.</i>	146
Sec. VI.	<i>. . . De algunos delitos , en que no se puede proceder de oficio , ó por inquisicion.</i>	152
Sec. VII.	<i>. . . Del modo , con que ha de hacerse la inquisicion.</i>	155
Cap. VIII.	<i>. . . De la citacion ó prision del reo.</i>	158
Sec. I.	<i>. . . Del decreto de prision , de diferentes modos , con que ella puede decretarse , y su execucion.</i>	Ibid.
Sec. II.	<i>. . . De lo que se ha de zelar en quanto al reo preso , y del modo , con que se le ha de tratar en la cárcel.</i>	165
Sec. III.	<i>. . . Del salvo conducto , con que puede alguna vez embarazarse el decreto</i>	

de prision.	166
Sec. III. . . De cómo se ha de proceder á la prision del reo quando es de diferente jurisdiccion ó territorio respecto del juez, que la ha de decretar.	168
Sec. V. . . Del modo, con que se ha de proceder á la prision del reo retraido en asilo, ó quando se ignora su paradero.	173
Cap. X. . . . De los procedimientos de despues de la captura hasta la confesion del reo.	178
Sec. I. . . . De la declaracion indagatoria. Ibid.	
Sec. II. . . . Del embargo de los bienes.	179
Sec. III. . . Del tiempo de ampliar el sumario, y del nombramiento de defensor ó abogado.	181
Sec. IIII. . . Del careo.	185
Sec. V. . . . De la soltura de los reos mediante caucion.	187
Sec. VI. . . De las excepciones, que puede oponer el reo luego que esté preso.	189
Cap. XI. . . . De la confesion del reo.	190
Cap. XII. . . De los procedimientos de despues de la confesion, y ántes de correr el término de prueba.	199
Cap. XIII. . . Del término de prueba con relacion á testigos.	203
Sec. I. . . . De dicho término en general, y de la necesidad de él.	Ibid.
Sec. II. . . . Del tiempo, que se concede por término de prueba.	207
Sec. III. . . De la ratificacion de los testigos en el término de prueba.	208
Sec. IIII. . . Del modo, con que han de presentarse los testigos en el término de prueba.	211

Cap. XIII.	Del término de prueba con relación á las tachas de los testigos.	220
Cap. XV.	Del término con relación á la prueba á vista de ojos.	221
Cap. XVI.	De los términos de prueba con relación á instrumentos y á juramento	222
Cap. XVII.	De los procedimientos d. después de fenecidos los términos probatorios hasta la sentencia.	Ibid.
Cap. XVIII.	De la vista, informes, alegatos y dudas.	224
Cap. XVIII.	De las probanzas.	225
Sec. I.	De las probanzas en general, y de si la semiplena basta para aplicar pena extraordinaria.	Ibid.
Sec. II.	De la prueba ordinaria y privilegiada, y de la qualidad de prueba, que de ambas resulta.	230
Sec. III.	De la confesion del reo, y de la qualidad de prueba, que de ella resulta.	238
Sec. III.	De los testigos, y de la qualidad de prueba, que de ellos resulta, con distincion de hábiles é inhábiles y de los singulares.	244
Sec. V.	De los instrumentos.	255
Sec. VI.	De las presunciones ó indicios.	256
Art. I.	De la necesidad y justicia, en que se funda la prueba de las presunciones ó indicios, y de las circunstancias, que han de tener para formar probanza.	Ibid.
Art. I.	De lo que es indicio y presuncion, y en particular de las de derecho, y qualidad de prueba, que de todo resulta.	260
Art. II.	De presunciones de hombre, que	

	regularmente se comprehenden en el nombre de indicios, con varias distinciones, y expresion de la qualidad de prueba, que de ellos resulta.	268
Sec. VII.	Del juramento y qualidad de prueba, que de él resulta.	276
Sec. VIII.	Del tormento.	277
Art. I.	Del tiempo, en que corresponde darse el tormento, y de las autoridades y razones, con que algunos impugnan esta especie de prueba.	Ibid.
Art. II.	Del espíritu de las leyes en ordenar el tormento.	285
Art. III.	De los diferentes modos y efectos, con que se da el tormento.	289
Art. IIII.	De la prueba, que se necesita para dar tormento, y de los delitos, en que puede darse.	292
Art. V.	De las personas, que se pueden atormentar.	294
Art. VI.	Del modo, con que se ha de decretar, y dar el tormento.	298
Cap. XX.	De las sentencias.	303
Sec. I.	De dichas sentencias, y cómo deben darse.	Ibid.
Sec. II.	De los efectos de las sentencias, y especialmente de la execucion.	307
Sec. III.	De los motivos, que pueden obligar alguna vez á suspender la execucion de la sentencia, aunque no haya apelacion, suplicacion ni recurso contra ella.	315
Sec. IIII.	De los remedios del derecho para los que se tienen por agraviados con las sentencias.	318

LIB. III. TIT. V. SEC. III.

SECCION III.

De los delitos opuestos á la justicia meramente legal, que no pueden reducirse á las clases de delitos opuestos á la religion, justicia distributiva y conmutativa, fortaleza, sabiduría, economía y policía.

Si tenemos presente la distincion, que se sentó en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 1. num. 3.*, de la justicia en distributiva, conmutativa y meramente legal verémos, que la última casi incluye todo lo relativo á religion, fortaleza, sabiduría, economía y policía: los delitos opuestos á la justicia meramente legal casi todos se reducen á los que se oponen á alguna de las cinco virtudes expresadas: pero tambien los hay, que se oponen á la misma justicia, esto es aquellos delitos, con que se contraviene á los reglamentos hechos para el curso de la justicia, que no se afianzan en justicia distributiva y conmutativa. Así como el delito de un oficial, que falta á la ordenanza militar, debe considerarse, y es delito opuesto á la fortaleza y á justicia meramente legal; del mismo modo el de un magistrado, abogado, procurador ó escribano, que no cumple con sus ordenanzas, quando no puede ser comprehendida su contravencion entre las opuestas á la justicia distributiva ó conmutativa, debe serlo entre los opuestos á la justicia meramente legal. Baxo este supuesto trataré aquí de esta especie de delitos.

Quáles son los delitos de que se trata en esta seccion,

Por la *ley 8. tit. 6. lib. 3. Rec.* los oficiales y los dependientes de justicia no deben llevar dádivas, ropas, posada ni otras cosas semejantes sin pagarlo sopena del quatro tanto. Por la *ley 7. t. 6.*

Penas de los que llevan derechos y adbealas indebidas, y de

los que arri-
endan oficio
de jurisdic-
cion.

lib. 3. Rec. los corregidores, jueces y sus oficiales, que lleven parte de los derechos, que pertenecen á escribanos, ó hagan partido con ellos, deben pagarlo con las setenas. Por la ley 9. tit. 5. lib. 3. Rec. las justicias y sus dependientes, que llevarén mas derechos de los que por ley les corresponden, deben pagar lo que llevarén con el quatro tanto. En la ley 10. tit. 6. lib. 3. Rec. se manda, que los asistentes, gobernadores y corregidores no lleven, ni consientan llevar los derechos á sus alguaciles por las execuciones, que se hicieren, hasta que el acreedor y dueño de la deuda sea pagado, y se dé por contento, ó las partes se concierten, y que no lleven mas derechos de los que por arancel y ordenanzas de la ciudad ó villa do estuvieren se hallen señalados, ni por una deuda lleven mas de una vez derechos de execucion, sopena de pagar lo que cobraren con las setenas en caso de contravencion. En la ley 12. tit. 21. lib. 4. Rec. se manda, que las justicias y alguaciles, que por las execuciones llevarén derechos de meajas, paguen lo que hubieren llevado con el quatro tanto por la primera vez, y con esta pena tres doblada en la segunda tengan privacion de oficio y inhabilitacion para otro, aplicándose una quarta parte al acusador y lo demas al fisco.

3. Por la ley 20. tit. 3. lib. 7. Rec. los regidores y escribanos, que tengan tratos de regatonería de mantenimientos, tienen privacion de oficio. En la ley 22. tit. 6. lib. 3. Rec. á las justicias, regidores y oficiales, que se repartan gallinas, perdices y cosas semejantes á costa de los propios, se les manda volver lo que hubieren cobrado con las setenas. En la ley 13. tit. 6. lib. 3. Rec. se impone á los gobernadores y corregidores, que ar-

rienden los alguacilazgos , alcaldías , mayordomías ú otros oficios , que les pertenezcan , la pena de pagar lo que llevaren para la cámara real con otro tanto.

4 En la ley 2. tit. 6. lib. 3. Rec. se manda , que los mismos gobernadores , corregidores y sus oficiales , que durante su oficio en la jurisdiccion , compraren casas ó heredades , ó tuvieren trato de mercaderías ó traxeren ganados en los términos de su jurisdiccion sin licencia de S. M. , pierdan lo que edificaren , trataren , y el ganado , que truxeren , aplicándose al fisco.

Penas de los magistrados que compran lo que está prohibido por ley.

5 En la ley 6. tit. 15. lib. 3. Rec. á los mismos gobernadores y corregidores , que estuvieren ausentes de sus oficios mas de tres meses cada año no estando enfermos ó no teniendo licencia de S. M. , se manda descontar el salario del tiempo de la ausencia , y pagar á mas una dobla cada dia , necesitándose aun para ausencia de los tres meses de justa causa.

de los magistrados que estan ausentes.

6 Por la ley 4. tit. 6. lib. 3. Rec. los magistrados referidos , que lleven ó tengan oficiales naturales ó vecinos de la tierra , en donde estuvieren , ó parientes suyos dentro de quarto grado sin licencia de S. M. , pierden la tercera parte del salario.

de los magistrados , que tienen por oficiales á sus parientes ó vecinos del pueblo.

7 Por la ley 3. tit. 6. lib. 3. Rec. si dichos jueces fueren abogados y procuradores en los pleytos de su jurisdiccion , ó permitan serlo á sus oficiales , pierden todo lo que llevan por el expresado título con el doblo para la cámara.

de los magistrados que son abogados ó procuradores.

8 Por la ley 28. tit. 6. lib. 3. Rec. si los jueces en causas criminales y civiles árduas y de importancia no exáminan por sí los testigos , se les manda pagar por la primera vez cinco mil mara-

de los magistrados , que no exáminan por sí los testigos.

vedís al juez y al escribano dos mil , por la segunda se impone doble multa , y por la tercera privacion de sus oficios.

9 La ley 13. tit. 18. lib. 4. Rec. manda castigar al juez , que no admite apelacion habiendo lugar , con la pena de treinta mil maravedís para el fisco.

10 Por la ley 9. tit. 12. lib. 2. Rec. los notarios mayores , que arriendan sus oficios , deben ser privados de ellos , y el que los arrendare y tomare á renta es indigno para aquel oficio , y para otro qualquiera.

11 Con real cédula de 13 de febrero de 1783, confirmatoria de la pragmática de 2 de febrero de 1766 y de la cédula de 18 de agosto de 1771, en que está inserto el real decreto de 1713, que anula las mandas hechas á los confesores en la última enfermedad para sus personas y iglesias ó comunidades , mandándose publicar en la Villa de la Puebla de Sinabria , se impuso á los escribanos, que asistieren al otorgamiento de los testamentos, disposiciones ó inventarios en contravencion al expresado decreto , la multa de doscientos ducados por la primera vez con suspension de oficio por dos años y doble multa por la segunda con privacion de oficio. Tambien se impone multa de veinte ducados á cada uno de los testigos de tales testamentos , codicilos ó memorias , con aplicacion de todo por terceras partes al juez , cámara y denunciador. En el lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 51. n. 16. al 26. ya he citado varias leyes , con que se prohíbe á los escribanos el hacer otras escrituras, expresándose allí mismo las penas , que pueden verse en dicho lugar , ó en las leyes allí citadas. En general segun parece de Amigant decis. 11.

num. 24. la pena de los escribanos, que hacen documentos prohibidos, ha de ser arbitraria, bien que esto debe solamente entenderse en los casos, en que no se halle pena particularmente determinada por ley. En la 15. tit. 25. lib. 4. Rec. se manda, que el escribano, que no diere la escritura, que ante él fuere otorgada, dentro de tres dias, ó dentro de ocho siendo la escritura de mas de dos pliegos, de quando la parte se lo pidiere, ha de pagar el interese, y cien maravedís mas por cada dia, que la detuviere: y baxo la misma pena se manda dar testimonio de cada cosa, que se le pidiere, aunque se solicite con respuesta de juez, y éste no la diere, dentro de tres dias de quando le fuere pedida.

12 Pradilla en la *Sum. de ley. penal. part. 2. caso 20. n. 1.* dice, que el carcelero ó alcayde, si por su negligencia se fuere ó huyere de la carcel el reo, debe tener pena de muerte si la tenia el reo: cita la *ley 14. Dig. de Cust. reor.: del §. 2.* de la misma y de los siguientes parece que es arbitraria: por la *ley 2. tit. 24. lib. 4. Rec.* el carcelero, que no tuviere carcel apartada para las mugeres, ó diere lugar, á que tengan conversacion con los hombres, ha de ser privado de su oficio: por la 5. *ibid.* el que recibiere de algun preso dádiva ó qualquiera cosa, que sea, debe volverlo con el dos tanto: por la 6. *ibid.* el carcelero, que impidiere á los presos comprar provisiones, que hubieren menester, ó lleváre derechos ó carcelages á los pobres, debe pagar lo que recibiere con el quatro tanto: por las *leyes 9. y 22. tit. 23. lib. 4. Rec.* los carceleros, que aliviaren á los reos en las prisiones, ó soltaren sin mandamiento del juez, tienen pena de suspension de oficio.

Penas de los carceleros ó alcaydes que no cumplen con su deber.

De otras penas y delitos semejantes en general.

13 En las ordenanzas respectivas y leyes, en que se prescriben las obligaciones á cada una de las personas del estado, que se citan en el primer libro, pueden verse los delitos correspondientes á este lugar, no siendo posible referirlos todos, y bastando ya lo que digo para unas instituciones.

SECCION IIII.

De los delitos opuestos á la fortaleza.

ARTÍCULO I.

De los delitos militares y de algunas cosas en general de estos delitos.

De dos especies de delitos en los militares.

1 El jurisconsulto en la ley 2. *Dig. de Re milit.* y comunmente todos los autores consideran en los militares dos especies de delitos: comunes, esto es los que se cometen contraviniendo á las leyes comunes y generales del estado, y propios ó militares, que se cometen faltando á las leyes y ordenanzas militares: de los primeros delitos no se hablará en este lugar, porque no son opuestos á la fortaleza, sino á la religion, justicia, sabiduría, economía y policía, del mismo modo, que los de otra qualquier persona: y ya se han notado en sus correspondientes lugares las penas impuestas á los militares: y para quando no haya pena particular en ordenanzas ya veremos luego, que deben aplicárseles las penas generalmente establecidas para los otros: de los delitos de la segunda especie se tratará aquí, que en realidad es el propio y correspondiente lugar, como es por sí evidente.

De delitos

2 Lo que debe advertirse es que aquí no se

trata solamente de delitos de militares, sino tambien de paisanos, y de qualquiera clase de hombres, que cometan algun delito opuesto á la fortaleza, auxiliando ó cooperando á los delitos de los militares, ó de qualquier otro modo en la forma, que se verá luego. Así como los militares pueden cometer delitos comunes tambien los que no son militares pueden caer en delito contra las ordenanzas y leyes, que establece la fortaleza para el buen gobierno de la milicia y feliz suceso de las armas, como cooperando á la desercion, insultando á la tropa, ocultando bagages, y de otros muchos modos, prescindiendo ahora de quando deba conocer de ellos la jurisdiccion militar, por haberse ya hablado de esto en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. secc. 19.*

militares que pueden considerarse en los paysanos.

3 Antes de empezar la explicacion de los delitos militares debo notar, que no incluiré los de marina y sus penas, ni tampoco las he puesto en los delitos comunes, porque sería esto muy prolixo; y no ha salido aun el *tom. 5.* de los *Juzgados militares de Colon*, en el qual, segun se puede ver en el *Discurso Preliminar del tomo 2.* de dicha obra, han de publicarse las ordenes relativas á marina, posteriores á las ordenanzas de la armada, sin cuyo conocimiento debiera siempre quedar diminuto quanto se pudiese decir aquí. Solo prevengo, que en los *tit. 1. y 4. del trat. 5.* de las *Ordenanzas de la Real Armada* estan las penas de los delinquentes de marina, y en el *tit. 5.* las penas y modo de substanciar las causas contra los oficiales. En el *tom. 4. de Juzgados milit.* de Colon *pag. 341. hasta la 469.* estan puestas las penas de marina por índice alfabético con relacion á dichas ordenanzas, á la de matrícula de 1751., á la de arsenales

En donde pueden buscarse los delitos y penas militares con respecto á la marina.

de 1776., y á las declaraciones posteriores, expedidas hasta la publicacion de dicho tomo en 1789, ó hasta que se formó. De la advertencia, que precede á dicho índice, consta que por orden de 4 de abril de 1769. mandó S. M. observar en marina las ordenanzas del ejército en todo lo que fuese compatible con el servicio de ella, y que por otra de 6 de marzo de 1771. se previno, que ántes de ponerse en práctica qualquiera de los puntos indicados se debia consultar á S. M. De la misma previa advertencia consta, que en los casos, que no estan comprehendidos en las ordenanzas, han de juzgarse los delinquentes de marina por las leyes del reyno.

Qué es lo que se entiende en general por delito militar.

4 Antes de descender á la individuacion de las penas de los delitos en particular haré memoria de algunas cosas, que hallo prevenidas en orden á penas de militares en general, empezando por la ley 6. Dig. de Re mil., en donde se dice, que es delito militar qualquiera contravencion á las ordenanzas ó leyes militares: *Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur, veluti segnitiae crimen, vel contumaciae, vel desidiae.*

Las penas militares del soldado comprehenden al sargento y cadete.

5 En el lib. 1. tit. 9. cap. 10. secc. 3. y 5. ya se ha visto, que las penas impuestas á los soldados, no solo comprehenden á los sargentos, sino tambien á los cadetes con alguna distincion, ó diversidad en quanto á los últimos por la clase de hidalguía.

El defecto de talla en el soldado no exime de la pena.

6 En los Juzgados milit. de Colon tom. 3. pagin. 117. se lee una carta de 8 de diciembre de 1767 del Sr. Arriaga al Comandante General del Departamento de Cartagena, con la qual se participó haber resuelto el Rey de resultas de una duda propuesta, que á un reo el material defecto

de no tener la talla correspondiente , así como no le habia sido impedimento para servir y gozar de las esenciones de soldado , tampoco debia serlo para libertarle del castigo ó pena , en que habia incurrido por el delito de desercion.

7 En el *art. 7. tit. 1. trat. 2. Ord. mil.* se manda , que á los soldados cada mes deben leerse las leyes penales ántes de la revista del comisario, y en el mismo dia á presencia del que mande la compañía : es esta circunstancia necesaria para la aplicacion de penas militares por lo que se ha dicho en el *lib. 2. tit. 9. cap. 10. sec. 3. n. 17. y 18.* y por lo que se dirá en el *cap. 10. sec. 3.*

Cada mes deben leerse las penas á los soldados.

8 Hablando en general de penas de los delitos de los militares debemos distinguir los leves de los graves : por lo que respecta á los primeros el Sr. Conde de Ricla en 3 de junio de 1777 participó al ejército , haber resuelto el Rey , que con motivo de no expresarse en las ordenanzas la pena , que debe imponerse á los soldados que incurren en delitos leves , como vender la ropa , quedarse la noche sin licencia fuera del cuartel , y en otros semejantes, los delinquentes en ellos , los habitualmente viciosos , y de malas costumbres , y los reincidentes en embriaguez , ó en el juego ilícito , se destinasen á las obras públicas ó á las de presidio por el tiempo , que les faltase de cumplir su empeño , precediendo las formalidades acostumbradas en la imposicion de esta pena. En carta de 5 de noviembre de 1779 del Secretario del Consejo de Guerra á los capitanes generales é inspectores del ejército , con referencia á dos órdenes , la una de 26 de octubre de 1776 , y la otra de 3 de junio de 1767 , consta que á los que cometen los delitos de vender la ropa ó efectos de

De los delitos leves y graves de los militares , y cómo deben castigarse unos y otros.

municion, ó que malgastan el dinero del rancho, á los que se embriagan ó asisten á juegos prohibidos, aunque no incurran en ellos, y á los que se quedan de noche fuera del quartel, se les impone por la primera vez un mes de prision, por la segunda dos, y que en la tercera se les ha de poner en consejo de guerra, y se les ha de destinar á obras públicas ó á presidio por el tiempo, que les falte cumplir, tengan ó no sagrado, por ser perjudiciales é indignos de mantenerse en la tropa, y reputarse incorregibles. En 6 de abril de 1780 se comunicó al ejército orden de S. M., para que á los soldados, que hayan cumplido su empeño, ó estén para cumplirle, é incurran por reincidencia en el delito de enagenar prendas de vestuario, en la embriaguez, y demas declarados en la orden de 21 de octubre de 1779, se les juzgue en consejo de guerra, y se les destine á las obras públicas por tres años, comprehendiéndose en ellos el tiempo, que les falte de servicio. La orden, que aquí se cita de 21 de octubre de 1779, es la poco ántes expresada de 5 de noviembre de 1779, como se puede ver en Colon *Juzg. milit. tom. 4. pag. 171. 172. y 173.*

9 En quanto á otros delitos en 16 de enero de 1784 el Sr. Conde de Gausa participó al ejército resolucion de S. M., para que no se continuase la aplicacion de sentenciar los reos al servicio de baxeles.

El que por desercion se condena á servir de nuevo pierde los premios conseguidos.

10 El Sr. D. Gerónimo Caballero en 1 de febrero de 1788 circuló carta al ejército, participando, haber mandado S. M. con motivo de una duda ocurrida, que todo sargento, cabo ó soldado, que despues de obtenido qualquiera de los premios incidiere en el delito de desercion, ú

otro, por el qual deba ser condenado á empezar de nuevo el servicio en su propio cuerpo, ó destinado por pena á los regimientos fixos de los presidios de Africa, América y Asia, ó finalmente á los trabajos de obras, así de dichos parages, como de España, se hace indigno de continuar en el goce de los premios, que haya obtenido, debiéndole cesar desde el dia mismo, que se ponga en execucion la sentencia.

II Por fin es regla general en esta materia lo que se previene en el *art. 3. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.*, que quando algun cadete ó soldado hubiere cometido delito, que no prevenga la ordenanza, ni tenga en ella pena señalada, se le ha de aplicar la pena, que para aquel crimen previenen las leyes generales sin procederse luego á su execucion, y pasando el proceso al capitán general, para que con dictámen del auditor le remita al Supremo Consejo de Guerra, consultándose por este mismo tribunal á S. M.

En delitos, en que no haya penas por ordenanza, deben aplicarse las generales del Reyno.

ARTÍCULO II.

Del abandono indebido de puestos, cuerpos, y guardias.

I La fortaleza incluye la fidelidad, prometida por los militares con juramento: este obliga á no abandonar los puestos, que se confian, á no dexar las banderas, ni faltar de otro modo ninguno en esta parte: incluye tambien el valor y la firmeza, que se necesita para resistir á los enemigos, y la subordinacion y exáctitud en la disciplina. Con relacion principalmente á estas virtudes, comprehendidas en la fortaleza, separaré

Del abandono indebido de puestos.

los delitos correspondientes á este artículo , siguiendo el orden indicado , y expresando despues algunos delitos , opuestos á algunos otros reglamentos militares , que son necesarios para el mismo fin.

De la pena de los militares en caso de entregarse indebidamente plaza ó puesto.

2 En el *art. 2. tit. 7. trat. 8. Ord. mil.* se dispone , que el oficial , que entregare plaza ó puesto sin defenderse , quando lo permitan las fuerzas á correspondencia de las de los enemigos , será privado del empleo : y si la ha entregado indecorosamente podrá extenderse la sentencia á pena de muerte precediendo la degradacion : en el *art. 3. ibid.* se dice , que si los oficiales de la guarnicion , convocados por el gobernador , hubieren votado la entrega , deberá hacérseles cargo. En el *art. 4. ibid.* , que si el comandante hubiere sido violentado para la entrega por los oficiales ó tropa , llamando ésta á los enemigos y no queriendo mantener los puestos , serán dichos oficiales condenados á privacion de empleo y degradacion ó á pena de muerte segun el caso , quedando libre el comandante.

3 En el *art. 7. ib.* se dice que las pérdidas de puesto por sorpresas se sentenciarán segun se verificare : y en el 8. , que lo mismo debe hacerse con los comandantes de cuerpo destacado , que hubieren desamparado alguna tropa de él : en el *art. 6. ibid.* se impone al oficial , que en accion de guerra abandona su puesto deliberadamente sin urgente motivo , la pena de perder su empleo , y de declararse incapaz de otro en servicio del Rey precediendo degradacion ; y que si el defecto se hubiere cometido con malicia , ó contra todas reglas militares , y resultare pérdida de funcion ó perjuicio á los progresos , que pudieren haberse hecho , podrá

extenderse la sentencia hasta pena de muerte.

4 En el *art. 56. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* al *Del centinela que abandona su puesto.* centinela, que abandonare su puesto sin orden del que se le diere á reconocer por cabo, se impone la pena de ser pasado por las armas. Despues con real orden, comunicada en 24 de septiembre de 1776 por el Sr. Conde de Riela al ejército, se mandó, que todo comandante de guardia, sea oficial, sargento ó cabo, que en tiempo de guerra la abandone, sufra la pena de muerte, y en tiempo de paz privacion de empleo, separacion del servicio y seis años de presidio; que el soldado, que en tiempo de guerra abandonase la guardia, sufra la pena de muerte, y en tiempo de paz seis años de presidio, sujetándose á esta pena el sargento ó cabo, que no sean xefes de guardia, y cometan este delito. Al mismo tiempo se mandó, que esta orden se observase, como adición de ordenanza de mar y tierra, en las quales no estaban prevenidos estos casos.

ARTÍCULO III.

De la desercion.

1 Así como es prohibido el abandonar los puestos, los cuerpos y guardias, tambien lo es el huir y dexar las banderas con el delito, que acostumbramos llamar desercion: para incurrir en este delito parece, que el dexar las banderas debe ser con ánimo de no volver á ellas por lo ménos por largo tiempo, *ley 1. Cod. de Desert., ley 3. §. 3. Dig. de Re milit.:* á los que no se han ido con ánimo de abandonar el ejército, sino de volver á él, y á los que, despues de haberse ido fuera de los

Por derecho romano se distinguen los desertores de los emansores.

reales, volvian voluntariamente á ellos, llamaba el derecho romano *emansores*, dicha ley 3. §. 2., consistiendo segun parece la principal diferencia entre desertores y emansores en que aquellos no se vuelven á presentar y estos sí: el delito de estos no es tan grande, como el de los desertores, ley 4. §. 14. y 15. *Dig. de Re milit.*: y se pesaban mucho las circunstancias, como se puede ver en el citado §. 15., de si habia faltado el militar por causa de enfermedad, por afecto á parientes ú otro motivo semejante, que podia valer para minorar la culpa y disminuir la pena. Esto era justo, porque el aplicar igual pena á uno que á otro es contra el sistema general de penas; y no facilita el arrepentimiento, ni corta la continuacion del delito: los que no comparecen, fenecido el tiempo de su licencia, deben graduarse por desertores ó emansores por derecho romano, excepto si justifican causas dignas de ser atendidas, ley 3. §. 7. *Dig. de Re milit.*

Lo mismo por derecho de España distinguiéndose tambien el que se presenta despues de la desercion.

2 Casi todo lo dicho corresponde por derecho de España. En el *art. 15. tit. 30. trat. 2. Ord. mil.* se dice, que el que tardare mas de un mes en restituirse contado del dia, en que espiró el uso del permiso para ausencia, debe ser juzgado y perseguido como desertor, y hasta dicho tiempo ser castigado con pena arbitraria. Aquí está clara la diferencia entre desertor y emansor y la pena de uno y otro. No solo se hace esta diferencia entre el que se presenta y no se presenta para graduarse ó no de desertor, sino tambien para aplicar menor pena al que se presenta, habiendo incurrido ya en el crimen de desercion. En el *art. 102. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que el desertor sin circunstancia agravante, que no hubiere ena-

genado prenda alguna de vestuario ó armamento, con que se ausentó, y ántes de ser descubierto se presentare al regimiento, ó á qualquiera justicia en el término de ocho dias desde el de su fuga, perderá el tiempo y empezará á servir contando el de su empeño, y quedando acreedor á la gracia de invalidos sin perjuicio para premios; y que el que en igual caso hubiere enagenado prendas tendrá quatro meses de prision á medio socorro, y se le duplicará el tiempo de su empeño, quedándole solo opcion á invalidos.

3 Segun el *art. 91. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se entiende, que el desertar en campaña es salir de los límites, que para consumir la desercion prescriben los bandos del ejército. Del *art. 93. ibid.* parece, que para entenderse consumada la desercion á paises extraños basta el ser aprehendidos los reos en los dominios de España á distancia de media legua del confin con el extraño. Del *art. 94. ibid.* consta, que en los presidios de Africa, líneas de Gibraltar, plazas confinantes con dominios extraños, y puestos de la raya, para graduar la consumacion de la desercion se ha de estar á los límites señalados por los comandantes generales respectivos. En el *95. ibid.* se declara, que han de ser reputados como desertores los que se hallen embarcados sin licencia con rumbo ó destino á pais extraño. El Señor D. Juan Gregorio Muniain en 20 de abril de 1769 participó al ejército, haber mandado S. M., que en las plazas y cuarteles, que no sean de pais confinante, línea de Gibraltar, y presidios de Africa (quedando para estos parages en toda su fuerza los *artículos 93. y 94. del tit. 10. del trat. 8. de las Ordenanzas militares*) sea precisa distancia para consumir la de-

De lo que se entiende por desercion en campaña y en los confines del reyno.

sercion la de quatro leguas sin las circunstancias agravantes explicadas en la misma ordenanza. El mismo Sr. D. Juan Muniain con fecha de 9 de noviembre de 1769 comunicó al ejército la orden, de que á mas de entenderse desercion simple la fuga de quatro leguas se califica tambien por desertor al que faltare á la lista de la noche y á la inmediata del dia sucesivo siempre, que se aprehendiere fuera del pueblo, de que penda, á qualquier distancia, aunque sea cerca; y que lo mismo debe observarse en el caso, en que hubiere faltado el soldado al rancho de la mañana y lista inmediata de la tarde.

4 Aunque lo dicho declara la desercion en quanto á los límites, que ha de traspasar el soldado para entenderse reo de desercion, quedan algunos otros casos, en que estan prevenidas algunas dudas, que pueden ocurrir semejantes á la de dichos límites y á la del tiempo.

El que se deserta por estar preso y por haber cumplido no se exime de la pena.

De los que se desertan habiendo contraido obligacion de servir sin haberse aún incorporado.

5 En el art. 98. tit. 10. trat. 8. *Ord. mil.* se declara, que el preso, que hiciere fuga, y desercion, será reo como si la hubiese hecho en libertad: en el art. 110. *ibid.*, que el que cumplido el servicio se ausentare, si se le retarda su licencia por orden de S. M., será tratado como desertor.

6 En el art. 107. *ibid.* se declara, que el empeñado á servir voluntariamente ó el sorteado, desertando ántes de haberse incorporado en su compañía, justificándose que fué debidamente reclutado ó sorteado, y que se le leyeron las ordenanzas, á que quedó sujeto por su contrato ó destino, tendrá pena de simple desercion: pero en el cap. 47. de la ordenanza de 3 de noviembre de 1770 se manda, que el quinto, que se deserte ántes de incorporarse en el regimiento, solo tiene pena de

doble tiempo de servicio, y que despues de incorporado estará sujeto á las leyes militares.

7 En el *art. 108. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se previene, que qualquiera, que haya sido aplicado al servicio por testimonio de juez competente, y desertare despues de entregado á la tropa, que le conduce á su destino, ó de incorporado á su propio regimiento, y se le hubiere prevenido en la debida forma la pena correspondiente á desercion, la sufrirá.

8 Todas estas prevenciones eran necesarias, para entender lo que es desercion. Ahora hablaré de la pena.

9 El jurisconsulto en la *ley 5. princ. y §. 1. Dig. de Re milit.* ya dice, que no todos los desertores se han de castigar con una pena, sino que se ha de tener cuenta con el grado, el lugar, el cargo, el puesto abandonado, con el número, sino se desertó solo el reo, y con el tiempo, si es en paz ó en guerra, aplicándose en este caso pena de muerte. Lo mismo consta por nuestro derecho de España, y con relacion á lo que significa el jurisconsulto hablaré de las penas de la desercion, distinguiendo la simple de la qualificada, y subdividiendo ésta, segun mi método por las circunstancias de persona, lugar, tiempo y modo de la desercion, advirtiendo primero como general, que con carta circular de 8 de noviembre de 1760 del Sr. D. Ricardo Wal á los capitanes generales é inspectores se participó, haber resuelto el Rey por punto general á los desertores, que por tener sus córreos iglesia no pueden lograr del beneficio del sorteo de la vida, el qual verémos, que tiene lugar en algunos casos, que se les aplique la pena de servir por diez años en el regimiento fixo de Orán.

El aplicado á las armas por pena no se exime de ella si se deserta.

De la desercion en general, y de los que por tener sus cómplices iglesia no pueden gozar del sorteo de la vida.

*Del soldado
desertor de
primera vez.*

10 En el *art. 101. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que el desertor de primera vez sin circunstancia agravante en tiempo de paz, y aprehendido con iglesia ó sin ella, tendrá quatro meses de prision perdiendo el tiempo de su empeño para servir sin él, y sin derecho á la gracia de inválidos, hasta que diez años de buena conducta revaliden sus servicios, pero siempre sin derecho á los premios y gracias concedidas á los que no hubieren cometido este delito. El Sr. Conde de Ricla en 11 de junio de 1778 comunicó la orden de S. M., con la qual se mandó, que el desertor de primera vez sin circunstancia agravante sufra la pena de quatro meses de prision, y que á mas sirva ocho años, contados desde el día de la aprehension, y que esto sea adición de ordenanza, y se lea una vez cada semana á las compañías.

*De los cade-
tes y oficiales,
que no se pre-
sentan á su
tiempo.*

11 En el *art. 19. tit. 18. trat. 2. Ord. mil.* se dispone, que el cadete, que se retirare del servicio sin licencia del inspector, será castigado arbitrariamente. Con carta circular al ejército del Sr. D. Pedro de Lerena de 30 de noviembre de 1786, se comunicó la orden real, de que á todos los oficiales, que usan de licencia temporal, y no se presentan á su tiempo en sus destinos, se les suspenda del empleo dando cuenta á S. M.

*Del soldado
desertor de se-
gunda vez.*

12 La desercion es qualificada por razon de la persona, quando el militar es reincidente en este delito. En el *art. 102. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se previene, que el que despues de haberse presentado á la justicia dentro de ocho dias de consumada la desercion en el modo, que he dicho, que puede hacerse, si vuelve á desertar se ha de entender desertor de segunda vez; en esto pudiera haber duda, y para quitarla se pondria dicho ar-

tículo. El Sr. Conde de Ricla en 25 de mayo de 1773 participó al ejército, haber resuelto S. M., que el soldado, que habiendo desertado por primera vez, y concluido el tiempo de su empeño, constando haber pedido á sus xefes licencia para retirarse, abandonare su cuerpo, sin haberla obtenido, no sea reputado por este hecho como desertor de segunda vez; pero que si despues de reengancharse de nuevo cometiere desercion (que se ha de considerar entónces por primera) se le imponga la pena prescrita por tal delito. Así se lee en el *tom. 1. Juzg. mil. pag. 166. de Colon.*

13 En el *art. 103. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se previene, que el que desertare segunda vez debe ser pasado por las armas. En la orden arriba citada de 11 de junio de 1778 se mandó, que el desertor de segunda vez, que no tuviere iglesia, se castigue con seis carreras de baquetas por doscientos hombres con seis meses de prision con grillete, y empleado en la limpieza del quârtel; que sea despues despedido del servicio; y que si tuviere iglesia sufra un año de prision con grillete, y despues ocho años de presidio con destino á obras públicas, si las hubiere, y que á ningun desertor de reincidencia se le permita el uso del vestuario del regimiento. El Sr. D. Miguel de Muzquiz en 26 de junio de 1782 comunicó real orden al ejército, para que á los desertores de segunda vez sin iglesia en lugar de la pena establecida por real orden de 11 de junio de 1778 se impusiese la pena de seis carreras de baquetas por doscientos hombres y diez años de servicio en los reales baxeles, ó en los trabajos de los respectivos presidios: parece que algunos se exponian á sufrir la pena de las baquetas para poder dexar el servicio, y que

en esto se fundó en alguna parte esta nueva pena. El Sr. D. Pedro de Lerena en 2 de marzo de 1787 participó con carta circular á los capitanes generales é inspectores, que con motivo de ocasionar la referida orden de 26 de junio de 1782 crecidos gastos, cuidados de seguridad, y facilidad de desercion, con dictámen de la Junta de Estado resolvió S. M., que, aunque los dichos desertores se condenen con arreglo á la citada orden, solo hagan servicio en los baxeles en los casos de absoluta necesidad, y que en los demas sean aplicados con cadena y calceta á los presidios de los arsenales, bien que con consideracion á las mayores pensiones y trabajos, con que se les recarga en este destino, solo extingan en él la mitad del tiempo de su condena.

Pena de los que se desertan en campaña y á reynos extraños.

14 Por lo que toca al lugar los que desertaren en campaña saliendo de los límites, que para consumir la desercion prescribieren los bandos del ejército, tienen pena de muerte en qualquier número que sean: lo mismo debe observarse en los que se deserten de plazas ó puestos dependientes del ejército, *art. 91. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* En el *art. 94. ibid.* á los que desertaren de las líneas y raya del reyno, estándose á los límites señalados para graduar la consumacion de fuga á países extraños, se impone pena de muerte. En el *art. 96. ibid.* se impone á los que se deserten á los moros en qualquier número que sean pena de horca, aunque se aprehendan despues de rescatados. En el *art. 93. ibid.* se dice, que los que en paz ó en guerra se desertaren á países extraños, y fueren aprehendidos á media legua del confin con el extraño, en qualquier número que sean serán pasados por las armas: en el *95. ibid.*, que los que se

hallen sin licencia embarcados con rumbo ó destino á pais extraño serán reputados como los desertores de las lineas y raya del reyno para sufrir la pena de muerte.

15 En quanto al tiempo en el *art. 92. y 105. ibid. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que los que deserten en tiempo de guerra, ya sea en guarniciones, quarteles ó otros destinos, serán pasados por las armas, y si fueren muchos ó diferentes desertores se sorteará de cada cinco uno pasándose por las armas al que tocare la suerte: de diez se han de sortear dos, de quince tres, y así correlativamente segun fuere el número: però siendo uno, dos, tres ó quatro los reos, no por esto dexará uno de ellos de ser pasado por las armas: los otros, que hayan quedado libres del sorteo, serán destinados á presidio por diez años. Despues se volverá á hablar de la desercion de muchos.

16 Es relativo al modo el *art. 97. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.*, en el qual se dispone, que los que desertaren en paz ó guerra, habiendo escalado muralla, estacada ó camino cubierto, forzado puerta de plaza, ó abandonado centinela, deben ser pasados por las armas en qualquier número que sean. El Sr. Conde de Ricla en 17 de febrero de 1780 con motivo de dudas, que habian ocurrido, participó al ejército haber resuelto el Rey, que por el solo y simple hecho de escalar la muralla, éstacada ó camino cubierto, forzar puerta de plaza ó puesto de guardia, abandonar centinela ó pasar el foso, aunque no se haya consumado la desercion, deben sufrir los que lo executen, tanto en tiempo de guerra, como de paz, y en qualquier número que sean, la pena de ser pasados por las armas, entendiéndose esta órden como adición

Pena de los que se desertan en tiempo de guerra.

Pena de los que se desertan escalando ó abandonando el puesto de centinela.

al artículo 97. título 10. tratado 8. Orden. milit.

De órdenes
posteriores á
las ordenan-
zas.

17 Hasta aquí he hablado de las ordenanzas, que se publicáron con fecha de 22 de octubre de 1768.: posteriormente se han expedido varias órdenes, de que haré ahora mencion, dando diferentes destinos y penas á los desertores: las iré poniendo por su orden cronológico, sin que deba parecer superflua la expresion, que he puesto de penas segun ordenanza, porque ni estas están del todo variadas, ni las órdenes posteriores pudieran facilmente entenderse sin la prévia explicacion, que se ha dado.

Varias órde-
nes para re-
mitir los de-
sertores á
la Habana,
Puerto Rico,
regimientos
fixos de Amé-
rica, Filipi-
nas, &c.

18 Del mismo año 1768 hallo notada una orden comunicada por el Sr. D. Juan Gregorio Muniain, con la qual se participó, haber resuelto S. M., que á la plaza de Puerto Rico se destinasen en adelante los desertores de reincidencia, siguiéndose igualmente con los demas la aplicacion á los presidios de Africa, como ántes. Tambien se pondria para los mismos el destino de la Habana: pues de 15 de diciembre de 1768 he visto carta del mismo Sr. Muniain, con la qual se participó al ejército orden del Rey, para que los soldados, que por desercion ú otros excesos se aplicasen á las obras de fortificacion de Puerto Rico, y Habana, fuesen robustos, y de edad no avanzada, debiéndose los que no tuviesen estas circunstancias aplicarse á los presidios de Africa como ántes. Con fecha de 19 de mayo de 1770 el mismo Sr. D. Juan Gregorio Muniain comunicó al ejército, haber resuelto S. M., que el desertor, que se le presente, aunque se le indulte de la desercion, sea conducido á servir por su vida en los regimientos fixos de las plazas ó castillos de América. El Sr. Conde de Riela en 30 de marzo de

1773 comunicó orden é instruccion , para que de los desertores del ejército se completen los regimientos fixos de América y Africa. El Sr. Conde de Gausa en 21 de marzo de 1784 participó al Inspector de Dragones , haber resuelto el Rey , que á los desertores de dragones se les destinase á servir ocho años en los regimientos de los presidios de Africa. El Sr. D. Gerónimo Caballero en 15 de octubre de 1788 escribió carta circular á los capitanes generales é inspectores del ejército con relacion á otra del Sr. D. Antonio Valdés , de las quales consta , que para mantener completo el regimiento fixo de la Plaza de Manila y cuerpos veteranos de las Islas Filipinas , resolvió S. M. , que se remita de España el número de desertores del ejército , y otros reos , que no siendo de delitos feos , se destinan á Puerto Rico y presidios de Africa. El mismo Sr. Caballero en 19 de abril de 1788 participó á los inspectores de infantería , que con motivo de algunas dudas propuestas por los mismos , resolvió S. M. , que en el número de los desertores , que se remitan á Filipinas , han de ser comprehendidos los desertores de reincidencia , que se arresten sin iglesia , indultándoles la pena de seis carreras de baquetas , á que además de presidio estan sujetos por ordenanza ; que los desertores de segunda vez con iglesia se destinan sin formalidad de proceso en los mismos terminos , que proponian dichos inspectores , y que unos y otros se conduzcan á Cádiz , donde se depositen para su embarco á disposicion del Presidente de aquella Contratacion.

19 Hasta aquí se ha hablado de los que por sí mismos cometen el delito de desercion. Falta decir algo de los que como causas morales contri-

De los que ocultan ó no impiden la desercion.

buyen á él, siguiendo el mismo orden, que nos ha guiado al hablar de causas morales en general. En el *art. 115. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* á qualquiera desde sargento abaxo, por cuyo auxilio, inteligencia ó disimulo, hubiere desertado alguno, se impone la pena de ser pasado por las armas. En el *art. 116. ibid.* y en el *art. 3. tit. 12. trat. 6.* se puede ver, que los que auxilian y ocultan los desertores, á mas de la obligacion de reemplazar otro al regimiento, tienen la pena de seis años de arsenales ú obras públicas, y el noble seis años de presidio: las mugeres deben restituir las alhajas, que tengan de los desertores, y pagar veinte ducados de multa: en quanto á los eclesiásticos se manda dar cuenta al Rey. En el *art. 113. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dispone, que el patron de embarcacion con bandera española, que admitiere á su bordo soldado sin licencia, firmada del comandante principal del parage, en que se hallare, tendrá seis años de presidio segun su calidad, y que si fuere embarcacion extrangera se extraerá de ella el desertor, dando parte al capitan ó comandante de la provincia, y si fuere embarcacion de guerra se reclamará el prófugo, requiriendo al comandante para la entrega. En el *art. 99. t. 10. trat. 8. Ord. mil.* se manda pasar por las armas el que induce á desercion: sino llegó á verificarse tiene seis años de presidio.

20 Los que, teniendo noticia de desertores, no los denunciaren á las justicias, deben satisfacer al regimiento respectivo doce pesos de quince reales de vellon para reemplazar otro soldado, y el importe del vestuario y menages, que se llevó el desertor, y á mas las gratificaciones á los que denunciaren y aprehendieren aquellos desertores, y

todos los gastos de custodia y conduccion: y la misma pena se impone á las justicias omisas con privacion de empleo, é inhabilitacion para otro, advirtiéndose, que el que no tuviere caudal para satisfacer lo dicho se destinará siendo plebeyo á servir por el tiempo, que faltaba al desertor, no debiendo nunca baxar de quatro años, y siendo noble á presidio por el mismo tiempo, *art. 3. t. 12. trat. 6. Ord. mil.*

21 En el *art. 6. ibid.* se manda, que el desertor que huye, quando le conducen preso los paisanos, ha de reemplazarse de los mismos conductores con el que le tocara la suerte.

22 Si el reo hubiere tomado sagrado debe ser entregado con caucion, de que no se le impondrá pena aflictiva por el delito, dándose de ello testimonio al reo: si los eclesiásticos requeridos no conviniesen en ello la justicia hará la extraccion del reo con la veneracion debida, y si se resisten se dará con informacion cuenta al Rey, *art. 7. tit. 12. trat. 6. Ord. mil.*

Del desertor, que huye quando le conducen preso.

23 Queda para el último lugar el conato de desercion. Este por el *artic. 111. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.*, verificando la intencion algun acto exterior, tiene la pena de servir el reo quatro años mas del tiempo, que le correspondia, en el mismo cuerpo.

Del conato en la desercion.

ARTICULO IIII.

De las faltas de valor y subordinacion.

1 Entre las virtudes militares, de que se auxilia la fortaleza para las arriesgadas operaciones de la guerra, contamos despues de la fidelidad el va-

De los cobardes, que huyen ó entregan puestos.

lor y la subordinacion: y con esto los delitos mas graves despues de los referidos son los que se oponen á estas virtudes. En el *art. 117. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dispone, que el militar, que por cobardía fuere el primero en volver la espalda sobre accion de guerra podrá ser muerto en el mismo acto, y en el *art. 118. ibid.*, que el que, estando en faccion de guerra, huya ó se retire con pretexto de herida ó contusion, que no le imposibilite el cumplimiento de su deber, será castigado arbitrariamente. De los que abandonan puestos, cuerpos y guardias, delito, que puede cometerse por falta de fidelidad, de valor y por negligencia y descuido en punto de disciplina, ya se ha hablado en el *art. 2.*

De varias faltas de subordinacion, y su pena.

2 En quanto á la subordinacion en el *art. 55. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se manda, que el que hiere violencia á las salvaguardias personales ó por escrito tiene pena de muerte: en el *art. 61. ibid.*, que el que atacare á centinela, sea con arma blanca, ó apuntando con arma de fuego, ó golpe de piedra, de palo, ó de manos, sea paisano, ó militar el reo, tendrá pena de muerte: en el *art. 74. ibid.*, que el que insultare al preboste ó á sus ministros, quando estos exercen sus funciones, será pasado por las armas; y si el insulto no excede de palabras y amenazas tendrá la pena de baquetas. Por el *art. 16. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* los sargentos y soldados, que maltrataren de obra á qualquier oficial, ó amenazaren poniendo mano á la espada, ó arma ofensiva, qualquiera que sea, aunque hubieren sido castigados ó maltratados por dichos oficiales, han de ser castigados con la pena de cortarles la mano y con la de horca. En el *art. 21. ibid.* se declara, tener lugar la pena de muerte,

aunque la acción se haga para defenderse contra los oficiales, que en algún desorden procuren contener los soldados, ó hacerles prender. En el *art. 17. y 18.* se manda, que todo cabo ó soldado, que echare mano á las armas para ofender al sargento, aunque lo execute por haber sido castigado, tiene pena de muerte, si cometió el exceso, hallándose á sus órdenes en actual servicio: fuera de este caso tres años de arsenal de marina: si del mal trato contra el sargento resultare mutilación de miembro, ó herida peligrosa, ha de ser pasado el reo por las armas, *ibid.* Por el *art. 19. ibid.* los soldados, que maltrataren de obra á sus cabos, tienen la misma pena, que los cabos y soldados, que se vuelven contra los sargentos, con la sola diferencia, que los tres años de arsenales se conmutan en seis años de presidio en África con grillete. Por el *art. 20. ibid.* el soldado, que hallándose de facción ó servicio maltratare de obra al cabo, que le estuviere mandando, sea ó no de su regimiento, ó sea solamente destinado por cabo, tiene pena de muerte. En el *art. 23. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se dice en general, que qualquiera subdito militar, que de algun modo faltare al debido respeto á sus superiores, será castigado según el caso. En el *art. 7. tit. 10. trat. 2. Ord. mil.* al oficial subalterno, que contra su capitán hubiere puesto mano á la espada, ó le hubiere tratado con palabras injuriosas, se manda tenerle preso, suspendido de su empleo, y dar cuenta al Rey. En el *art. 48. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* todo oficial, que hallándose en actual servicio pusiere mano á qualquier arma ofensiva contra los generales, ú oficiales, á cuyas órdenes esté, tiene pena de muerte, ú otra menor, si hiciere constar, haber

sido gravemente ofendido en su honor por el superior, contra quien delinquiró. En la ley 6. §. 1. y 2. *Dig. de Re milit.* tambien se aprueba en general pena de muerte al militar, que se atreve con las manos contra su superior. Pueden ó deben aquí tenerse presentes los artículos citados en el §. 12. *art. 3. sec. 2.* hablándose de injurias de militares.

3 No solo deben castigarse los excesos de atreverse los militares contra sus superiores, sino tambien el faltar de otro qualquier modo á la subordinacion. Por el *art. 33. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* el soldado, que promueve especies, que pueden alterar la obediencia y disciplina, debe sufrir pena de baquetas siempre que sea arrestado sin iglesia, y se le ha de destinar como presidiario á las obras de la plaza por el término, que le reste á cumplir el plazo de su empeño: y si tuviere iglesia se ha de hacer esto último extrayéndose con caucion. Por el *art. 38. ibid.* si muchos soldados hubieren convenido ó acordado retirarse á la iglesia, y sin ésta fueren aprehendidos, de cada diez uno ha de sufrir pena de baquetas, y ha de ser aplicado como presidiario á las obras de la plaza por seis años por el solo convenio ó acuerdo: á los promotores y cabezas se les aplica la misma pena sin entrar en suerte. Por el *art. 39. ibid.* si en la misma accion de refugiarse fueren aprehendidos llevando fusiles, caravinas ó pistolas, de cada diez uno ha de sufrir pena capital; y los demas se destinan por diez años á las obras y presidios: si fueren aprehendidos sin dichas armas todos los promotores tendrán pena de baquetas: de los demas de cinco uno por sorteo sufrirá la misma pena: y todos por seis años han de aplicarse á obras ó presidios. Por el *art. 32. ibid.* todos los que se retiraren á iglesia

para deducir desde ésta quejas por esta falta de subordinacion han de ser aplicados, extrayéndose del asilo, á las obras de la plaza por via de correccion por el tiempo, que les falte para cumplir, y quedan privados de qualquiera accion y derecho, que tuveren á sus pretensiones, aunque fueren justas, porque las han de exponer por conducto de sus oficiales. Por los *artículos 7. y siguientes hasta el 16. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* desde sargento abaxo qualquiera, que no obedeciere á su respectivo superior estando de faccion en actual servicio, y mandado por él en lo que fuere precisamente de servicio, ha de ser castigado con pena de la vida: fuera de faccion ó servicio con pena arbitraria segun las circunstancias. Por el *art. 57. ibid.* los que no sigan á sus cabos, quando van ó vuelven de apostarse, deben ser castigados corporalmente. El cabo, que permitiere en su esquadra murmuraciones contra el servicio y oficiales, y faltas de subordinacion, será depuesto de su esquadra, y obligado á servir diez años de último soldado, *art. 20. tit. 2. trat. 2. Ord. mil.* El sargento, que no contuviere, ó no diere parte á su xefe, ó á la guardia, ó á persona, que pueda prontamente remediar, conversacion, que oyere prohibida, ó especie, que pueda tener trascendencia contra la subordinacion, ha de ser castigado, como si él mismo hubiere intervenido, *art. 4. tit. 4. trat. 2. Ord. mil.* En el §. 12. *art. 3. sec. 2.* se han puesto algunos delitos y penas de injurias, que en algun modo pueden tambien considerarse pertenecientes á este lugar.

4 Al hablar de los militares en general ya puse por parte de subordinacion el no casarse sin el permiso correspondiente. Aquí notaré las penas.

De las penas de los militares, que se ca-

san sin licen-
cia.

En el *cap. 1.* del decreto de 30 de octubre de 1760 se dice, que todo oficial, que se case sin permiso de S. M., pierde empleo y fuero, y su muger la viudedad y limosna de tocas. Por el *cap. 8. 9. y 10. ibid.* el sargento, que se casa sin licencia, tiene privacion de empleo, y debe servir de soldado en la misma compañía sin determinacion de tiempo; el cabo y soldado debe servir cumplido su tiempo seis años sin derecho á inválidos, excepto si se inutiliza en funcion militar, con pena arbitraria á todos los referidos segun las circunstancias: por el *cap 6. ibid.* hay pena de privacion de empleo á los xefes, que disimulen: y del mismo decreto en el *cap. 11.* consta, que el sargento casado, aunque sea con licencia, no puede proponerse para oficial, destino ó retiro correspondiente á sus servicios. Con fecha de 19 de marzo de 1774 se comunicó orden al ejército, para que á todo cabo, soldado y sargento, que se case sin licencia, se le destine á servir en uno de los regimientos fixos de Oran ó Ceuta los mismos seis años arriba dichos. En el *cap. 15.* de la pragmática de 23 de marzo de 1776 está prevenido, que todos los militares, que sin consentimiento de sus padres se casan, incurran en todas las penas, que generalmente se prescriben para todos los demas, de las cuales se hablará en la *sec. 7. art. 1.* En 18 de marzo de 1777 el Sr. Conde de Ricla comunicó con carta circular á los xefes del ejército real orden, para que á todo sargento y cabo de qualquiera tropa de mar, tierra ó milicias regladas, que fuere demandado en juicio sobre esponsales, si saliere convencido de la obligacion de casarse, se le haga cumplir, pero que con el mismo hecho de la sentencia, que diere el juez eclesiástico, comunicada por copia auténtica

al coronel ó comandante respectivo , quede depuesto de la gineta ó esquadra , y sea condenado á servir ocho años de soldado en su propia compañía , dexando en su fuerza todo lo demas , que contiene la órden de 28 de noviembre de 1775. Con fecha de 31 de enero de 1778 se comunicó por el Sr. Conde de Ricla declaracion , de que la aplicacion de esta pena no corresponde al juez eclesiástico , sino al militar , como se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 16. art. 7. num. 4.*

ARTÍCULO V.

De las faltas de disciplina militar.

De los delitos de falta de subordinacion pasados á los de falta de disciplina. Por el *art. 34. tit. 10. de disciplina de los militares y su pena. trat. 8. Ord. mil.* el cabo ó sargento , que entendiere , ó oyere á qualesquiera soldados especies contrarias á la conformidad , con que han de recibir el pan y demas asistencias , y á la subordinacion , y no los arrestare , ó no diere cuenta inmediatamente á sus oficiales , han de ser castigados arbitrariamente á proporcion de la gravedad. Por el *art. 35. y 36. ibid.* los oficiales , que entendieren ó oyeren de soldados qualesquiera que sean especies , que puedan originar trascendencia , ó mal exemplo á la subordinacion , y no tomaren prontas providencias para arrestarlos , ó no dieren inmediatamente cuenta á sus xefes , han de ser depuestos de sus empleos dándose cuenta al Rey. Por el *art. 115. de la instruccion de intendentes de 13 de octubre de 1749* si los oficiales y soldados de algun cuerpo cometieren algun desórden contra los pueblos , ó en perjuicio de la real hacienda , debe procederse

á la averiguacion de los culpados para el desagravio y castigo, pagando ínterin entre todos los oficiales del cuerpo el daño de su sueldo. En el *art. 13. tit. 2. trat. 6. Ord. mil.* se previene, que el gobernador, que permite apacentar en la fortificacion los ganados prohibidos, ha de pagar las desmejoras y daños causados á particulares vecinos y los gastos del recurso. Por el *art. 22. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* los oficiales, que maltrataren con palo ó espada, aunque sea sin vayna, con accion ó palabra injuriosa á los sargentos, han de suspenderse de su empleo. Lo dicho es relativo á superiores.

2 En quanto á los otros por el *art. 54. ibid.* el soldado, que no se halle en qualquiera funcion con la misma prontitud, que sus oficiales, sino justifica causa legítima, debe ser pasado por las armas. Por el *art. 58. ibid.* el centinela, que se hallare dormido ha de sufrir dos carreras de baquetas de doscientos hombres y destino á obras públicas por el tiempo, que le faltare; el que solo se distraxere trabajando, sentándose, fumando, ó dexando el arma de la mano, tiene la pena de veinte y cinco palos dentro del quartel y de dos meses de prision pagando su servicio. Por el *art. 59. ibid.* el centinela, que viere escalar ó saltar por la muralla, pared, foso ó estacada de la plaza, fuerte, ó recinto cerrado, y no disparare, ó no diere parte, ha de ser pasado por las armas. Por el *art. 60. ib.* el que al ver, que se arriman á él los enemigos, no lo avisa á la voz, ó disparando, ó se retirare sin orden, tiene pena de muerte. Por el *art. 57. ibid.* el centinela, que se dexare mudar por otro, que por sus cabos, ó por los destinados por tales, tiene pena corporal. Por el *art. 43. ibid.* si alguna par-

tida de tropa dexare huir, ó quitarse algunos culpados en caso de tumulto ú otros, en que tuviere orden de prenderlos, no haciendo buena defensa, ó habiendo inteligencia entre unos y otros, han de sufrir los culpados la pena, que por ordenanza corresponda al reo libertado ó fugitivo, y si hubiere falta de oficial se priva éste del empleo.

3.º En el *art. 46. ibid.* se manda, que el que revelare á los enemigos el santo, seña ó contraseña debe ser castigado de muerte: si lo revelare á otra persona pena corporal segun el perjuicio, que pudiere seguirse. Por el *art. 9. tit. 7. trat. 8. Ord. milit.* el oficial, que revele alguna comision ó circunstancia de ella, en que se le hubiere mandado guardar secreto, ha de ser privado del empleo y desterrado á voluntad del Rey: y si por lo dicho se hubiere malogrado la diligencia, tiene pena de muerte. Por el *art. 5. ibid.* el oficial, que sin noticia del capitán ó comandante general, baxo de quien sirve, tiene correspondencia con los enemigos, aunque solo trate de materias indiferentes, tiene pena de privacion de empleo y destierro á un presidio, y de muerte si se mezcla en cosas, que tengan conexión con el real servicio. Por el *art. 24. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* todo oficial, que en caso ejecutivo no diere auxilio á la justicia, y el que, hallándose empleado, no atajare por sí mismo el desorden en quanto sea posible, es responsable de los daños.

ARTÍCULO VI.

De contravenciones á reglamentos militares.

De dichos delitos en general.

1.º Tambien deben reducirse por lo que dixe antes á esta seccion todos los demas delitos opuestos á providencias y reglamentos militares, aunque no tengan inmediata conexiõ con las armas y virtudes hasta aquí dichas, como el servir el soldado de criado á oficial, en qual caso debe ser el soldado castigado severamente y el oficial privado de su empleo, *art. 79. tit. 10. trat. 8. Ord. milit.*

De los militares, que cometen excesos contra sus patrones y paisanos.

A este lugar pertenece el *art. 68. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* En él se manda, que á dos que en sus alojamientos obligaren á los patrones á dar otra cosa mas de lo que está prevenido en ordenanzas se aplique la pena de suspension del empleo al oficial y confiscacion de paga, y castigo corporal al soldado con restitucion del daño al paisano, que de cuenta del réo debe anticipar el cuerpo: en el 73. *ibid.* se dispone, que el soldado, que maltratare mueble, ó destruyere provisiones domésticas en casa de sus patrones, ó de otro paisano, ha de pagar de sus alcances ó de la mitad del socorro el daño, adelantando el cuerpo, y ha de sufrir un mes de prision; que si el daño excede á lo que puede pagar con el medio socorro de quatro meses ha de sufrir baquetas y destino á obras públicas por el tiempo de su empeño: en el *art. 78. ibid.* se impone la misma pena al que tirare contra palomas, conejos, gallinas ú otros animales domésticos de qualquiera.

3. Á este lugar tambien corresponde el delito de ocultar bagages: en este caso por el *art. 16.* de la ordenanza de 10 de marzo de 1740 se impone la multa de quarenta y cinco reales de vellon á cada culpado, aplicándose por terceras partes al corregidor, al bagagero ó bagageros denunciadores, y á las obras públicas del lugar, en que se cometiere el fraude.

*De los que
ocultan baga-
ges.*

4. Propia tambien es de este lugar la real resolucion, que en 20 de noviembre de 1770 comunicó el Sr. D. Juan Gregorio Muniain al Inspector de Caballería y Dragones, de que en caso de venderse á los paisanos las raciones de los caballos por soldados de caballería y dragones debe el sargento militar, ó el que hiciere sus veces, pasar despues de castigado el soldado certificación de lo que resulte contra paisanos al juez ordinario, comunicándose esta diligencia al capitan general de la provincia, y debiendo al mismo dar parte al ordinario de la pena, que hubiere impuesto fenecida la causa, para tomar providencia en caso de omisión.

*De los solda-
dos, que ven-
den raciones
de caballo.*

5. Á esta clase por la misma razon pertenecen las contravenciones al sorteo mandado para el reemplazo del ejército. En el *cap. 19.* de la ordenanza de 3 de noviembre de 1770 las justicias y escribanos, que hubieren consentido, dispuesto ó disimulado el eximir á alguno del sorteo, se privan de sus empleos, y se condenan siendo nobles á servir por tres años sin sueldo en un regimiento de infantería, y siendo plebeyos por doble tiempo del establecido en ordenanza. Por el *cap. 13. ibid.* los que pretenden indebidamente libertarse del sorteo se destinan por el mero hecho á servir por doble tiempo sin sortearlos: y por el *num. 3.* del

*De los que
contravienen
á la ordenan-
za del sorteo
para el reem-
plazo del ejér-
cito.*

cap. 34. *ib.* se manda lo mismo para los que fraudulentamente alegan enfermedad incompatible. Por el cap. 14. *ibid.* los prófugos por razon del sorteo, quando comparecen voluntariamente ante las justicias dentro de ocho dias desde el recibo de la orden para el sorteo, han de sortearse de tres uno: y los que pasado dicho tiempo insisten en la contumacia han de ser aplicados á servir por doble tiempo. Por el cap. 15. *ibid.* los que luego, que se hubiere recibido la orden del sorteo, vayan fugitivos de un pueblo á otro deben ser aprehendidos por las justicias, y aplicados al servicio por doble tiempo.

6. Sobre el modo de procederse contra prófugos y la pena, que les corresponde con alguna distincion de casos, puede verse Martinez *Lib. de juec. tom. 7. al tit. 4. lib. 6. Rec. num. 82.*

De los que cooperan á la contravencion de dicho sorteo.

7. Hasta aquí se ha tratado de la pena correspondiente á los que por sí mismos quieren eximirse del sorteo: por lo que toca á los que como causas morales cooperan á lo mismo en el art. 5. *titul. 22. trat. 2. Ord. mil.* se dispone, que el cirujano, en quien se verificare dolo en punto de certificacion sobre la aptitud, ó imposibilidad de servir los reclutas, sea privado del empleo, y tenga pena extraordinaria segun la gravedad. En el cap. 34. *num. 4.* de la ordenanza de 3 de noviembre de 1770 se manda, que los médicos y cirujanos, que den certificacion voluntaria de enfermedad incompatible con el servicio militar, tienen la pena de suspension de oficio por seis años: y lo mismo los que por colusion, ó fraude faltan á la verdad, quando declaran de oficio por verdadera enfermedad la pretextada. En el cap. 38. *num. 4. ibid.* se manda, que el oficial de caja particular, que por

fraude ó malicia desechare algun quinto, ha de ser castigado arbitrariamente hasta privacion de empleo.

8 A este lugar pueden considerarse pertenecientes todas las contravenciones á reglamentos de bagages, alojamientos, utensilios y otras cosas semejantes, de que he hecho mencion en el *lib. 2. t. 9. cap. 7. sec. 4. y 5.*: me remito á lo allí dicho ya, ó á las cédulas y ordenanzas citadas.

9 Por la misma razon es propio de este mismo lugar la contravencion de lo mandado con repetidas órdenes, de que se ha hablado en el *libro 1. tit. 9. cap. 10. sec. 2.*, de que los criados de librea no usen de uniformes ó distintivos del ejército, imponiéndose á los contraventores con la cédula de 13 de abril de 1790 por la primera vez la pena de perder las libreas, y mayor arbitraria en caso de reincidencia: todas estas órdenes se expiden con respecto á la fortaleza ó al ejército; y por lo mismo son propias de este lugar.

SECCION V.

De los delitos opuestos á la sabiduria.

Entre estos delitos pueden contarse el de los que dan grados en donde no hay facultad ó regalía para ello. En el *cap. 1.* de la cédula de 24 de enero de 1770 se manda, que en el caso de conferir alguna universidad grado de licenciado ó doctor en facultad, de que no haya á lo menos dos cátedras de continua y efectiva enseñanza, deberá restituir la universidad el doble de lo que hubiere recibido con privacion de oficio á los contraventores y nulidad del grado.

De la contravencion á varios reglamentos en general.

De los que en libreas usan de distintivo del ejército.

De los cuerpos que confieren grados sin estar autorizados para ello.

De los que se titulan doctores sin serlo.

En el lib. 1. tit. 9. cap. 11. sec. 4. ya se ha hecho memoria del decreto, con que se impone multa de cincuenta ducados á los que se titulan doctores sin serlo.

De los que hacen profesion de boticarios, cirujanos y médicos sin la aprobacion correspondiente.

3 Con real cédula de 21 de noviembre de 1737 está mandado, que todos los que exercieren de médicos, cirujanos ó boticarios sin la carta de exámen del Protomédico tienen por la primera vez multa de quinientos ducados de vellon, destierro del lugar, en donde asistieren, y de diez leguas en contorno; por la segunda multa de dos mil ducados y destierro de la provincia; y por la tercera otra multa de dos mil ducados y seis años de presidio en Africa, aplicándose las penas pecuniarias por terceras partes á la real cámara, al protomedicato y denunciador: la misma pena se impone á las justicias, que los admitan en sus pueblos sin dicha carta.

Pena de los médicos, que curan heridos, y no denuncian.

4 En el cap. 3. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee impuesta á los médicos, que hubieren curado heridos sin denunciarlos á la justicia, la pena de cinco años de relegacion á una isla, y á los demas de cinco años de galeras al remo; si el herido no fuese malhechor la pena es en el médico de un año de destierro de la poblacion, y mayor ó menor según las circunstancias, y en los demas destierro de todo el principado por tres años, y mayor ó menor tambien, según lo que agraven ó disminuyan las circunstancias.

De otros delitos de la misma clase en general.

5 Fuera de esto apenas queda cosa particular, que decir en quanto á delitos opuestos á la sabiduría, teniendo por lo regular cada universidad estatutos particulares según las circunstancias y proporciones del lugar: y en lo que se ha dicho en

el lib. 1. tit. 9. cap. 11. y en el lib. 2. tit. 9. cap. 11. puede verse lo poco, que hay sobre este punto general á todas partes. En Pradilla *Sum. de ley. pen. part. 2. caso 57. n. 1. 2. hasta el 17.* se trata de las penas, antiguamente impuestas sobre bandos, parcialidades, sobornos y cohechos de estudiantes en las elecciones de catedráticos, que no son ya de uso en estos tiempos por la nueva forma, con que esto se gobierna.

SECCION VI.

De los delitos opuestos á la economía.

ARTÍCULO I.

De los delitos opuestos á la economía en general.

El mismo orden, que seguí al hablar de la economía en general, guardaré ahora al tratar de los delitos opuestos á ella, empezando por los que lo son á cosas generalmente útiles á agricultura, artes, comercio y tributos, y siguiendo despues por los que en particular se oponen determinadamente á alguno de dichos objetos.

1. El monopolio, baxo cuyo nombre se entiende la compra de géneros ó mercaderías, que alguno hace para estancarlas en su poder, y venderlas al precio, que él quiera, tiene por derecho civil en la *ley única Cod. de Monop.*, la 2. *Dig. Ad. leg. iuh. de ann.* y la 6. *Dig. de Extraord. crimin.* pena de perpetuo destierro y confiscacion de bienes despues de otras, que habia habido antiguamente, que segun la *ley 6. citada* se reducian á privacion

Del orden, con que se tratará de los delitos contra la economía.

Del monopolio y de su pena.

de oficio en los que comerciasen de dicho modo con destierro algunas veces, ó destino á obras públicas siendo los reos de baxo nacimiento. En el *cap. 42.* del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee prohibido el monopolio de granos so pena de perderlos, y de pagar su justo valor ó mayor multa, debiéndose aplicar la tercera parte al acreedor, la otra al que hace la execucion, y la otra á la cámara. Por el *cap. 4.* de la pragmática de 11 de julio de 1765 lo denunciado por monopolio ó trato ilícito, quedando comisado, debe dividirse dando la quarta parte al denunciador, y aplicando las otras tres entre el juez y pobres del pueblo, en que se comete el delito.

De los que con cédulas fijan precio.

3 Con cédula de 20 de agosto de 1768 se impone la pena de un mes de carcel con costas á los que pongan cédulas fijando precios á los granos para comprarlos.

De la pena de algunos contratos; con que se encarecen las cosas.

4 En el *lib. 1. tit. 9. cap. 14. sec. 3. art. 1.* y en el *2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 2.* ya dixé, que estan prohibidos los convenios hechos entre mercaderes, artífices, ó qualquier clase de personas, de vender á determinado precio los granos, ó de no venderlos á ménos precio del que se estipule. La pena de este delito por derecho civil parece, que era la misma, que la del monopolio ó arbitraría; como se puede ver en las leyes citadas. En Pradilla *Suma de leyes penales part. 2. caso 19.* pueden verse muchas leyes recopiladas con imposición de penas, para los que compran en casos, y de modo ó en tiempo, que está prohibido, ó á mayor precio de el que estuviere tasado: aquí las omito, porque muchas estan derogadas por cédulas generales, con que se ha puesto el comercio en mayor libertad en los términos, que se ha espe-

eficado en el segundo libro: y con esta inteligencia y precaucion deben leerse algunas de dichas leyes, y con la de que son de particulares y determinados lugares.

El hurto, la quiebra, la usura, y en una palabra todos los delitos, con que se perjudica al próximo en sus bienes, son opuestos á la economía, como se ha dicho en el *lib. 2. tit. 9. cap. 1. §. 1. art. 2.*: pero ya se ha tratado oportunamente de ellos en la *sec. 2. art. 3. §. 13. y siguientes*, adonde me remito.

6. En quanto á leyes suntuarias Pradilla *Suma de leyes penales part. 2. caso 14.* trae varias pragmatikas, que tambien son de poco ó ningun uso en estos tiempos atendido lo que ya se ha dicho en el *lib. 2.* En la misma *parte 2. caso 57. num. 67. hasta el 71.* trata de otras relativas á bodas, dotes y misas de Galicia y otras provincias, y en el *num. 120. y 121.* de las penas relativas á no poder tener mas de dos lacayos. Tambien en las *Adiciones*, que hay al fin en el *cap. 2.*, se habla de varias leyes suntuarias sobre trages y vestidos: de todas estas leyes y penas en ellas contenidas debe decirse lo mismo, que de las que comprehende el *caso 14.* de dicha segunda parte.

7. En el *cap. 37.* de la *ordenanza de 7 de mayo de 1775* se manda, que las justicias, escribanos y testigos, por cuya culpa se hubieren remitido indebidamente algunos como vagos á los depósitos, deben ser condenados al reintegro de las cantidades gastadas á los caudales públicos, ó hacienda respectivamente, como tambien á el de los daños causados al agraviado, y en las costas del proceso. En el *cap. 38. ibid.* se manda, que, quando resulte colusion de los referidos en no declarar por

Del hurto, de la bancarrota, usura y otros delitos semejantes.

De algunas leyes suntuarias.

De la pena de los que cometen algunos excesos en quanto á vagos.

vago á quien resulte serlo, deben condenarse ellos y sus cómplices á que á sus costas se haga la conduccion del vago, y á las penas mayores, que correspondan por la gravedad.

De varias penas contra los gitanos. 8 En las leyes 11. y 12. tit. 11. lib. 8. Rec. y en los autos 7. 8. 9. 10. 11. y 15. del mismo título, y libro de los autos acordados, hay varias leyes expedidas contra los gitanos: pero en estos últimos tiempos se publicó nueva pragmática en 19 de septiembre de 1783, con la qual se prescribió el método de recogerlos, y obligarlos á que se avicinasen y arraigasen en los pueblos empleándose en algun oficio. En el cap. 13. 15. y 20. de la misma se manda, que verificada la contravencion en no arraigarse se les mande sin figura de juicio sellar en las espaldas con un pequeño hierro ardiente, en que haya las armas de Castilla, apercibiéndoles en caso de reincidencia, que se les impondrá irremisiblemente la pena de muerte, y que así se executará con el solo reconocimiento del sello y la prueba de haber vuelto á su vida anterior. Esta pena por el cap. 11. *ibid.* solo se entiende con los que no hubieren dexado el traje, lengua ó modales de gitanos: los que hubieren dexado lo dicho, y no se aplicaren á oficio, despues de elegido domicilio por el cap. 9. *ibid.* se mandan considerar y destinar como vagos. Tambien se imponen en la misma pragmática penas á los auxiliadores, receptadores, encubridores y protectores de gitanos y á las justicias omisas.

De la pena de los que van á establecer fábricas de indianas fuera del reyno. 9 Con las ordenanzas de 4 de octubre de 1767 de las fábricas de indianas, cotonadas y blavetes de Cataluña, se manda en el art. 21., que si algun operario pasare á reynos extrangeros para trabajar ó establecer fábricas de dichos géneros sea

castigado el plebeyo con confiscacion de bienes y destino perpétuo á las minas, si noble con diez años de presidio y confiscacion de bienes.

10 En Pradilla *Suma de ley. pen. part. 2. caso 57. num. 91. 92. y 93.* se habla de delitos relativos á oficiales de moneda, que pueden verse allí y en las leyes de Recopilacion, y Autos Acordados del *tit. 2. lib. 5.*

De penas relativas á oficiales de moneda.

11 En las *leyes 3. y 4. tit. 5. lib. 7. Rec.* se manda, que ningun individuo del ayuntamiento, ni otras personas, que han de haber bienes del concejo, puedan ser arrendadores, ni abonadores, ni fiadores de rentas de propios, ni concejos, ni de las rentas reales en las ciudades ó lugares, donde tuvieren los oficios, ni de las carnicerías, so pena de perder los oficios, que tuvieren, y la quarta parte de sus bienes, aplicándose la tercera parte para la real cámara, y las otras dos para el juez y denunciador.

De pena de los individuos de ayuntamiento, que entiendan en arriendos de rentas etc. del público.

12 En el *cap. 4. de la real pragmática de 31 de enero de 1768 á los jueces ó ministros*, que para el efecto de perseguir hipotecas den fe á los instrumentos no registrados en el modo, que se manda en la instruccion inserta, se impone la pena de privacion de oficio y de daños con restitution del quatro tanto, que hubieren llevado. Por el *capit. 3. 4. y 5. ibid.* se impone igual pena á los escribanos, que en los mismos instrumentos no prevengan á las partes la formalidad, de haberlos de registrar dentro de seis dias siguientes á su fecha, si se otorgaren en la capital del partido, y dentro de un mes si se otorgaren fuera. Por el *cap. 6. ib.* y por el 2. de la instruccion inserta consta, que baxo las mismas penas los escribanos de ayuntamiento deben registrar en sus libros de hipotecas

De la pena de los que no cumplen con lo que está mandado en quanto á hipotecas.

los instrumentos presentados dentro de veinte y quatro horas, y si el instrumento fuere anterior á esta cédula dentro de tres dias de su presentacion.

ARTÍCULO II.

De los delitos opuestos á la agricultura.

De la pena de los que traen mas de dos mulas ó caballos en coche ó berlina.
 1. En el cap. 4. de la real cédula de 9 de noviembre de 1785, con la qual ya queda dicho, que está prohibido el usar y traer en coches y berlinas mas de dos mulas ó caballos dentro de los pueblos, y el introducir caballos extrangeros, se impone á los contraventores de esta pragmática por la primera vez la multa de cincuenta ducados, doble por la segunda aplicándose á la cámara, juez y denunciador, y por la tercera igual multa con pérdida de las mulas ó caballos de exceso con igual aplicacion, dándose parte á S. M. de la persona, que hubiere contravenido.

De la pena de los que no tienen cerrados á su tiempo los palomares.
 2. En el cap. 3. de la cédula de 16 de septiembre de 1784, con la qual queda dicho en el lib. 2., que en los meses de junio, julio y agosto, octubre y noviembre deben tenerse cerrados los palomares por sus dueños, se impone á estos quando contraven gan, además de perder las palomas, la pena de pagar el daño á justa tasacion, y medio real de vellon de multa por cada paloma con recargo de pena en caso de reincidencia hasta la pérdida de palomares, y otras á arbitrio del Consejo.

De la pena de los que no cumplen lo que está mandado en orde-
 3. Por el cap. 20. y 21. de la cédula de 7 de diciembre de 1748 el que introduxere ganado cabrio en los sembrados y plantíos nuevos de los montes tiene pena por la primera vez de pagar la justa tasacion del daño, y de decimarsele las reses,

aplicándose la tercera parte al denunciador, y subdividiéndose las otras dos en tres, la una para la cámara de S. M., la otra para el juez y la otra para gastos de dichos plantíos y sembrados: por el *cap. 22. ibid.* el que hiciere inconsideradamente rozas ó quemas de tierra nuevas inmediatas á dichos montes sin facultad real por cada fanega debe pagar diez ducados, aplicándose del modo dicho. Por el *cap. 23. ibid.* el que chamuscare los árboles para aprovecharse de la leña, y el que quemare el pasto seco tiene pena de mil maravedís por cada pie de árbol, y privación de seis años del aprovechamiento de los pastos y dehesas. Por el *cap. 28. ibid.* no constando del reo del daño causado en los montes, el primero, que se encuentre dañado, ha de pagar los daños antes denunciados, y no teniendo con qué, ha de sufrir la pena de prisión ó destierro. Por el *cap. 29. ibid.* los zeladores, en quienes se verifique fraude, tolerancia ó cohecho en cortas, tallas y quemas de montes y plantíos, han de satisfacer los daños, y sufrir quatro años de presidio de Africa. Por el *cap. 33. ibid.* las justicias ordinarias, que no dieren cuenta al corregidor de las causas graves de montes y plantíos, deben ser tratados, como si fuesen reos del delito: en el *cap. 35. ibid.* se previene, que ha de ser pena ordinaria la de mil maravedís por cada pie de árbol, que se quemare, corte ó arranque: en el *cap. 37.* que el corregidor, que no remita la relacion prevenida en el *cap. 13. ibid.*, pierda la tercera parte de su sueldo, y quede inhábil para otro empleo.

4 En la real cédula de 31 de enero de 1748 pueden verse algunas penas relativas á los que contravienen á la ordenanza de montes de marina.

5 Con la real cédula de 17 de junio de 1783

pena de demon-
tes.

De lo mismo
en quanto á
montes de ma-
rina.

Pena de los

que arrancan
atochas de es-
parto.

se prohíbe el arrancar las atochas, que produce el esparto para hornos y otros fines, baxo la pena de quatro reales de vellon por cada atocha por la primera vez, ocho en la segunda, y doce en la tercera, aplicándose á cámara, juez y denunciador, y con facultad de agravarse dicha pena segun las circunstancias.

Pena de los
que en Cata-
luña entran
en el campo
antes de al-
zarse los fru-
tos.

6 En la *const. 7. de Divers y extraord. crims* se manda en esta provincia, que nadie pueda espigar, ni introducir ganado en posesion de otro, hasta que esté cogido el trigo y fuera del campo, so pena de tres libras por cada vez, y no teniéndolas de diez dias de cárcel: para introducir el ganado han de pasar tres dias despues que se hayan cogido los frutos: y para seguridad de la pena se da facultad al dueño del campo para detener seis cabezas de ganado menor, y dos de mayor, y de ponerlos en poder del juez ordinario, hasta que se le haya satisfecho la pena y la enmienda del daño causado.

Pena de los
que no cum-
plen con lo
que está man-
dado en quan-
to á caza y
pesca.

7 En quanto á caza y pesca en Pradilla *Suma de ley. pen. part. 2. caso 37.* se pueden ver varias leyes antiguas, y en quanto á Cataluña pueden verse sobre lo mismo las constituciones del título de *Caçar y pescar*. En el dia hay sobre esto nuevo reglamento con la real cédula de 16 de enero de 1772. Por el *cap. 15.* de ésta los transgresores de dicha ordenanza de caza y pesca en aguas dulces en tiempo de veda, dias de fortuna y nieve incurren por el mismo hecho, siendo nobles y personas honradas, en multa de tres mil maravedis por la primera vez, duplicada por la segunda, y triplicada por la tercera, con apercibimiento de mas graves penas al arbitrio del Consejo con respecto á la inobediencia; y siendo plebeyos en mil y quinientos maravedis, y no teniéndose en ocho dias de cár-

cel, doble todo en la segunda, y triplicado en la tercera con el mismo apercibimiento. Las multas se aplican por iguales partes al juez, denunciador y real cámara, y á ésta el valor de los instrumentos aprehendidos.

ARTÍCULO III.

De los delitos opuestos á las artes prácticas.

En orden á este título me refiero á lo dicho en el *lib. 2. cap. 12. sec. 3.* y á las ordenanzas, que allí se citan, porque no es posible tratar esta materia con tanta prolixidad, en que por otra parte no es tan necesario, como en otras cosas, el conocimiento, gobernándose los magistrados en los casos, en que conviene saber lo que és contravención, y la pena, que le corresponde en quanto á las artes prácticas, por los peritos y veedores de los gremios, teniendo presentes sus ordenanzas particulares.

De los que no cumplen con lo que está mandado en ordenanzas gremiales en general.

2. Lo que tiene mucha transcendencia con el público es lo relativo á impresores. De un *auto acordado* del Sr. D. Juan Curiel de 1752, aprobado y modificado por el Consejo, que extracta Martínez Salazar en el *cap. 22. de la Colec. de mem. y not. del Cons.* consta, que las informaciones, manifestos ó defensas legales, ó papeles semejantes, no pueden en conformidad al decreto de S. M. de 12 de diciembre de 1749 imprimirse sin que por el tribunal, á que corresponde, se dé licencia con certificacion de ella, sopena de doscientos ducados y privacion perpétua de oficio al impresor, que executare la impresion de dichos papeles, por

Pena de los impresores y otros, que no cumplen con lo mandado en quanto á libros.

pequeños que sean, y la misma multa al autor, y demas personas, que solicitan la impresion, y concurren á formarlos. Consta igualmente allí mismo, que no pueden imprimir bulas, gracias, indulgencias, ni jubileos, sin guardar la forma dada en la *ley 12. tit. 10. lib. 1. Rec.*; que los mismos impresores, libreros y otros, que tuvieren intervencion en reimprimir, meter y vender en estos reynos misales, diurnos, pontificales, manuales, breviarios y qualquier libro de coro, impreso fuera de reyno aunque sea en Navarra, sin licencia firmada en nombre de S. M.; tiene pena de perdimiento de bienes y destierro perpétuo del reyno: consta asimismo, que los subdelegados, que no embarguen semejantes libros, ó consienten venderlos ó usar de ellos, ó no proceden contra los contraventores, y no envien dentro de veinte dias relacion al Consejo, ó al superintendente de los libros, que hubiere, tienen privacion perpétua de oficio, y cincuenta mil maravedís por una vez, tanto en Aragon como en Castilla. Pueden sobre esta materia verse las leyes citadas en el *lib. 1. t. 9. cap. 14. sec. 2. art. 3.* y en el *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 12.*

3 Las multas, que se imponen á los contraventores á las reglas prescritas para la impresion, y venta de libros, deben repartirse entre juez, cámaña y denunciador, *leyes 23. 24. 32. y 33. tit. 7. lib. 1. Rec.*

ARTÍCULO IIII.

De los delitos opuestos al comercio.

I **E**n quanto á esta parte de economía no se ofrece cosa particular, sino el referirme á lo dicho de este asunto en el libro primero y segundo, y á las leyes allí citadas.

De los delitos contra el comercio en general.

ARTÍCULO V.

De los delitos opuestos á la real hacienda.

§. I.

Del contrabando en general.

I **C**asi todo delito contra rentas se suele llamar contrabando, esto es, contravencion á alguna cosa prohibida por bando público, con que el príncipe ó la suprema potestad manda observar alguna cosa en su estado. Y, aunque sin contrabando puede cometerse delito contra rentas, robando por exemplo la casa pública del erario, ó cometiendo otro atentado semejante; esto no tanto debe considerarse delito contra rentas, por lo ménos que sea objeto del presente título, como un peculado ó hurto qualificado, de que ya queda dicho lo que corresponde en la *sec. 2. art. 2. §. 13.* Solo pues entiendo delitos contra real hacienda, ó contra rentas, los que se dirigen á defraudarlas, faltando á los bandos públicos, que se han echado para asegurar la cobranza de todo derecho y tributo real. Conforme á esto en el *cap. 3. de la real cédula de 17 de diciembre de 1760* se declara,

De lo que se entiende en nombre de contrabando.

que toda extraccion de moneda, oro, plata, caballos, machos, ganado y qualquier fraude de derechos de aduanas, y de rentas provinciales, que se administren de cuenta de la real hacienda, se comprehenden baxo el nombre de contrabando, *porque se falta*, dice la ley, *á los bandos, con que se prohiben la introduccion ó extraccion &c.* En el *capit. 4 y 24.* de la real cédula de 22 de julio de 1761 se dice, que en el número de los defraudadores deben contarse los dueños, conductores, expendedores, vendedores, encubridores y compradores de los géneros de contrabando: pero en quanto á compradores, dice, que ha de entenderse solo de los que lo sean de géneros estancados y de ilícito comercio: en quanto á géneros de contrabando de aduanas y rentas generales dice la misma instruccion, que solo se ha de proceder criminalmente contra los compradores negociantes, que por sí ó tercera mano hicieren las compras sin las precauciones necesarias, pero no contra los demas, en quienes no es presumible malicia, suponiendo en el vendedor, de quien compran, legítimo despacho.

§. II.

De la pena de comiso en general.

Qué es lo que se entiende en nombre de comiso.

Como en casi todos los delitos de esta naturaleza se suele incurrir en la pena de comiso del género ilícito, en que se comercia, ó del lícito, en que se defraudan derechos, ó no se guardan las precauciones debidas de guias, tornaguias y denunciaciones, primero hablaré en general de la pena del comiso. Comiso es lo que por dolo en defrau-

dar derechos reales, ó por no cumplir con la denunciacion y formalidades, que prescriben las leyes para los fines de tributos en particular, ó de economía en general del estado, en la conduccion ó guarda de algunas cosas, cae en poder del fisco, ley 14. *Dig. de Publican.* De esta pena se hace mencion en muchas leyes romanas, generalmente adoptadas en todos los estados: de la ley 11. §. 2. *ib.* y de la 11. *Cod. de Vectig.* consta, que quando no se denuncian las mercaderías, que se introducen, defraudándose de este modo á los publicanos ó al erario, caen todas ellas en comiso.

2 De la citada ley 14., con la qual concuerdan muy bien las leyes 26. y 27. *tit. 18. lib. 6. Rec.*, consta tambien, que desde el momento de la contravencion adquiere ya el fisco el dominio, pudiendo usar de la accion vindicativa en quanto á los géneros, que han caido en comiso. En el *cap. 10. lib. 3. Com. terr. Cur. Fil.* se dice *n. 16. hasta el 21.*, que en las cosas vedadas se incurre en el comiso *ipso iure* pero no en las descaminadas: del *num. 10. ibid.* consta, que en dichos casos el comiso no quita el derecho de los acreedores anteriores, como parece justo. Por el *num. 5. ibid.* parece, que la pena del comiso tiene lugar, aunque no haya aprehension real de las cosas prohibidas.

3 En orden á lo que puede comprehenderse en el comiso puede haber alguna dificultad. En el *cap. 10. num. 4. lib. 3. Com. terr. de la Cur. Filíp.* se dice, que en la confiscacion de las carretas y bestias se comprehenden sus aparejos segun la ley 52. *tit. 18. lib. 6. Rec.*, que en realidad lo dice hablando del contrabando de sal, y que el comiso de esta incluye el de las mismas carretas y bestias, en que se halle. En el *cap. 8. y 9. del real de-*

Desde el instante de la contravencion se adquiere al fisco el dominio de la cosa comisada.

De cuándo y cómo el comiso comprehende caballerías, carruages, embarcacion y géneros de licito comercio.

creto de 8 de julio de 1717, que es el *auto* 5. tit. 8. lib. 9. *Aut. Acord.*, se declaró, que las mercaderías y géneros ultramarinos, y de otros reynos, que se traigan sin guia, deben comisarse, y lo mismo las caballerías y carruages, procediéndose contra los dueños en lo que corresponda. De 28 de octubre de 1740 he visto citada orden, de que los pingues en comision por S. M. se miren como embarcaciones propias; y que estas en qualquier aprehension de fraude sean exéntas del embargo, y sus patrones y marineros tambien, sino fueren cómplices en el delito. En el *cap.* 4. de la real instruccion de 22 de julio de 1761 se manda declarar de comiso el género de contrabando con la embarcacion, carruage ó caballerías, en que se conduzca. De 24 de septiembre de 1779 hay carta del Sr. D. Miguel de Muzquiz al Intendente de Cataluña, de la qual consta, que habiendo hecho exâminar el Rey al Consejo de Hacienda en Sala de Justicia el asunto de una duda ocurrida, sobre si debían declararse por de comiso los carruages, en que se aprehendiesen géneros de lícito comercio, por no llevar despachos legítimos, conformándose con su dictâmen el Rey se sirvió declarar, y mandó por punto general, que la pena de comiso se extienda á las caballerías, carruages ó muebles, en que se conducen los géneros, así en los casos de ilícita conduccion ó extraccion, como en los de fraude de rentas generales en géneros de lícito comercio por falta de despachos, en observancia puntual de lo establecido por la real instruccion de 8 de julio de 1717 y por la de 22 de julio de 1761. De 23 de marzo de 1787 hay carta del Sr. D. Pedro de Lerena á los Directores Generales de Rentas, en que con motivo de diferentes prácticas, que

había en las aduanas del reyno, se participó haber resuelto S. M., que quando la tercera parte del valor de los géneros contenidos en un fardo, paca, cofre ó bulto de qualquiera clase, sea de efectos ó manufacturas de algodón, ó qualesquier otros prohibidos á comercio, vicien á los demas géneros ó efectos de permitida entrada, cayendo todos en la pena de comiso con la caballería, carruage ó embarcacion, en que se conduzcan, y en las demas impuestas por reales órdenes é instrucciones; pero que, quando el valor no llega á la tercera parte, no trasciende el comiso á los otros géneros, caballerías, carruages ó embarcacion, entregándose á los respectivos interesados con el pago de los correspondientes derechos, y esto solo por la primera vez, y que en la segunda se observe lo mismo, que se observaria si llegase el valor á la tercera parte.

4 Quando los muebles, carruage, caballerías y embarcacion son del mismo defraudador, es evidente con lo dicho, que la pena del comiso del género debe comprehender dichas cosas: pero algunos quieren en dicho caso extender el comiso contra el dueño inocente de ellas, que ni tenga parte en el fraude, ni culpa en haber prestado las cosas, á quien pudiese sospechar, que abusaria de ellas para el contrabando. Esta opinion es muy dura. No veo, que ninguna de las providencias citadas comprehenda este caso: y no parece justo extender las penas mas allá de lo que previenen los legisladores, y perjudicar á los inocentes. El doctísimo Heineccio tiene una excelente disertacion, que es la octava de la *Syloge* 1., en que habla del comiso de las naves por contrabando prohibido: defiende en el *cap. 2. §. 4.*, que no

tiene lugar en dicho caso el comiso, afianzándose en la *ley 11. §. 2. Dig. de Publican. et vectig.*, que es terminante para esto, y en un rescripto de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. En el comiso solo ha de caer lo que con su propio y expreso nombre comprehende la ley. Por otra parte el mismo autor en los *Elementos del derecho según el orden de las Pandectas* en el título de *Publicanis* dice, que para caer las cosas de alguno en comiso ha de verificarse dolo del que las pierde, *ley 8.*, *ley 11. §. 2. Dig. de Publican. et vect.*, que se excusan los pupilos, *ley 7. §. 1. ibid.*, y los menores en términos, que se les da el beneficio de restitucion, *ley 16. §. 9. ibid.*, *ley 9. §. penúlt. Dig. de Minor.*, y los que por contratiempo ó tempestad han descargado la nave, *ley últ. §. Dig. de Public. et vect.* Todas estas leyes, que en realidad prueban lo que dice el expresado autor, la razon natural, en que se fundan, y la autoridad de tan grande jurisculto convencen, que, para caer alguno en la pena de ver comisadas sus cosas, ha de tener dolo ó culpa muy grave.

§. III.

De la distincion de varios géneros, y de las penas del contrabando en los de ilícito comercio.

De los géneros de ilícito comercio y del lícito, subdividiéndose en éste los estancados.

Y Como con los bandos ántes indicados el uso ó la introduccion y extraccion de algunas cosas está absolutamente prohibida, y en las demas ó es del todo libre, ó sujeto dicho uso á ciertas y determinadas condiciones, como de la paga de algunos derechos ó de la formalidad de manifiesto, guia,

tornaguia ú otra cosa semejante , debemos distinguir para entender bien esta materia dos especies de géneros : los unos , que son de lícito comercio , y los otros de ilícito : de los primeros algunos son estancados , de manera , que nadie puede traficar con ellos , ni venderlos sino el Rey ; otros libres , que puede beneficiarlos qualquiera : de estos unos son absolutamente de lícito comercio , los otros con la condicion ó de denunciarlos , ó de llevarlos con guia ó tornaguia , ó de pagar los pechos ó tributos , con que se hallan gravados , de manera , que no se pueda comerciar con ellos , sino pagando los derechos , que en su uso , introduccion , extraccion , percepcion , consumo ó en qualquier otro tiempo se adeudan , por habérseles impuesto este gravamen por la superioridad : otros son tambien libres con la condicion de no extraerlos.

2 Empezando á hablar de los géneros de ilícito comercio en todo fraude procedente de ellos es pena comun el comiso , y pérdida del género con el coche , mulas , carruage , bagages ó embarcaciones , en que se conduzca , y de todos los géneros , que se encontraren en cofre , paca , caxon ó fardo , en que vinieren , aunque sean de lícito comercio , y que traigan los despachos correspondientes , con mas las costas de la causa , que se deben pagar de los otros bienes embargados á los reos , y en su defecto del precio , que produxeren los comisados. Así se manda en el cap. 26. de la instruccion de 22 de julio de 1761 , con la qual se dió nueva forma á esta materia , prescribiéndose las penas con distincion de todos los contrabandos , el modo de formar los procesos , y distribuir los comisos y multas : por esto será preciso citarla muchas veces en este artículo.

Pena en general del contrabando en géneros de ilícito comercio.

3 Al hablar de la economía en general en el *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 12. y sec. 5. art. 2.* por conexión de la materia he reunido todas las introducciones y extracciones prohibidas, aunque no todas lo sean por razon de algun objeto de economía. Por la misma razon hablaré aquí de las penas impuestas á todos los contraventores en este particular.

Penas de los que introducen libros prohibidos.

4 Por lo que pertenece á las penas relativas á los introductores de libros prohibidos me refiero á lo dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 14. sec. 5. art. 3. y á lo dicho en el art. 3. de esta seccion*, á lo que debo añadir, que con cédula de 17 de marzo de 1778 se prohibió y mandó quemar por mano del verdugo el libro intitulado, *año de 1440* la data de su impresion en Lóndres de 1776, por estar lleno de blasfemias contra la fe y religion, y contra el órden político, commoviendo los ánimos á la independencia, so pena á los libreros y mercaderes, que le introduzcan, de quinientos ducados de multa, seis años de presidio, y las demas, que corresponden conforme á derecho. Con real provision de 3 de agosto de 1781 se mandó recoger á mano real, y prohibió con insercion de un breve del Santo Padre Pio VI. un libro intitulado, *Memoria Católica, que se ha de presentar á Su Santidad*, obra póstuma, impresa en Cosmopoli año 1480 en 188 fojas. Los demas libros de ilícito comercio estan especificados en los edictos del santo oficio.

5 Con real cédula de 24 de junio de 1770 se prohibió la introduccion de muselinas sopena del comiso del género, carruage y bestias, y de cincuenta reales por vara de las que se aprehendieren, debiendo quemarse el género, y aplicarse el importe de carruage, bestias y multas por quartas

partes, de las que se hablará despues, en conformidad á la cédula de 17 de diciembré de 1760. Con real cédula de 14 de noviembre de 1771 se prohibió la introduccion de texidos de algodón, ó con mezcla de él de dominios extrangeros, sopena de comiso del género, carruages y bestias, y además veinte reales por vara de las que se aprehendieren, imponiéndose la misma pena de comiso y multa á los comerciantes, que los tuvieren, y á los que usaren de dichas telas, con la misma aplicacion por quartas partes del comiso. El Sr. D. Miguel de Muzquiz con carta de 7 de mayo de 1773 participó la real orden, con que S. M. declaró y mandó, que los lienzos y pañuelos pintados ó estampados, los texidos y manufacturados de algodón, que se aprehendan, se quemén, como las muselinas; que á los lienzos y pañuelos pintados, ó estampados, á mas de la pena del comiso del género, carruages ó bestias, se le imponga la de veinte reales por vara impuesta á los texidos de algodón, ó con mezcla de él en la pragmática de 14 de noviembre de 1771 con la misma aplicacion de quartas partes; y que las muselinas, lienzos y pañuelos pintados y estampados, y las manufacturas de algodón, como géneros de contrabando, vicién, segun está prevenido en las instrucciones de él, á los demas de lícito comercio, que se encuentren en las pacas, fardos ó cabos, en que se aprehendieren: en quanto á muselinas debe tenerse presente lo que se ha dicho *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. artic. 12. num. 57.*, que con orden de 19 de febrero de 1791 queda permitida la introduccion de muselinas quando su precio en los puestos baxa de treinta reales la vara.

6 En el cap. 34. del reglamento de comercio de En el comer-
TOMO VIII. H

Indias de 12 de octubre de 1778 se previene, que todo lo que no se incluya en registros quede comisado.

7 En la cédula de 24 de mayo de 1779, con la qual se prohibió la introduccion de toda especie de vestidos, se impuso la pena de comiso y costas. Con cédula de 24 de junio de 1783, en que se prohibió lo que se ha visto en el *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 12.* en orden á cintas, pañuelos, medias y otras manufacturas de esta clase, se impuso la pena de confiscacion de los géneros, y las demas establécidas en leyes y pragmáticas, que hablan de cosas vedadas.

8 Estas cédulas, que he citado por su orden cronológico desde 1770, son de las cosas particulares, de que hablan determinadamente: por lo que toca á las demas de ilícito comercio, debe en general valer la regla de 1761, de que se ha tratado en

§. III.

De las penas del contrabando en géneros de lícito y libre comercio.

Cómo se comete el contrabando en géneros de lícito comercio.

1 Los géneros de lícito comercio ya hemos visto, que se subdividen en dos especies, la una de los que están estancados, y la otra de libre venta y tráfico entre los particulares. Empezaré á hablar de estos últimos, en los cuales puede cometerse fraude, ó por no pagarse los derechos, que adeudan en su introduccion, extraccion, consumo ó en qualquier otro tiempo, que deban pagarlos, ó por no cumplir con la formalidad prevenida de denunciarlos, ó por no llevarlos con guia, ó por no

presentar la tornaguia, ó por querer extraer dichos géneros del reyno.

2 En el *cap. 30.* de la real cédula de 22 de julio de 1761 se lee en general, que en fraudes de géneros lícitos de aduanas y rentas generales, á mas de la pena comun de comiso y costas debe aplicarse la de tres años de presidio por la primera vez, seis por la segunda, y ocho precisos de Africa por la tercera, y multas arbitrarias segun las circunstancias.

Pena comun á todo fraude en dichos géneros.

3 En el *cap. 31. ibid.* se impone la misma pena á los extractores de cosas, que pueden sacarse, si no las hubieren extraido con el registro y pago de derechos correspondientes. Por el *cap. 32. ibid.* incurren en la misma pena los introductores de plata y oro y demas frutos, que vengan de América sin el correspondiente registro.

De lo mismo en quanto á los que los extraen ó introducen sin pagar derechos.

4 Para quando no hay falta en denunciar, pero la hay en el modo de hacerlo, manifestándose en las aduanas ó lugares correspondientes mas ó menos de lo que corresponde para la satisfaccion de derechos, está la carta del Sr. Marques de la Ensenada de 10 de abril de 1753 dirigida á los Directores Generales de Rentas: por ella consta, que quando los comerciantes ó comisionistas presentan en las aduanas razon de los géneros y mercaderías, que se les envien, se debe comisar todo el exceso, que se verificare en número de piezas, anas ó varas, no comprendidas en la razon presentada. El Sr. Conde de Gausa en 30 de octubre de 1787 escribió á los Directores Generales de Rentas, haber resuelto el Rey, que en la aduana de Barcelona se observe, como en todas las demas, la orden de 10 de abril de 1753, declarando, que ésta sea y se entienda comprehensiva del peso y

De los que faltan en la razon de número, de medida y peso, que debe presentarse en las aduanas.

calidad de los géneros extranjeros, pero limitada á que, quando el exceso ó diferencia, que se encuentre, no pase de un dos por ciento en medida, número, peso ó calidad, quede libre el comerciante de la pena de comiso, pagando los legítimos derechos, por verificarse inculpablemente esta diferencia; y que, siempre que en las aprehensiones de excesos ó diferencias no pareciere dolo, ni ánimo de defraudar, y las circunstancias persuadan la buena fe del comerciante, se suspenda el pedir el comiso en los juzgados, y den cuenta á la Direccion General de Rentas para acordar lo que corresponda, dándola tambien en caso necesario á la Superintendencia General.

De la pena de los que suplantian unos géneros por otros en el comercio de Indias.

Del exceso fraudulento en guías, y de los que no presentan tornaguías.

5 Quando hay fraude en la suplantacion de géneros en el comercio de Indias, dexando aparte los reglamentos anteriores, con el de 1778 se impuso ya la pena, que se ha expresado en la *sec. 2. art. 3. §. 16.* al hablar del crimen de falsedad.

6 En el *cap. 23.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 en quanto á guías se lee, que quando en ellas se halle fraudulento exceso en número, medida ó peso solo se obligue á la satisfaccion de derechos, que faltare, quando no exceda la ocultacion del dos por ciento, y que en caso de ser mayor el exceso se traten los reos de él como defraudadores. El Sr. Marques de la Ensenada con carta de 16 de marzo de 1748 participó á los Directores Generales de Rentas la resolucion de S. M. de 9 del mismo mes, en que se manda, que los que no cumplen en presentar la tornaguía dentro del término, que se les prefixa, incurrén en dobles derechos de los que habian de pagar al tiempo de dárseles la guía, ó de los que correspondan por su extraccion á dominios extraños, y que solo deben

admitirse despues, quando se justifique algun accidente por no haberse presentado, como esto se execute en tiempo regular y competente.

7 Pasando ahora á las penas impuestas á los extractores de cosas, que no se pueden sacar del reyno, digo, que segun la ley 18. t. 18. l. 6. Rec. se entienden ya sacarse las yeguas y bestias, que se encuentren á doce leguas de la raya, y en quanto á las demas cosas vedadas las que se hallen á una ó dos leguas de la misma, ley 43. *ibid.* Esto se entiende en general, y sin perjuicio de otros límites prescritos en otras leyes posteriores, de que se ha hablado en el lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 5. art. 13.

8 En el cap. 28. y 29. de la citada instruccion de 22 de julio de 1761 á los extractores de plata y oro, ya sea en barras, polvos, alhajas, monedas del cuño de estos reynos ó de otros, que hayan entrado en él, á los extractores de yeguas, potros, caballos, y armas, ganados mulares, bacunos, y de cerda, de trigo, y demas granos, cuya extraccion estuviere prohibida, á mas de la pena comun á todo fraude, se carga la de ocho años de presidio por la primera vez con la multa de quinientos pesos, diez años de presidio con duplicada multa por la segunda, y por la tercera condenacion perpetua á presidio de África, y confiscacion de todos los bienes, debiendo entenderse todo lo dicho con el dueño del fraude, extractores y encubridores de él. Con cédula de 23 de julio de 1768 en el artic. 16. se renovaron estas penas contra los extractores de oro y plata.

9 En quanto á Andalucía hay una ordenanza de 1 de marzo de 1762 para evitar fraudes en la extraccion de potros, yeguas y caballos de aquella provincia, de la qual habla Martinez Lib. de

De los confines en que se entienden que verse sacar las cosas vedadas, que se hallen en ellos.

Penas de los extractores de plata y oro.

De los que extraen caballos y yeguas de Andalucía.

juec. en el tom. 7. Res. y explic. del tit. 17. lib. 6. Rec. num. 188. extractando su contenido, en que no me detengo por ser derecho local y fácil de hallarse en dicho autor.

Pena de los extractores de esparto.

10 Con real cédula de 17 de junio de 1783 á los extractores de esparto en rama se impuso la pena de perder el que se intentare extraer, de pagar su valor, aplicándose todo por terceras partes á la cámara, juez y denunciador, duplicándose la pena en caso de reincidencia, y triplicándose por la tercera vez, sin perjuicio de agravarla en este caso en los bienes, y en las personas, si lo mereciese la circunstancia. Con otra cédula de 21 de septiembre de 1783, en atencion á que en la antecedente se daba á las justicias ordinarias conocimiento á prevención con los subdelegados de rentas, se declaró, que el comiso de dicho esparto y las condenaciones se repartan, como se manda con cédula de 17 de junio de 1783, quando prevengan las justicias; y que, quando prevengan los subdelegados y ministros de rentas, la distribucion del comiso y condenaciones se haga por quartas partes, y con la aplicacion, que expresan la cédula de 17 de diciembre de 1760 y la de 22 de julio de 1761.

Pena de los extractores de instrumentos de fábricas de Cataluña.

11 De derecho particular de Cataluña se ofrece decir, que en el art. 22. de las ordenanzas de fábricas de indianas, cotonadas, y blavetes de 4 de octubre de 1767 se impone á los que extrageren instrumentos de fábricas de indiana, dibuxos y diseños á países extrangeros, pena de diez mil reales de ardites y cinco años de presidio, debiéndose dar parte á la Junta General en caso de ser eclesiástico ó militar el contraventor.

de los extractores de car-

12 Con carta de 24 de agosto de 1769, dirigida al Intendente de Cataluña, se participó orden

de S. M. con el fin de no perjudicar á la fundición de municiones de guerra en S. Lorenzo de la Muga, para que á los extractores de carbon y leña de este principado se les castigase con la pena de veinte y cinco libras de multa por cada vez con comiso de los géneros y otras arbitrarias en caso de reincidencia.

bon y leña de la misma provincia.

§. V.

De las penas del contrabando en géneros

estancados.

De los géneros de lícito comercio y libre tráfico paso á los estancados. En el cap. 27. de la instrucción de 22 de julio de 1761 se dice, que á mas de la pena de comiso y perdición del género con bestias y carruage, con las costas de la causa común en todo contrabando, en qualquier fraude de tabaco, sal y demas géneros estancados se ha de imponer á los defraudadores, conductor, auxiliadores, encubridores, expendedores y compradores la pena de cinco años de presidio en África por la primera vez, ocho por la segunda, y diez por la tercera con la calidad de que no salgan los reos sin real licencia. En el cap. 35. *ibid.* á los que sembrapen, molieren ó fabricaren en sus tierras ó casas, tabaco ó qualquier género estancado y de ilícito comercio, y á quantos cooperaren, se impone en caso de ser persona de baxa condicion el reo la pena de doscientos azotes, y á los mismos y á los demas reos de este delito la pena común de presidio, con el aumento de dos años, con la perdición de instrumentos, xarcias, tierras, casas propias de los reos, ó de dueño sabedor.


De las penas del contrabando en géneros estancados.

Quando por ser de mayorazgo no pudiesen comi-
sarse dichas casas se les condena á dichos de-
fraudadores en su valor, y en multa de mil duca-
dos, agravándose en caso de reincidencia.

§. VI.

*De las penas del contrabando atendidas las circuns-
tancias del delito.*

*De las cir-
cunstancias
del contra-
bando en ge-
neral.*

1  Quedan individualizadas las penas de los
defraudadores, auxiliadores, y cómplices en el
delito de contrabando sin distincion de personas,
y otras circunstancias, que pueden agravar ó dis-
minuir el delito: nos ocuparemos pues ahora en
lo que corresponde por razon de dichas circuns-
tancias. En el cap. 39. de la instruccion referida
de 22 de julio de 1761 ya se previene en gene-
ral, que segun la insolencia de los reos de con-
trabando, la frecuencia de los delitos, ú otras
causas, pueden los jueces agravar las penas cor-
porales y pebuniarías; pero esto es general: voy
á lo que en particular resulta de la misma ins-
truccion y de otras leyes.

*Del contra-
bando respec-
to de extran-
geros.*

2 En el fin de dicha instruccion se previene,
que todo lo en ella contenido se entiende sin per-
juicio de los artículos de comercio, que tiene la
Corona con otros Príncipes de Europa, como se
previno en la cédula de 17 de diciembre de 1760.
De 24 de diciembre de 1786, preescindiendo de
otras anteriores de 2 de Enero de 1768 y de 1
de Mayo de 1775, hay convencion hecha por
los plenipotenciarios de S. M. Católica y Chris-
tianísima, firmada en Madrid, y ratificada en 12
de junio de 1787 por el Rey de Francia en Ver-

salles, en que se comprehenden veinte y quatro capítulos, en los quales se trata largamente del modo, con que se ha de proceder en asuntos de contrabando, faltas de pasaporte, guias y manifiestos, con relacion á los súbditos de ambas naciones, que sería largo extractar aquí, y basta citarle, refiriéndome en quanto á otras naciones á los tratados, de que se ha hecho mencion en el *lib. 1. tit. 7.*: pueden verse en unos y otros, y en el capítulo citado las penas, que correspondan, y el modo de proceder en el punto, de que tratamos, por razon de las personas quando son extrangeras.

3 De 1766 he leído citada una real resolucion, comunicada por la Direccion General en 5 de junio del mismo año, para que á todas las mugeres, que incurran en contrabando, se les imponga la pena de reclusion en el Real Hospicio de la Corte: y de 2 de julio de 1766 he visto citada otra, que se comunicó por la Junta del Tabaco, para que á toda muger, que defrauda esta renta, se le imponga la pena de reclusion en hospicio por los años, á que se haga acreedora por su delito. En los referidos casos la circunstancia de personas disminuye, en otros agrava.

De las penas de las mugeres en quanto al contrabando.

4 En el *cap. 21.* de la citada instruccion de 22 de julio de 1761 se manda proceder contra las justicias y privilegiados, que encubrieren fraude, ó embarazaren su averiguacion ó aprehension, ó no dieren el debido y pronto auxilio, con mayor rigor y pena que contra los mismos defraudadores aprehendidos, conociéndose por incidente de los primeros en la misma causa.

De las justicias y de los privilegiados, que faltan en quanto al contrabando.

5 En el *cap. 37.* de la misma instruccion á los capitanes, maestros ó oficiales, que vengan

De lo mismo en quanto á

los que man-
dan en em-
barcaciones.

gobernando navíos ó embarcaciones de S. M. , ó de alguna compañía de estos reynos , en que se aprendiere fraude , á mas de la pena comun á introductores y encubridores , se les ha de suspender ó privar del empleo segun las circunstancias del fraude.

De lo mismo
en quanto á
dependientes
de rentas.

6 En el art. 21. de la cédula de 23 de julio de 1768 se impone á qualquiera dependiente de rentas , que resulte reo en delito de extraccion de oro y plata , ya sea por dueño de dichas especies , ya por executor , auxiliador ó encubridor , la pena de deposicion de su empleo , prohibicion de volverle á tener , y de diez años de presidio de Africa en la primera vez.

De lo mismo
en quanto á
militares.

7 De 29 de octubre de 1745 he leído real orden , comunicada por la Junta de Tabaco , para que á los soldados defraudadores se les impusiese la pena de servir en los regimientos , que hubiese de guarnicion en los presidios de Africa. En el art. 90. tit. 10. trat. 8. Ord. mil. de las nuevas ordenanzas militares , que son de 1768 , se impone al militar reo de contrabando en cosa , cuyo valor no exceda de veinte reales , pena corporal por la primera vez ; por la segunda , ó en la primera excediendo el valor de dichos veinte reales , se impone la pena de baquetas y presidio por el tiempo , que falte al reo , previniéndose que , si cometiere el fraude con armas y fuerza , se aplique pena de muerte. Esto se entiende en caso de conocer el Consejo de Guerra. Conociendo el tribunal de rentas tienen los militares las otras penas de 1761 y órdenes siguientes. De 17 de julio y de 11 de agosto de 1769 he visto citada real orden , para que á los soldados defraudadores de las rentas de tabaco se les imponga la pena de

servir en los regimientos de guarnicion en los presidios sin dexarlos en los mismos puertos. El Sr. Conde de Riela en 19 de octubre de 1775 comunicó al ejército una orden de S. M., para que todo soldado, que incurra en el feo delito de defraudar las rentas, singularmente la del tabaco, sufra la pena de presidio, que le imponga el juez de la causa, y que concluido el tiempo de la condena vuelva á su regimiento á cumplir el tiempo, que le faltaba ántes de su empeño, contándosele la falta desde el dia, en que se le aprendió con el fraude. Motivó esta orden el que algunos soldados se echaban á defraudadores de tabaco, fiados en que por este delito se les imponía la pena de presidio por cinco años con aplicacion en ellos á las armas, consiguiendo por este medio servir tres años ménos de su obligacion. Así lo representó el Intendente de Ciudad-Rodrigo.

8 De 2 de mayo de 1770 he leído, que la Junta de Tabaco comunicó real resolucion, para que los matriculados y soldados de marina, defraudadores de las rentas, se destinasen á estar embarcados siempre en los baxeles de la carrera de Indias á media paga y medio prest todo el tiempo de su condena. De 17 de julio de 1773 he visto citada otra orden, para que á los marineros y soldados contrabandistas se les destine á los navíos del Rey, que naveguen en los mares de Europa.

9 En el cap. 38. de la instruccion de 22 de julio de 1761 á los que resistieren con armas á los ministros de rentas se les mandan dar, si no fueren nobles, doscientos azotes, y por la sola resistencia quatro años de presidio de aumento de pena, y á los nobles seis, y aun pena de muerte

De lo mismo en quanto á marineros y soldados de marina.

Pena de los que se resisten á los ministros de rentas.

si fuere tan qualificada la resistencia, que la merezca.

10 Con cédula de 5 de mayo de 1783, tratándose de que la jurisdiccion militar puede conocer en caso de que se le insulte ó resista con fuego y armas; quando auxilia en la persecucion de contrabandistas ó salteadores, hallándose empleados y destinados por este objeto por los comandantes generales, se dice, que aquellos, en quienes no se verifique haber hecho fuego, ni resistencia con arma blanca, pero que concurriéron en la funcion, sean por este solo hecho sentenciados por el Consejo de Guerra á diez años de presidio, executándose sin dilacion, ni otro requisito estas sentencias, debiendo no obstante consultarse con S. M. por la Secretaría de Estado y del Despacho de Guerra, y que en los demás casos, en que la tropa preste auxilio sin delegacion ó nombramiento de xefe militar, conociendo la jurisdiccion, á quien pertenezca, se imponga en caso de resistencia irremisiblemente la pena de azotes conforme á los autos acordados y pragmática, que así lo previenen sin perjuicio de la causa principal.

Pena de los militares, que con plazas supuestas ó de otro modo defraudan.

11 Es relativo al modo de cometerse el delito de defraudar las rentas, como lo antecedente, lo que se lee en los cap. 111. 112. y 113. de la real instruccion de intendentes de 13 de octubre de 1749. De dichos capítulos consta, que si algun cuerpo con raciones de pan y cebada, prest, paga, vestuario, ó con otro motivo hubiere recibido mas de lo que debia con perjuicio de la hacienda, no pasando el valor de dos mil escudos, se ha de cargar la mitad al coronel ó al oficial, que tuviere el manejo del cuerpo, y la otra mitad al sargento mayor, rebaxándolo de sus sueldos; pero que, si

por algun accidente no pudieren baxarse los sueldos , será el perjuicio del asentista con recurso contra los dichos ; que , pasando el alcance de dos mil hasta seis mil escudos , se ha de hacer lo mismo , poniendo en prision al coronel ú oficial , que mandare , y al sargento mayor hasta que paguen ; que si el exceso pasa de seis mil escudos se execute lo mismo , quitando los empleos á dichos oficiales , teniéndolos presos hasta el reemplazo de la cantidad debida , para cuyo fin se les retengan sus sueldos , y quando no alcancen se embarguen sus haciendas y efectos. Este delito casi puede ser peculado. En las *Ordenanzas militares* , que son posteriores de 1768 , en quanto á plazas supuestas *en el art. 21. tit. 9. trat. 3.* se dice , que si hay plaza supuesta los doscientos pesos , que se pagan de gratificación al denunciador , deben pagarlos por rateo ó prorrata de sueldo el que mandare la compañía , en que se hiciere el delito , el sargento mayor , y el actual comandante del cuerpo : si la plaza supuesta se presenta sobre las armas desde el cabo de esquadra , en que se incluye , todos los sargentos y oficiales de la compañía , presentes en aquel acto , han de ser depuestos del empleo , y presos á disposicion del Rey , incluso el coronel ó sargento mayor , ó los que hagan sus veces.

12 Por lo que toca al punto general de esta materia correspondiera tratar aquí de la aplicacion de los comisos y penas pecuniarias , de que se ha hablado , y de algunas providencias posteriores á la instruccion de 1761 , con que se han destinado los reos de contrabando á Puerto Rico , Habana y Filipinas : pero , como á mas de lo dicho de penas de los fraudes de rentas en general , hallo algu-

De la aplicacion de los comisos.

nas cosas en particular en quanto á algunas rentas determinadas , me parece , que oportunamente puede primero ponerse esto , reservando para despues lo dicho de comisos y nuevo destino.

§. VII.

De las penas del contrabando en tabaco.

Penas del contrabando en tabaco.

1 **E**n quanto á tabaco puede verse el *auto 6. tit. 8. lib. 9. Aut. Acord.*, que es una pragmática de 18 de noviembre de 1719. En un edicto de 20 de junio de 1752 del Intendente de Cataluña leo citadas tres cédulas en orden á tabacos, una de 9 de abril de 1701 , otra de 18 de noviembre de 1719 , que es dicho auto , y otra de 20 de septiembre de 1746. De 10 de noviembre de 1760 se publicó otra sobre el mismo asunto , y otra de 1769 , de que se hablará luego. En el *cap. 36.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 , sobre lo dicho en quanto á géneros estancados del *cap. 35. ibid.*, á los que introduxeren , fabricáren y expendieren , compraren ó usaren tabaco rapé , con una sola caja , que se les aprehenda , ó con tres testigos hábiles de vista de lo referido , á mas de la pena comun antecedentemente puesta á los defraudadores de géneros estancados se les manda quitar el empleo , que tengan en el real servicio , inhabilitándolos para otros. Esta pena se dice allí , que no se extiende á los que del tabaco de hoja de estancos reales vendieren cigarros , y que á éstos se les ha de comisar solamente el género , multar y desterrar arbitrariamente. Con carta de 29 de mayo de 1780 el Sr. D. Miguel de Muzquiz escribió

al Presidente de la Junta de Tabaco, renovando la estrecha observancia de la cédula de 3 de octubre de 1769, con la qual se imponian varias penas á los que fabricaren, expendieren, usaren, ocultaren ó retuvieren tabaco rapé, ó groso florentin, ó de qualquiera modo cooperaren á ello. En el dia es ya de lícito comercio el tabaco rapé, estancado y administrado de cuenta de la Real Hacienda: por esto á los defraudadores en tabaco rapé corresponderán las penas, de que he hablado, de la instruccion de 1761 en quanto á géneros estancados. De 21 de diciembre de 1774 he visto citada una orden de la Junta de Tabaco sobre el destino, que debe darse al dinero resultante del tabaco aprehendido por contrabando.

§. VIII.

De las penas del contrabando en sal.

En quanto á sal pueden verse los autos 7. y 8. tit. 8. lib. 9. *Aut. Acord.*: el auto 9. *ibid.* es la real instruccion de 5 de febrero de 1728 sobre el modo, con que ha de administrarse esta renta, y las penas contra sus defraudadores. En el *cap. 1.* se dice, que los introductores de sal de otros reynos incurran en pena de perdimiento de sal, bestias, carretas, y otros qualesquiera carruages y embarcaciones mayores y menores, ya sean propias del conductor, ó alquiladas, ó de los maestros, pilotos, capitanes, arrieros, conductores, sin que les pueda sufragar motivo de ignorancia, ni otro alguno, y en la de dos mil ducados ú otra multa mayor ó menor segun los hechos, personas y patrimonio, aplicándose por terceras partes á

Penas del contrabando en la sal.

la renta , juez y denunciador , y entregándose la sal , si es de buena calidad , al alfoli , almacén , salero ó fabrica mas cercana , dando recibo el administrador , y remitiéndose éste á la contaduría de la razon general de la renta , y debiendo deshacerse , si es de mala calidad en presencia del juez , levantándose auto de diligencia. A mas de la pena del comiso y multa referida se impone al reo la pena de seis años de presidio , si es noble ó persona condecorada , y no siéndolo seis años de galera y doscientos azotes , incurriendo en esta pena los criados de librea: si hay reincidencia se mandan aumentar las penas segun lo que corresponde por derecho y leyes del reyno. Una de las de la Recopilacion , que cita , imponia la de saeta. En el *cap. 9.* de la misma se manda , que el que hubiere comprado sal de mala entrada incurra la primera vez en multa de veinte ducados con apercibimiento ; la segunda en la de cincuenta y dos años de destierro ; y la tercera en la de quatro años de presidio de Africa , y dos mil ducados segun el hecho , la calidad y posibilidad de los delinquentes. En el *cap. 4.* se dice , que los que acuden á surtirse de aguas saladas de arroyos y nacimientos , cuyo uso queda prohibido , como tambien el que las llevare ó hubiere llevado para su consumo , ó el de otro , y el que lo mandare hacer , por la primera vez incurre en la pena de quatro años de destierro y de doscientos ducados ; por la segunda doble y quatro años de presidio de Africa ; por la tercera ocho del mismo presidio si fuere noble , si plebeyo seis años de galeras , y las penas pecuniarias prevenidas en el *cap. 1.* con la misma aplicacion. Por el *cap. 5. ibid.* los que sacan sal ó aguas saladas de las salinas ó sitios cegados y prohibidos tienen la misma pena ,

que se ha dicho en quanto á los *del cap. 4.*, y la de que á su costa se vuelvan á cegar. En el *cap. 11.* *ibid.* al que se resistiere al reconocimiento de guarda, ó ministro de la renta de la sal, si se justifica ser defraudador, no siendo noble se le mandan dar doscientos azotes con diez años de galera; y el que lo fuere se castiga con diez años de presidio y multa de dos mil ducados.

2 En quanto á todo lo dicho de los defraudadores de la renta de la sal parece, que puede suscitarse la duda, de si la instruccion de 22 de julio de 1761 deroga á esta anterior. Por una parte lo parece, porque en ella se prescribe un nuevo método y forma general para todos los contrabandos: por otra parece, que por ser general dexa en su fuerza la particular anterior. Quien tenga mas discernimiento que yo podrá decidir la duda, bastando á mí el indicarla.

Duda sobre si deben aplicarse dichas penas ó las de 1761.

§. VIII.

De la pena de los contraventores á lo mandado en quanto á empleados en salitre y pólvora.

1 Por la real cédula de 19 de agosto de 1766 qualquiera contraventor en todo ó en parte á lo dispuesto en la misma cédula sobre preeminencias y exenciones de los empleados en la administracion y direccion de salitre y pólvora, y cosas concernientes á ella, debe ser multado en quinientos ducados, aplicándose por quartas partes al Consejo de Hacienda, renta de pólvora, juez conservador y parte agraviada: y el que no tuviere bienes debe ser castigado segun el caso lo pidiere á arbitrio del Superintendente General de Hacienda.

Penas de los que contravienen á la cédula de 1766 en quanto á salitreros y polvoristas.

§. X.

De las penas de los contraventores á la ordenanza sobre papel sellado.

Pena de los que contravienen á lo mandado en quanto al papel sellado.

1 Según la ley 44. tit. 25. lib. 4. Rec. y auto 26. *ibid.* las partes, que hicieren ó otorgaren en papel comun, escritura ó despacho, que debe ser en papel sellado, incurren la primera vez en doscientos ducados de pena, la segunda en quinientos, aplicándose á cámara, juez y denunciador: en la tercera, á mas de dichas penas, y otras pecuniarias, incurren en penas corporales segun arbitrio del juez respectivo: los jueces, solicitadores, procuradores y escribanos, que los admitieren, presentaren ó fabricaren, tienen, á mas de dichas penas, privacion perpetua de sus oficios, añadiendo á los escribanos las correspondientes por derecho á falsarios. En quanto á estas penas puede suscitarse tambien la duda indicada en orden á la sal, aunque menor, pareciendo mas claro, que la instruccion de 1761 no puede ser tan relativa al papel sellado como á la sal.

§. XI.

De las penas del contrabando en renta de correos.

Pena de los que dirigen cartas fuera de balija con alguna excepcion.

1 En orden á la renta de correos el Sr. Conde de Campomanes en el *Itinerario real de postas* dice, que con la ordenanza 27 de las de 19 de noviembre de 1743 se impuso la multa de cinco ducados á los que conducen cartas fuera de balija por cada

una. Martinez *Lib. de juec. tom. 4. letra C n. 237. y 238.* dice, que por decreto de 6 de febrero de 1762 por cada carta remitida fuera de correo, á excepcion de aquellas, que solo se dirigen á los dueños de las cargas ó géneros, que transportan los arrieros y ordinarios dándoles aviso de lo que llevan, y no de otras cosas, hay la pena de un ducado de once reales de vellon. Del mismo Martinez *ibid. num. 239.* parece, que no está prohibido por el decreto de 30 de enero y el citado de 6 de febrero de 1762 despachar propios de un pueblo á otro, especialmente donde para el mismo fin no hay correos de á pie, ni tampoco el llevar cartas de recomendacion abiertas, ú otras con recado cosidas á él mismo ó abiertas. No he visto estos decretos, en orden á los cuales solo puedo citar á dichos autores.

2 En el art. 13. del título de *Administradores* de la ordenanza de correos de 23 de julio de 1762 se cita la instruccion de 30 de enero de 1762 y otra de 27 de septiembre de 1761, relativa á precauciones para la segura conduccion de balijas. En el art. 6. del título de *Oficiales de las estafetas* de la misma ordenanza se dice, que subsista la pena, impuesta por la ordenanza 9. de *Conductores y balijas* contra qualquiera dependiente, que haga colusion en fraude de cartas con los conductores ú otro qualquiera además de perder el empleo. Tampoco he visto la citada ordenanza de 1761. En el art. 7. *ibid.* se dice, que qualquiera dependiente depuesto quede inhábil para volver á entrar en el servicio de esta renta. En el cap. 8. del título de los *Postillones* *ibid.* se dice, que en caso de cometer fraudes contra la renta se impondrá á los postillones la pena contenida en la real instruccion

Penas de los dependientes de renta de correos, que cometen falsas, y de los interceptadores de cartas.

contra los dependientes, defraudadores, que es la de diez años de presidio, y la misma, si maliciosamente desamparan en la carrera á los conductores correos ó gentiles hombres, en cuya compañía vienen, ó les causen algun detrimento, faltando á la obligacion, que tienen de ayudar con fidelidad á su leal saber y entender á las personas, que acompañan. Del art. 20. del título de *Administradores* *ibid.* consta, que por la ordenanza 25 de las de 19 de noviembre de 1743 los interceptadores de cartas tienen diez años de galeras si son del estado general y diez de presidio si son nobles.

§. XII.

De la pena del contrabando en la renta de lotería.

Pena del fraude relativo á lotería.

I Con carta de 29 de julio de 1774 del Sr. D. Miguel de Muzquiz consta, quedar desde dicho año prohibida toda lotería en el reyno, á excepcion de la establecida en él en 30 de septiembre de 1773, y el beneficiar y recibir billetes de fuera del reyno so pena de quinientos ducados de multa para cada delinquente en la primera contravencion, dividiéndose entre el denunciador, juez y fisco, de pena duplicada por la segunda, y de quatro años de presidio por la tercera con los mil ducados de multa.

LIBRO IV. DEL V. TIT. V. §. XIII.

De la pena de los que defraudan en rentas provinciales.

Por lo relativo á rentas provinciales de Castilla puede verse el *cap. 14. del lib. 1. del Comercio terrestre de la Curia Filípica*. En el *cap. 33. de la instruccion de 22 de julio de 1761* se dice, que en alcabalas y cientos se observarán las penas de las leyes del reyno, y en los fraudes contra rentas de servicio de millones se impondrá la de comiso de la especie, que se aprehenda; caballerías, y carruages, en que se conduzca, á mas de las establecidas en las instrucciones, capítulos de millones, y las arbitrarias, que se adapten á la calidad de los fraudes. En el *libro 2. pueden verse citados los decretos relativos á esta materia*, de que no puede tratarse con toda individuacion, porque seria este un asunto inmenso, y por las muchas variaciones, que ha habido y hay en él, quedando aun en el dia casi todo pendiente, como se ha visto en el *libro 2. tit. 9. cap. 12. sec. 5. art. 10.* En el *cap. 22. de la instruccion de 22 de julio de 1761* se manda, que en las rentas provinciales, quando los fraudes fueren de corta consideracion, se forme un testimonio de la aprehension, en cuya virtud se determine la causa, y que de las de esta naturaleza se dé mensualmente noticia al Superintendente General de la Real Hacienda. D. Fernando de Senza, Secretario del Consejo de Hacienda, de orden del mismo con carta de 31 de mayo de 1790 participó al Intendente de Cataluña, haber declarado S. M. á consulta de dicho Consejo, que por fraudes de corta consideracion, de que habla el *cap. 22. cita-*

Pena de los que defraudan en rentas provinciales.

do, se entiendan aquellos, en que el valor principal de los efectos de la aprehension no exceda de mil reales de vellon, no interviniendo otro delito.

§. XIII.

De las penas de contrabando en el caso de cometer dos ó mas un mismo reo.

Pena del reo de diferentes contrabandos.

1 **T**enemos explicadas las penas del contrabando hablando de él en general, y despues con separacion y distincion, suponiendo en el reo ó reos un delito. Falta advertir, que en el cap. 16. de la instruccion de 22 de julio de 1761 el reo de muchos contrabandos debe sufrir la pena mas grave de ellos.

§. XV.

De algunas órdenes posteriores, que varian la pena de presidio de Africa de los defraudadores en destino á la Habana, Puerto Rico, Filipinas é Indias en general.

Varias órdenes despues de 1761 para enviar á Indias los reos de contrabando.

1 **C**asi siempre en quanto hasta aquí he dicho se ha hablado de la instruccion de 1761, y de las cédulas anteriores con alguna posterior, hablándose en ellas del destino á presidio de Africa en algunos de los casos especificados: en esto ha habido despues variaciones. Del Secretario de la Junta de Tabaco he visto carta posterior á 1761, cuya fecha no tengo ahora presente, con la qual se participó al Intendente de Cataluña la resolucion, con que S. M., atendido el crecido número

de defraudadores, que infestaban las costas del mediterráneo, mandó, que á todos los aprehendidos en ellas se les destinase en lugar de presidio á las obras de fortificacion de la Habana y Puerto Rico. De 8 de marzo de 1781 he visto citada real orden, para que á los defraudadores de todas rentas se les aplicase al servicio de las armas ó de la marina; y de 2 de julio de 1783 otra, para que á los defraudadores del tabaco se les destinase á los presidios de Africa con motivo de haber cesado la guerra, que habia en 1781. De 29 de diciembre de 1787 he visto tambien citada real orden sobre el destino, que se ha de dar á los reos de contrabando, que se envian á Filipinas. Con esto se mandaria esta providencia ántes. En 12 de junio de 1790 participó el Sr. D. Pedro de Lerena al Intendente de Cataluña, que queria S. M., que á los reos de contrabando, que debiesen condenarse á pena de presidio, se les impusiese la pena de armas en Puerto Rico, consultándose las sentencias con el Superintendente. El mismo al mismo en 12 de mayo de 1791 participó orden de S. M., para que á todos aquellos reos, que no sean de la mayor gravedad, ni tengan delitos de robos, á quienes por vagos y malentrentados, defraudadores y otras causas diferentes, suele imponerse pena de presidio en Africa, se les destine hasta nueva orden al servicio de las armas en Indias por el tiempo, que corresponda á la gravedad de ellas, y que se remitan los reos por las respectivas jurisdicciones al Gobernador de Cádiz, para que éste los aplique y envíe á dichos dominios segun las instrucciones, que tuviere por el Ministerio de Guerra. Ultimamente con carta de 20 de julio de 1791 participó el mismo Sr. D. Pe-

dro de Lerena al Intendente de Cataluña, haber resuelto S. M., que á todos los reos contrabandistas, á quienes por reincidentes se les hubiese de imponer la pena de diez años de presidio en Filipinas se les destine á cumplirlós en el presidio de Puerto Rico, por ser escasas las proporciones, que hay de conducirlos á aquellas islas.

§. XVI.

De la aplicacion de comisos y multas en delitos de contrabando.

De la aplicacion de comisos en general en quanto á contrabando.

1 En la instruccion de 22 de julio de 1761 se previno la aplicacion de los comisos impuestos en las penas de contrabando, de que falta tratar ahora para concluir esta materia, haciendo mencion de las órdenes posteriores sobre este asunto, y debiendo regir dicha aplicacion en general en todo contrabando con la sola duda de lo que ántes se ha dicho de la sal.

Aplicacion de los géneros comisados con excepcion del tabaco.

2 En el cap. 40. de dicha instruccion de 1761 se dice, que á excepcion del tabaco los géneros comisados, multas y condenaciones se aplicarán por quartas partes segun la instruccion de 17 de diciembre de 1760. En ésta en los cap. 13. y 14. se manda dar una de dichas quartas partes á los guardas y personas zelosas, que descubrieren ó denunciaren los contrabandos, otra al subdelegado, siempre que él diere la sentencia, otra al real erario, otra á la Sala de Justicia del Consejo de Hacienda en caso que haya apelacion de la sentencia á dicha Sala, con el bien entendido, que si el Consejo declara comiso, y no le hubiere declarado el subdelegado, la quarta parte de éste se ha de apli-

car al real erario. Quando no hubiere habido apelacion la quarta parte es del Superintendente General: quando éste conoce desde luego y no hay apelacion al Consejo de Hacienda la quarta parte toca al real erario, *ibid.*

3 En el tabaco se dice en el *cap. 40.* de la instruccion de 22 de julio de 1761, que se ha de aplicar una parte al juez y las otras al denunciador y guardas.

Aplicacion del tabaco comisado.

4 Por el *cap. 41. y 45. ibid.* los géneros comisados de lícito comercio se han de vender públicamente: y su precio y el de las condenaciones es lo que ha de aplicarse en quartas partes, rebajando de él los derechos reales, y en defecto de bienes las costas y gastos de la causa y los alimentos de los reos: con los géneros prohibidos se dice, que ha de hacerse lo propio, si no son estancados, sin descuento de derechos.

Los géneros de lícito comercio comisados deben venderse, y en qué debe invertirse el precio.

5 Por el *cap. 42. y 43. ibid.* los géneros estancados se han de entregar á los estancos mas inmediatos y á los interesados en las partes sin ningun descuento, abonándose al precio, que allí se previene; y si no fueren de consumo se han de deshacer de modo, que no puedan servir.

Qué se ha de hacer de los géneros de estanco comisados.

6 Por el *cap. 44. ibid.* los géneros comisados por peste se han de quemar ó beneficiar á disposicion de la junta de sanidad.

y de los que lo son por peste.

7 En el *cap. 45. ibid.* se previene, que las embarcaciones, carruages, bagages, xarcias, instrumentos, máquinas y otras cosas semejantes, comisadas por razon del contrabando, han de seguir en la distribucion de partes la naturaleza del fraude, por que se comisan: y el precio en defecto de bienes del reo debe quedar sujeto al descuento de costas y gastos de la causa.

y de las embarcaciones, carruages, é instrumentos.

8 En el *cap. 46. ibid.* se previene, que, quando la aprehension no se hubiere hecho en poblado, los bagages, carruages, instrumentos y máquinas se aplicarán á los ministros del resguardo, si de lo dicho se hizo aprehension juntamente con el fraude; y que esto no tendrá lugar en las embarcaciones, teniendo en este caso la parte, que les toque como á denunciadores.

De la aplicacion del comiso en géneros relativos á diferente jurisdiccion.

9 En el *cap. 47. ibid.* se dispone, que, quando la jurisdiccion del tabaco atraxese á sí el conocimiento de otro fraude, la aplicacion de partes se ha de hacer como si se conociese separadamente: y en el *cap. 48.*, que se ha de hacer lo mismo quando la jurisdiccion de rentas generales atraxere á sí el conocimiento de un fraude de tabaco.

Aplicacion de las casas ó tierras comisadas.

10 En el *cap. 49. ibid.* las casas ó tierras perdidas se mandan aplicar á la real hacienda, y de las penas pecuniarias en todo fraude la tercera ó quarta parte, prevenida en las respectivas rentas, á los ministros aprehensores.

En 1786 se mandaron vender y cómo los géneros comisados de ilícito comercio.

11 Con carta de 31 de julio de 1786 participó el Sr. D. Pedro de Lerena al Intendente de Cataluña, que en atencion á no haber convenido la Compañía de Filipinas en tomar los géneros de ilícito comercio existentes en las aduanas de Cadiz, Sevilla, y Málaga á los precios, que de acuerdo con los subdelegados regulasen los respectivos administradores, y siendo conveniente dar salida á los géneros expresados con la estimacion correspondiente á beneficio de la real hacienda, y de los demas interesados en los comisos; resolvió S. M., que dicho Intendente dispusiese, que todos los géneros de ilícito comercio declarados por de comiso se vendan por mayor, y con libertad de derechos de extraccion para embarcarlos á

América, procurando sacar todas las ventajas posibles, y procediendo en todo de acuerdo con los administradores: pero que, si no hubiese quien los tome para llevarlos á América, se vendan por menudo en Barcelona y precisamente por cortes, entregándose á dicho fin á sugeto de satisfaccion, que se encargue de su venta, llevando puntual cuenta y razon de su producto para distribuirse por quartas partes, y que si los administradores de otras aduanas remitieren á la de dicha capital semejantes géneros, declarados por de comiso en las subdelegaciones inmediatas, se ha de llevar cuenta y razon del producto, en que se vendan, para que, dando noticia de su importe á los subdelegados respectivos, procedan á la distribucion de él por quartas partes. La misma orden se pasaría á las demas provincias.

12 El Sr. D. Pedro Lopez de Lerena con carta de 6 de octubre de 1790 participó á la Junta de Union de rentas, haber dispuesto S. M., que en el Valle de Andorra en nuestro Principado de Cataluña se establezca una partida de veinte y cinco, ó treinta hombres con un cabo, para perseguir contrabandistas, y que los fraudes, que aprehenda dicha partida, se partan entre el Concejo General de Andorra y los que intervengan en la aprehension.

Aplicacion de los comisos en el Valle de Andorra.

13 Con fecha de 23 de julio de 1768 se publicó cédula de instruccion, en que, entre otras cosas, se contiene la aplicacion de partes de comiso, en que se cayere por extraccion de moneda. En el art. 2. de ella se ordena, que al que diere aviso de extraccion furtiva de oro ó plata, proporcionando lance ó hecho cierto, se le ha de entregar luego que se declare el comiso definitivamente la tercera

Aplicacion de comisos en fraude de extraccion de moneda.

parte del todo de la cantidad de oro y plata sin descuento ninguno, y que se considerará por denunciador el que diere el aviso, aunque sea dependiente de rentas, guardándose á todos el secreto. En el *art. 3. ibid.* se dice, que el denunciador ha de dirigirse al administrador general de la aduana, ó al comandante del resguardo, si le hubiere, ó al teniente ó cabo principal, que mande el mismo resguardo; y con la sola certificacion respectiva de estos de haber intervenido denunciador se ha de entregar al que la diere la tercera parte dicha, para que el denunciador la reciba sin otra intervencion, que la de la persona, á quien dió el aviso: y en el auto de oficio, que se extendiere á consecuencia de la primera noticia, debe expresarse ésta sin nombrar al denunciador. En el *art. 4. ibid.* se dice, que de lo que quede líquido, incluso las multas y condenaciones, se ha de hacer la distribucion por quartas partes, debiendo de estas recibir una los aprehensores, y aplicarse las tres restantes en el modo prevenido en la cédula de 17 de diciembre de 1760. En el *art. 5.* se dice, que la quarta parte de los aprehensores se ha de dividir entre el comandante y los que efectivamente se hallaren en la aprehension; que, si el comandante fuere personalmente á ella para asegurar el lance, tendrá como tres ministros de los que se hallaren presentes, y no estando solamente ha de recibir una como los demas ministros; que concurriendo el comandante no ha de haber distincion entre los demas, sean cabos ó ministros; que no asistiendo el comandante el superior, que mande la accion, recibirá como tres y el comandante como uno de los demas. En el *art. 6. ibid.* se dispone, que en toda aprehension

accidental se ha de executar el repartimiento en las quartas partes segun la cédula de 17 de diciembre de 1760, y que la quarta parte se divida entre los que se hubieren hallado en la aprehension, dando al comandante, si hubiese estado, dos partes de ministro, y si no hubiere estado una sola, y dos al superior, que hubiere mandado la partida: en el *art. 7.*, que en las aprehensiones accidentales, que se executen en las puertas de las poblaciones de frontera de tierra ó puertos de mar por efecto de los registros, que deben hacer los dependientes de rentas, se divida la quarta parte, que toque á los aprehensores, entre los individuos del resguardo, que esten existentes en la puerta al tiempo de la aprehension; y tanto el comandante ó guarda mayor de la poblacion, como el superior, que mande en la puerta, no lleven sino una parte sin distincion de si se hallan ó no presentes: en el *art. 8. ibid.*, que si fuere uno solo el aprehensor ó dos ó tres el comandante debe llevar la quarta de la quarta: en el *art. 9. ibid.*, que si las justicias, sus ministros ó vecinos de los pueblos hicieren alguna denunciacion, ó aprehension de oro ó plata, que se intentare extraer, han de entregárseles dos terceras partes íntegras del todo de la aprehension, si con ella aseguraren, custodiaren y entregaren en las cárceles al reo con los autos del sumario, y la tercera parte se dividirá segun el espíritu de la cédula de 17 de diciembre de 1760, excepto la parte del aprehensor, que ya queda recompensada: en el *art. 10. ibid.*, que, si los que contiene el artículo antecedente, no aprehendieren al reo con el oro ó plata, lleven solo una tercera parte de aprehensores, que han de recibir íntegra, y que las dos restantes deben se-

guir el curso prevenido en cédula de 17 de diciembre de 1760, excluida la parte de aprehensor, que ya queda recompensada, y entendiéndose en tres la distribución, que había de ser en quatro: en el *art. 11.*, que, si la referida aprehension de las justicias procede de aviso secreto de denunciador, deberán las justicias entenderse con él para recompensarle de la extraordinaria asignación, que se les hace en las aprehensiones: en el *art. 12. ibid.*, que en el repartimiento de las embarcaciones y carruages declarados por de comiso, por aprehension de oro ó plata, se observará lo prevenido en la cédula de 22 de julio de 1761, aplicándose á los aprehensores, aun habiendo denunciacion, lo que en ella se les concede: en el *art. 13. ibid.*, que en toda aprehension por extraccion de oro ó plata se hará constar en autos con recibo de los interesados la percepcion de cada uno, excepto la del denunciador secreto, que se justificará con certificacion de la persona, á quien se dió el aviso: en el *art. 15. ibid.*, que la mitad del importe de las multas impuestas á los reos de extraccion de oro ó plata segun la instruccion de 22 de julio de 1761 debe percibirla el juez, á cuyo cargo corrió la justificacion, con la diferencia, que, si el juez no fuere letrado, se ha de partir con igualdad entre él y el asesor, quedando la otra mitad para dividirse en partes.

Pena de los que no cumplen con las guias y tornaguias en la conduccion de moneda.

14 Con fecha de 15 de julio de 1784 se expidió real cédula relativa á las guias y tornaguias necesarias en la conduccion del dinero, de la qual se ha hablado en el *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 5. artic. 13. num. 25.* sin variarse en ella nada en quanto á la distribucion de los géneros comisados y multas, renovándose la observancia de los capi-

tulos 9. 10. y 11. de dicha cédula de 23 de julio de 1768, que se insertan para estimular á las justicias.

15. Despues con fecha de 15 de junio de 1792 escribió el Sr. D. Diego de Gardoqui al Intendente de Cataluña, que en consecuencia de real orden de 30 de junio de 1786, y de lo mandado en el artic. 5. de la cédula de 23 de julio de 1768, siempre que los jueces se hallen personalmente en las aprehensiones del fraude se les apliquen en el repartimiento de comisos tres partes de la de aprehensores, distribuyéndose con igualdad las restantes entre los demas que lo fueren, pero que S. M. declaró, que en los casos, en que las justicias abandonen la accion, dexando empeñada en ella á la tropa ó dependientes de rentas, no tengan parte en el comiso.

16. De 29 de febrero de 1792 hay un real decreto, en que se hace presente, que el Sr. D. Diego Gardoqui expuso á S. M., que todo el valor de los comisos, á excepcion de los que reserva la ley para juez y denunciador, debiera aplicarse al erario, contra quien se dirige el fraude; que de llevar la quarta parte el Superintendente nace la desconfianza, con que miran los reos de contrabando al Superintendente por el interés, que tiene; que éste hace sospechosas al público quantas providencias se toman en beneficio de las rentas, especialmente la avocacion de los autos empezados por los subdelegados, que suele ser precisa muchas veces; que estos inconvenientes tambien se verifican respecto del Consejo de Hacienda en quanto á la parte señalada á él por la confirmacion de las sentencias; que á pesar de la notoria integridad y desinteres de sus ministros no es po-

Subdivision de la parte de comiso de aprehensores á favor del juez que presencie la aprehension.

Decreto con que al Superintendente y al Consejo de Hacienda se quitan las partes de comiso, que ántes se aplicaban á su favor.

sible acallar las voces del vulgo, ni la cavilacion de los reos, mal satisfechos siempre de la justicia, que les condena; que en vista de todo esto resuelve S. M., que el Superintendente no perciba de aquí en adelante parte alguna del valor de los comisos, que se declaran en las subdelegaciones; que la quarta parte, que le estaba asignada en los casos, en que no se interponia apelacion, se aplique al erario; que de la quarta parte, que percibia en las causas, de que se conoce en la subdelegacion de Madrid por ser su territorio, ó por estar reservadas al mismo Superintendente, se aplique la mitad al subdelegado, y la otra mitad al real erario; que la quarta parte, que percibia el Superintendente en las causas de las subdelegaciones de afuera, quando se avocaba el conocimiento y determinacion de ellas, quede reservada para el subdelegado, que empezó la causa siempre que no haya habido de su parte culpa ó negligencia, y que habiéndola deberá tambien dicha quarta parte aplicarse al real erario, y al mismo la quarta parte asignada al Consejo de Hacienda para la confirmacion de las sentencias.

SECCION VII.

De las penas de los delitos opuestos á la policia.

ARTÍCULO I.

De las penas correspondientes á los delitos opuestos á cosas generalmente útiles á la policia.

Defiriéndome al orden propuesto en el lib. 2. tit. 9. cap. 13. empezaré hablando de las penas de la contravencion en punto de armas. Dexando las antiguas, que pueden verse, por lo que respecta á las de Castilla en Pradilla *Suma de leyes penal. part. 2. caso 57. num. 112. hasta el 116.*, y en las adiciones de Barrera *ibid. al fin cap. 10.*, y por lo que toca á Cataluña en el título de *Prohibició de armas*, en Cortiada *decis. 225. y 226.* y en los capítulos 23. y 25. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716, paso á la nueva ley general y pragmática de 26 de abril de 1761. En ella con renovacion de diferentes pragmáticas se prohiben las armas cortas de fuego y blancas, como son pistolas, trabucos y carabinas, que no lleguen á la marca de quatro palmos de cañon, puñales, guiferos, almaradas, navaja de muelle con golpe ó virola, daga sola, cuchillo de punta chico ó grande, aunque sea de cocina y de moda ó de faltriquera, so pena á los nobles de seis años de presidio, á los plebeyos los mismos de minas: y á los arcabuceros, armeros, cuchilleros, tenderos, mercaderes, prenderos ó personas, que las vendieren, ó tuvieren en su casa ó tienda, se impone por la primera vez la pena de quatro años de presidio, por la segunda seis al noble, y los mismos de minas al

De las penas contra el uso de armas prohibidas.

plebeyo , debiendo tener lugar dichas penas , àunque se lleven las armas con licencia de tribunal , comandante , gobernador ó justicia , porque ninguna tiene autoridad para ello.

En Cataluña solo se permite el uso de la espada como honroso distintivo de nacimiento.

2 En Cataluña la espada , que de ningun modo puede contarse entre las armas prohibidas por pragmática , lo es al estado general ; y se tiene por honroso distintivo del nacimiento , honorífico empleo , y mérito particular de personas determinadas , como se ha visto en otra parte de estas instituciones : y en edicto de 14 de agosto de 1723 de la Real Audiencia con relacion á otras órdenes se lee impuesta á los que lleven la espada sin derecho para su uso la pena de treinta dias de cárcel , cinquenta libras catalanas de multa y otras arbitrarias con perdimiento de la espada : incurren en las mismas penas los amos , en quienes se verifique ciencia ó consentimiento de que la lleven sus criados.

Los quasi delitos de los romanos son propiamente delitos contra policia.

3 A este artículo me parece , que pueden oportunamente reducirse los que en derecho romano se llaman *quasi delitos* , por ser una especie de hechos , que no son en realidad y propiamente delitos en el tiempo , en que se perjudica al público ó á los particulares , sino que se acercan mucho á serlo por culpa antecedente : y mirados con relacion á ésta lo son en realidad. No discurriéndose de este modo parece , que no podria tener lugar ninguna aplicacion de pena. Quando el juez juzga malamente por impericia de su arte se comete un quasi delito , como consta del principio de *título* de las *Instituciones de Justiniano lib. 4. tit. 5.* : en la misma clase deben generalmente ponerse todos los que exercen alguna profesion sin tener á lo ménos aquel mediano conocimiento y aptitud , que se necesita

para desempeñarla. Sentaban bien los juriscultos romanos, como consta de la ley 9. §. 5. *Dig. Locati* y de otras, que la impericia en alguna arte ó facultad, aunque no sea culpable generalmente en los hombres, lo es en los que hacen profesion de ella.

4 No es culpa el que un particular no esté instruido en la facultad de medicina y cirugía: pero lo es, y por tal se reputa en el §. 7. *Inst. De leg. aquil.* y en la ley 7. §. *últ.* del mismo título del Digesto, el que, sin saber esta facultad, quiera entrometerse y cuidar de la curacion de los hombres con gravísimos daños y riesgos del próximo: lo propio debe decirse del cochero ó arriero, que no tenga la pericia y robustez debida, sin que pueda aun disculparle la enfermedad ó debilidad, con que quede de alguna dolencia, porque no debe él exponerse, á que por su flaqueza se atropelle á las gentes, §. 8. *Inst. de Lege aquil.*, ley 8. §. 1. *Dig. Ad leg. aquil.*, ley 13. *Dig. Locati*. En esta ley se individualizan muchos casos de gentes, que son culpables por empeñarse indiscretamente en ejercer una profesion, que no entienden: y no ménos en todo el título de la ley aquilia: con esta misma, como se puede ver en el §. 9. *Inst. de Leg. aquil.*, no solo se mandaba en los casos expresados la enmienda del daño, sino que tambien se aplicaba pena; y esta no tanto me parece, que correspondiese por considerar en los lances referidos un quasi delito, como un verdadero delito de contravencion á las leyes de policía, que prescriben la obligacion de no empeñarse nadie á ejercer con perjuicio y daño del próximo ó del público una profesion, que no entiende. Del mismo modo puede discurrirse en orden á los quasi delitos, de que hablaré despues

de los vecinos, que no tienen el cuidado debido, en que no se eche ó se caiga de sus casas cosa, que cause daño, y de varias responsabilidades de los mesoneros, bodegoneros, marineros, y otros semejantes. Como en casi todos estos casos se puede y suele perjudicar á la salud, á los bienes, al aseo y comodidad, pongo estos quasi delitos previamente, como cosa general á las especies, de que se tratará separadamente. El castigo veo que comunmente es arbitrario por ser tan varias las circunstancias de los casos, que pueden suceder.

Pena del que sin el conocimiento debido ejerce alguna profesion.

5 Sobre la enmienda del daño, que debe ser general en qualquiera perjuicio causado por la ignorancia de la profesion, que se ejerce, algunas veces basta un apercibimiento: otras se llega á multa, á privacion de oficio, ó suspension de él, como se ha dicho en el título de penas: y tal podria ser el caso de causarse muerte, lesion mayor, ó algun gravísimo perjuicio, que pudiese ó debiese llegarse á mayor castigo.

Pena del que no tiene el debido cuidado en que no se eche en el público ni se tenga colgado lo que puede dañar.

6 Otra especie de quasi delito, como se ha indicado, es el no tener cuidado, el que habita una casa, de que los dependientes de ella no echen nada á la calle, que pueda dañar. En este caso daban los romanos accion contra el dueño ó inquilino, obligándole á pagar el dos tanto del daño ocasionado, §. 1. *Inst. de Obligat. quae ex quasi delict. nasc.*, ley 1. *in princ.* y §. 5. *de His qui deiecer. et efulder.*, con las cuales concuerdan las leyes 25. y 26. *tit. 15. part. 7.*

7 Lo mismo debe decirse de los que permiten en los aleros ó cobertizos sobre lugar por donde pasa la gente, que se tenga cosa puesta ó colgada, que cayendo pueda dañar: en este caso aun ántes de verificarse el daño por el peligro de lo que podia

sucedier multaban los romanos en diez sueldos al habitador, *ley 5. §. 6. Dig. de His qui deiec. vel efud.*, con la qual concuerda la *ley 26. tit. 15. part. 7.*: en ésta se mandan pagar diez maravedis de oro: la accion, que se da para conseguir dicha multa, es popular, esto es concedida á qualquiera vecino ó morador de la poblacion por el interes, que todos tienen, dicha *ley 6. §. ult.* Siendo muchos los que habitan en la casa, de la que se hubiere dado daño, todos están obligados de mancomun desobligándose al pagar uno, *ley 1. §. 10., ley 2. y 3. Dig. de His qui deiec. vel efud.* En ambos casos referidos parece evidente, que el dueño ó inquilino, obligado á pagar el daño, ha de tener accion contra el que arrojó lo que dió daño, ó puso el peligro, *ley 5. §. 4. Dig. de His qui deiec. vel effud.*

8 En el día en muchas poblaciones con multas municipales y locales, prescritas en los respectivos estatutos, suelen precaverse dichos daños, y castigarse la negligencia de los culpados en la parte, de que he hablado, y en otras de aseo, limpieza de las calles, y buen aspecto de los edificios públicos.

9 Otra especie de quasi delito es en derecho romano el no valerse los patrones ó capitanes ó marineros, que tengan á su cargo alguna embarcacion, los mesoneros y bodegoneros, de buenos domésticos y dependientes, siendo necesario, que los tengan para que quede asegurada la custodia de las cosas, que por precision se les han de confiar. Por esto mismo ha parecido conveniente, que queden obligadas estas especies de personas á la restitution de qualquier cosa, que se les entregue, ó entre en el meson, bodegon ó nave, *ley 1. in princ. y §. 1. Nautae caupon. stabular.*, y que respondan

Penas de los que sirviendo al público no tienen buenos y fieles criados.

del hecho de sus domésticos, ó perjuicio dado por ellos: lo mismo dispone la *ley 7. tit. 14. part. 7.* No estrechándose de este modo la obligación á las personas referidas quedaria abierto un gran portillo á fraudes y colusiones para hurtos, como dice la misma *ley 1.* en el §. 1. indicando, que á pesar de la responsabilidad, con que se les estrecha, no se pueden impedir. El valerse del ministerio de hombres, que no sean de probidad y fidelidad conocida, ya es especie de delito, del modo, que he discurrido en los otros quasi delitos, como se puede tambien colegir de lo que dice Justiniano en el §. *ultimo de Oblig. quae quasi ex delict. nasc.* y de la *ley 5. §. ult. Dig. de Oblig. et action.*, pidiendo la buena policia, que se zele con mas cuidado en donde hay mayor peligro, necesidad y precision de haberse de valer los hombres de algunas personas determinadas, y en donde hay mas experiencia de faltas y excesos.

10 Con solo recibir á los huéspedes ó pasajeros, y lo que ellos llevan, con tal que se les entregue á ellos, ó á las personas, que ellos mismos tienen destinadas para dicho fin, se entienden y estan obligados los marineros, mesoneros y otros, que con qualquiera especie de nombre entiendan en estos ministerios, á la *exáctísima custodia*, como dicen los jurisconsultos, *ley 1. §. 8., ley 2. Dig. Nautae caupones, ley 3. §. 1. ibid., ley 26. tit. 8. part. 5.*: de consiguiente han de restituir las cosas recibidas, ó la estimacion de las perdidas y desgraciadas, ménos quando lo fueren con caso meramente fortuito, dicha *ley 3. §. 1. Dig. Nautae caupones et stabul.* En el *cap. 30.* del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee, que ninguna de dichas personas dé acogida á gen-

tes viciosas y glotonas, que dexada su familia suelen gastar en mesones y figones mas de lo que tienen, espiando caminantes para poderles robar é insultar: se amenaza con pena de azotes á los que así estuvieren en dichos mesones, y con la de vergüenza y destierro de la provincia á los que las acogieren.

11 En el *lib. 2.* al fin de la *sec. 1. cap. 13. tit. 9.* se dixo, que la educacion de la juventud debía contarse entre las cosas generalmente útiles á la policía, bien que, como ya en el título primero se habia tratado de dicha materia, en la de policía solo se hizo relacion á dicho título. En éste pondré con referencia al mismo los delitos, de los que no tienen el correspondiente respeto á sus padres. La buena crianza exige la debida subordinacion á la cabeza de familia en todos los dependientes de ella; y á este lugar pueden reducirse las contravenciones en este punto. En todos tiempos se ha tenido por culpa grave de los hijos el no consultar, ni contar con sus padres en los casamientos: y tanto las leyes civiles, como eclesiásticas, han detestado esto como gravísimo delito. En el *lib. 1. tit. 4. cap. 3.* ya he hablado de la licencia, que por ley necesitan de padres, parientes y tutores los que estan dependientes de la potestad de los referidos: aquí corresponde hablar de la pena impuesta por la pragmática de 23 de marzo de 1776. Por el *cap. 3.* de ésta, si se hubiere hecho el matrimonio sin el consentimiento, que prescribe la misma, y está expresado en el *lib. 1.*, los que le hubieren contraido, sus hijos y descendientes quedan por el mero hecho inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como de pedir dote ó legítima, y de suceder como hered-

Penal de los que se casan sin el debido consentimiento de sus mayores ó parientes.

Penal de los que contraen matrimonio sin el consentimiento de sus mayores ó parientes.

rós forzosos y necesarios á los bienes libres, que pudiesen pertenecerles por herencia de sus padres ó abuelos, aprobándose esta causa como justa de desheredacion, y dexando solamente impuesta á los padres y ascendientes la obligacion de alimentar á sus hijos y nietos. Por el *cap. 4. y 5. ibid.* se les priva de todo el derecho á mayorazgos, fideicomisos y otros derechos de familia, que en otro modo les perteneciere; y solo se les concede, que en último lugar, quando no quedare ya ninguno de los llamados á la sucesion, puedan suceder: únicamente se les dexa salvo el derecho á alimentos en caso que le tuvieren por algun título. En el *cap. 15. ibid.* se sujeta á estas mismas penas á los militares á mas de las impuestas por sus propias leyes.

12 Con real cédula de S. M. de 26 de mayo de 1783 á consulta del Consejo de Indias se declaró por punto general, que siempre que qualquier hijo ó hija de familias intentase contraer matrimonio, y examinado en justicia conforme al *artic. 9.* de la pragmática de 23 de marzo de 1776 quedase executoriado ser justo y racional el dissenso del padre, viviendo éste y permaneciendo en él no puede la madre instituir por heredero al hijo ó hija inobediente, ni hacerle donacion alguna. Motivó esta determinacion un caso de Indias, en que la madre procurando el matrimonio, que resistia el padre, queria recompensar la pérdida del patrimonio paterno.

Pena contra los domésticos que seducen para casamiento á las mugeres.

13 El Sr. Conde de Floridablanca con carta de 20 de enero de 1784 comunicó al Sr. Conde de Campomanes, como decano gobernando el Consejo, haber mandado S. M., por ser frecuentes los recursos, que se le hacian por padres de familia

contra criados á causa de seducir á sus hijas con el fin de contraer matrimonio con ellas, que se renovasen por cédula circular las leyes, que tratan de imponer pena á los domésticos, que abusan de la confianza de las casas para seducir á las hijas, parientas y criadas.

14 Por nuestro derecho municipal no solo no se dexa impune la desobediencia de los hijos, que se casan sin consentimiento de los padres, sino aun la de los que entran en religion. En la *const. 1. del 2. volum. Dels qui entran en religió, sens voluntat de sos pares* se establece, que, si el hijo entra en alguna orden regular sin el consentimiento de sus padres viviendo su padre deba desde luego reputarse muerto, de suerte que la orden no pueda pretender nada de la legítima ó herencia, y que si alguno ó alguna, muerto su padre ó madre, hiciere lo mismo, sus bienes pasen á aquellos, á quienes corresponden por razon del vínculo, ó á sus parientes mas cercanos. De si podia ser valida esta constitucion, y las que he citado en el *lib. 1. tit. 4. cap. 3.* sobre las penas impuestas á los que se casan sin consentimiento de sus padres, se habia disputado antiguamente, suponiéndolas algunos opuestas á la libertad, que dan los cánones en esta materia; pero nuestros autores municipales con repetidas y constantes declaraciones de nuestra Audiencia ya de tiempos muy antiguos sostuvieron con vigor la validacion de estas leyes, como se puede ver en *Cancér de Fil. qui sine consen. parent. n. 2. hasta el 6. num. 33.* y en el *cap. de Sponsal. et matrim. num. 2. hasta el 5.*, *Fontanella de Pact. nupt. claus. 4. glos. 2. num. 10. hasta el 28.*

Privacion de legítima y otros bienes en Cataluña á los que sin consentimiento de los padres entran en religion.

ARTÍCULO II.

De los delitos opuestos á las providencias de policía relativas á la salud y vida de los ciudadanos.

Pena de los carruageros, que por falta de robustez causan daño.

1 En el artículo antecedente ya he dicho, que los cocheros y arrieros, que por impericia ó falta de robustez causan algun daño, son responsables por quasi delito ó delito: esto se puso allí, parte por exemplo de lo que se trataba en general, y parte porque es tambien cosa en sí general, pudiendo de dicho modo causarse perjuicio á la salud, á los bienes, al aseo y á la comodidad. Aquí pondré otras providencias contra delitos, que, aunque puedan causar perjuicio á todas las quatro partes de policía, se han tomado principalmente por el fin de la salud, y para que no se atropelle á las gentes.

De los que le causan por no ir montado el zagal.

2 Con edicto de 20 de abril de 1762 publicó el Capitan General de Cataluña resolucion de S.M., para que, en caso de no ir el zagal, ó delantero en silla ó albardon en una de las mulas delanteras en los coches de alquiler de quatro, cinco ó seis mulas, se impusiese al carruagero dueño del coche por la primera vez la multa de cinquenta ducados, aplicándose la tercera parte al denunciador, y las otras dos á los pobres de la cárcel real de la corte, y al zagal, que toque ir por delantero, freinta dias de cárcel; por la segunda quatro años de presidio en uno de los de África, y á los dueños del coche cien ducados con la misma aplicacion. Habla dicho edicto de la corte, sitios reales, pueblos inmediatos y de toda esta provincia. Es re-

gular, que lo mismo circularmente se mandase en las otras.

3 En el *lib. 2. tit. 9. cap. 13. sec. 2.* ya se ha visto el bando, que se echó en Madrid en 5 de enero de 1785 con expresion de la pena contra los cocheros, que atropellan ó derriban alguna persona.

4 En el mismo lugar se ha hecho mencion de la cédula de 21 de junio de 1787, con que, por el frecuente abuso de correr por las calles públicas de los pueblos los coches de rua con muchos y desgraciados sucesos, que se habian experimentado, de atropellar y maltratar á diversas personas, se prohibió, que dichos coches vayan por las calles de los pueblos, y á trescientos veinte y cinco pasos ó varas de las puertas de la poblacion con seis mulas: la pena, que corresponde ponerse aquí, es la prescrita en el *art. 4.* de la pragmática de 9 de noviembre de 1785, renovada con esta cédula de 1787, y consiste en multa de cinquenta ducados por la primera vez, doble por la segunda, aplicándose á cámara, juez y denunciador, y por la tercera perdimiento de las mulas ó caballos de exceso en el dueño con igual aplicacion: en la misma cédula de 1787 para el caso de no ir montado el zagal en los coches de colleras en los caminos de los sitios reales, en las entradas y salidas de los pueblos, y á los que corren, aunque sean de posta, en la distancia dicha de las trescientas veinte y cinco varas, se impone la pena de diez ducados por la primera vez, aplicándose la mitad al denunciador ó ministros, por quienes sean aprehendidos, y la otra para gastos de justicia, y un mes de cárcel; por la segunda doble pena y multa, y por la tercera la misma multa y seis meses de trabajos en

De los cocheros, que en Madrid atropellan á alguna persona.

Pena de los que causan daño por llevar mas de dos mulas, por correr los coches, y no ir montado el zagal.

obras públicas á los cocheros y caleseros, castigándose tambien con la pena de vergüenza pública á los cocheros siempre que atropellen, ó derriben alguna persona, aunque sea por la primera vez, y debiéndose executar esta pena dentro de las veinte y quatro horas, como en los casos de resistencia á la justicia, escalamiento de cárcel, y otros semejantes de pragmática, sin perjuicio de agravarla segun el mayor daño, que resulte. Este segun dicha cédula debe siempre resarcirse: y además ha de perder el dueño el coche, si fuere dentro de él, y las mulas, aplicándose todo á la parte ofendida.

Pena de los que tienen alanos en Cataluña.

5 A este lugar pertenece lo que se manda en nuestra *const. 2. de Divers y extraordin. crims*, que no se permita á nadie tener alanos en pena de cinquenta libras, y no teniéndolas de galeras.

De otras penas semejantes en general.

6 Otras muchas providencias suelen tomarse de policia para no perjudicarse á la salud, que dependen de las circunstancias particulares de tiempo y lugar.

De las correspondientes á los que no tienen el debido cuidado en venenos y enfermedades contagiosas.

7 De los venenos, cuya venta y comercio está prohibido en la *ley 17. tit. 5. part. 5.* y en otras, y de las dolencias contagiosas, ya se ha hablado en el *lib. 1. tit. 9. cap. 11. sec. 4. y cap. 14. ibid. sec. 3. artic. 1. y 3.*, y en el segundo libro *tit. 1.* se ha tratado de la peste con noticia de las penas, y ordenanzas respectivas, que pueden tenerse presentes para conocimiento y aplicacion de los castigos, que corresponden en esta materia.

ARTICULO III.

De los delitos opuestos á providencias de policia,
relativas á la seguridad y buen uso
de los bienes.

1. Todo quanto se ha dicho en el art. 1. de dueños de casa, inquilinos, mesoneros y marineros, es propio de este lugar en lo respectivo á la responsabilidad y castigo por lo que toca á los bienes, aunque por la oportunidad de lo demas se puso allí todo junto: y ahora solo debo referirme al citado artículo.

Pena de los que sirviendo al público no tienen buenos criados.

2. El delito de los que se ocupan en juegos prohibidos parece correspondiente á este lugar. La última pragmática, que rige en esta materia, es la de 6 de octubre de 1771, y en el lib. 2. tit. 9. cap. 13. sec. 3. ya se han expresado los juegos, que quedan prohibidos. Aquí deben notarse las penas. En el cap. 2. de la misma se ordena, que á los que jugaren á los juegos prohibidos, siendo nobles, ó empleados en oficio publico, civil ó militar, se les han de sacar doscientos ducados de multa, establecidos en la ley 13. tit. 7. lib. 8. Rec. y en la cédula de 22 de junio de 1756, renovada por la de 18 de diciembre de 1764, siendo persona de menor condicion, destinada á algun arte ó oficio de exercicio honesto, la de cinquenta ducados por la primera vez, y á los dueños de las casas, en que se juegue, doble multa respectivamente. En el cap. 3. *ibid.* se dispone, que en la segunda vez sea doblada la pena; en la tercera, á mas de doblada como en la segunda, en conformidad á la ley 14. tit. 7. lib. 8. se impone un año de destierro del pueblo, en que residan los reos, y dos á los dueños de las casas: y,

Pena de los que no observan lo que está mandado en quanto á juegos.

si fueren emplados en el real servicio, ó personas de notable carácter, en el caso de tercera contravencion debe darse cuenta á S. M. con testimonio de la sumaria. Por el *cap. 4. ibid.* los que por falta de bienes no pudieren hacer efectivas estas penas pecuniarias deben estar por la primera vez diez dias en la cárcel, veinte en la segunda, y treinta en la tercera á mas del destierro, y los dueños de las casas duplicado tiempo.

3 En el *cap. 6. ibid.* se imponen las penas del *cap. 2.* á los que, jugando en juegos lícitos, excedan un real en el tanto suelto y treinta ducados en toda la cantidad, que se juegue, aunque sea en muchas partidas, siempre que intervengan en ellas los mismos jugadores: y los que hacen travesas ó apuestas se sujetan á las mismas penas, en que incurren los que juegan juegos prohibidos.

4 En el *cap. 7. ibid.* se imponen las mismas penas del *cap. 2.* á los que juegan al fiado, ó alhajas ó prendas.

5 En el *cap. 8. ibid.* se dispone, que los que en juego prohibido perdieren algo, ó en juego lícito mas de la cantidad señalada, ó alhajas y bienes y cantidades al fiado, no están obligados al pago, ni los que ganaren pueden hacer suya la ganancia; que son nulos los vales, empeños y escrituras hechas para cobrar dichas pérdidas, y la justicia no puede auxiliar ninguna execucion, sino en el caso, en que alguno denuncie su pérdida para su restitucion, y que, si el que perdió dentro de ocho dias siguientes al pago no pide su cantidad perdida, puede pedirla otro qualquiera, que la denuncie, debiendo adjudicársele con arreglo á la *ley 2. tit. 7. lib. 8. Rec.*

6 Por el *cap. 5. ibid.* los entregados habitual-

mente al juego , siendo vagos , mal entretenidos , sin oficio , arraigo ú ocupacion , ó tahures , garitos ó fulleros , que cometieren ó acostumbraren cometer fraudes ó dolos , á mas de las penas pecuniarias incurren ya en la primera vez , si fueren nobles , en la de cinco años de presidio para servir en los regimientos fixos , si plebeyos en la de cinco años de arsenales : y los dueños de las casas , en que se jugaren dichos juegos prohibidos , siendo de la misma clase tablageros ó garitos , que las tengan habitualmente destinadas á este fin , han de sufrir las mismas penas respectivamente por ocho años.

7 Por el *cap. 10. ibid.* si en tabernas , figones , hosterías , botillerías y en qualquiera casa pública se permitiere otro juego , que el de los trucos ó villar , damas , axedrez , tablas reales y chaquete , incurren los dueños en las penas contenidas en el *cap. 5. contra garitos y tablageros.*

8 Por el *cap. 11. y 12. ibid.* las penas pecuniarias deben distribuirse entre juez , camara y denunciador : quando no hay denunciador se da su parte á los alguaciles y oficiales de justicia y aprehensores.

9 Las apuestas ó recíprocas promesas , que se hacen entre dos sobre lo que se conviene , empeñándose uno contra otro , que será ó no será alguna cosa condicional ó dudosa , ya se ha visto , que quedaban prohibidas , quando recaen sobre juegos prohibidos : pero en general sobre qualquier otro asunto lo son , como se puede ver en el *capit. 15. lib. 3. Comer. terr. Cur. Filip.* en quanto á Castilla , y por lo que toca á Cataluña en *Peguera tom. 2. Decis. cap. 56.* , y en el derecho civil en la *ley 3. Dig. de Aleator.*

Penas de las apuestas indebidamente.

Penas de los que contravienen á la prohibicion de fuegos artificiales.

10 También pertenecen á este lugar los que contravienen á la cédula de 15 de octubre de 1771, en la qual á los que tiran, ó contravienen á la prohibicion en ella contenida de fuegos artificiales segun lo dicho en el *lib. 2. tit. 9. cap. 13. sec. 3.*, se les impone por la primera vez la pena de treinta dias de carcel y treinta ducados de multa, aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia, por la segunda doble multa, y por la tercera quatro años de presidio en uno de los de Africa.

De los delitos contra aseo y comodidad.

11 En orden á aseo y comodidad no hallo cosa particular, que advertir, dependiendo esto de circunstancias locales, y de las leyes y providencias particulares de cada pueblo.

CAPÍTULO VI.

De los juicios criminales en general.

SECCION I.

De la justificacion del cuerpo del delito, y de la edad del delinquente.

Lo dicho en general del juicio civil debe acomodarse al criminal.

1 Todo quanto he dicho en el *título 1.* de los juicios en general tiene lugar en este capítulo: y supuesto lo sentado allí de la definicion del juicio en general, y de lo que es en particular el criminal con todo quanto se ha expuesto, que comprehendía la definicion comun á todo juicio, solo pondré ahora lo que con relacion á la generalidad de todo juicio criminal se ofrece, siguiendo el mismo orden de aquel título, en que no se han puesto las cosas, que advertiré aquí, por ser propias del juicio criminal.

2 Lo que puede considerarse particular de este juicio, y propio de este capítulo es, que ántes de empezarse qualquier juicio criminal ha de constar del cuerpo del delito. En nombre de cuerpo de delito se entiende la señal ó vestigio, que queda de haberse cometido el delito. Esta es cosa muy esencial, y que, aunque á primera vista pueda parecer mera ceremonia, es realidad muy substancial. No puede haber delinqüente sin que haya delito: y sin constar de éste es por demas, que la justicia busque al autor de una maldad, que no consta haberse hecho. Por descuidarse este principio puede darse mal tiempo á muchos inocentes, desasosegar las familias, y sacrificar indignamente la vida y libertad de los ciudadanos.

3 He oido referir alguna vez, y no de tiempos muy antiguos, que en la Isla de Mallorca, ó en alguno de los lugares de nuestras costas, con motivo de haber faltado un hombre sé fulminó proceso contra otro, á quien se le habia visto salir á la playa junto con el que se echó ménos poco ántes de adversirse su falta, y que habiendo constado del modo, que pareceria á los jueces, que correspondia por los indicios la pena capital, se la aplicaron, habiendo despues de executado el reo comparcido el que se suponía muerto, no habiéndolo sido sino ausente y preso de los moros, que saltando en tierra le habian llevado cautivo. Mas raro es el caso, que refiere Anneo Roberto en el *cap. 4. libro 1. Rer. iudic.*, citado por Heineccio en la *Disertacion 18. §. 3. de Religione iudic. circa reor. confes.*, de una viuda, que se ausentó, habiendo corrido la voz, de que la habia muerto un ladron: uno, á quien prendieron con este motivo, voluntariamente, y sin amenazas de tormento, ni apremio nin-

No se puede empezar juicio criminal, sin constar del cuerpo del delito.

Experiencias que lo comprueban.

guno, confesó la muerte: en fuerza de su misma confesion se le ahorcó, habiendo comparecido despues al cabo de dos años la viuda, y puesto demanda los parientes del ajusticiado contra los jueces, que ciertamente faltaron en haber procedido sin constar del cuerpo del delito.

4 Otros muchos exemplos trae el citado autor de confesiones hechas de delitos por reos, que no los han cometido: materia, de que hablaremos despues, debiéndonos en esto admirar el corazon del hombre, lo que llega él á hacer contra sí mismo dominado de alguna pasion de frenesí, melancolía ó despecho, y lo que hay que temer, que obre contra otros, ya por las pasiones mas conocidas y patentés, ya tambien por otras raras y ocultas, como las indicadas. ¿Si aun, quando confiesa el reo debe concurrir prueba de delito, y no basta su confesion por lo dicho, y por lo que se verá luego, cuánto mas debe verificarse lo mismo en los otros casos?

5 Los que, ardiendo con el anhelo de la vindieta pública, están clamando siempre por castigos y su pronta execucion, burlándose de las formalidades de derecho, que no permiten en un momento la prision y condenacion, figúrense puestos en lugar de un pobre inocente, sacrificado á perder el honor y la vida, y verán que mucho de lo que suelen decir en esta materia es inconsideracion, ó falta de práctica y filosofia, de que se precian tanto.

Escritores y leyes que autorizan dicha doctrina.

6 De Calderó en la *decis. 9. num. 1.* y de todos los criminalistas consta, que es necesario para el juicio criminal la justificacion del cuerpo del delito, citándose comunmente para esto la *ley 1. §. 24. Dig. Ad senat. cons. sillanian. : liquere igitur debet*

dice cuerdamente allí Ulpiano, *scelere interemptum, ut senatus consulto locus sit*. Del num. 3. y 4. de dicha decision consta, que es nula la sentencia sin constar del cuerpo del delito, y que sin esta circunstancia no se puede poner á nadie á quëstion de tormento. Del num. 5. hasta el 9. *ibid.* consta, que no puede suplir este defecto la confesion del reo, citándose la ley 1. §. 17. *Dig. de Quæstionibus*, en donde está literal y terminante esta advertencia. Amigant *decis.* 2. num. 8. hasta el 11. tambien pone la necesidad de este requisito, citando varias leyes, y expresando, que no se suple su falta por confesion de la parte. Quede pues sentado lo que está sábiamente prevenido en la ley 1. §. 24. *Dig. Ad sillanian.*, y lo que conforme á ella se dice en el num. 7. §. 10. *Juic. crim. Cur. Filip.*, hablándose del caso de haberse cometido delito: lo primero, que han de hacer, es averiguar haberse cometido el delito... porque este es el principal fundamento del juicio.

7 Comunmente veo recibida entre los autores la distincion de delitos *facti permanentis* y *facti transeuntis*, que así los llaman, esto es de los delitos, que dexan rastros, indicios ó señales de haberse cometido, como el homicidio, heridas, incendio y otros semejantes, en el mismo cadáver ó cuerpo herido, y cosa incendiada ó damnificada, y de otros, que no dexan ninguna señal ni rastro, como la blasfemia, injuria verbal y otras de la misma especie. En los primeros dicen, que ha de constar el cuerpo del delito con reconocimiento ocular, hecha de órden del juez por perítos ó testigos, y que en los segundos bastan conjeturas declaradas por testigos. Así se dice en la *decis.* 9. de Calderó num. 9. 10. 19. y 24.: *Ibid. n.* 15. se dice, que quando no se puede hacer la inspec-

Cómo debe justificarse el cuerpo del delito en general.

cion ocular debe suplirse la justificacion por testigos, si los hay, de haber visto el cadáver ó los vestigios del delito. *Ibid.* desde el num. 11. hasta el 37. se previene, que el reconocimiento para la justificacion del cuerpo del delito ha de ser bien circunstanciada, expresándose todo lo que puede contribuir á la averiguacion del delinquente, y se traen algunos formularios. *Amigant decis. 2. numer. 70. y 71.* dice tambien, que si el delito es *facti permanentis* se ha de hacer, que conste de todas las circunstancias, si *transeuntis*, como el adulterio, por conjeturas. *Ibid. num. 74. hasta el 78.* se expresa, que ha de constar del cuerpo del delito en terminos, de que resulte la accion dolosamente executada. *Num. 88. ibid.* se advierte, que en todos los delitos de dificil prueba, ó de que no queden vestigios, quanto mayor es la dificultad de que los haya, tanto mayor es la facilidad de admitir conjeturas é indicios. En el *Juicio criminal de la Cur. Filípica §. 10. num. 7.* se dice, que, no pudiendo ocularmente averiguarse el cuerpo del delito se averigue primero por fama ó algunas conjeturas, que bastan, aunque sean por testigos ménos idóneos: se cita á muchos autores prácticos. *Ibid.* se dice, que va el juez personalmente á la diligencia de la averiguacion del cuerpo del delito, ó estando ocupado envia un oficial suyo con escribano, que dé fe de todo.

Cómo en particular en falsa moneda y heridas.

8 Sobre esta generalidad, transcendiente á todos los delitos, notaré lo que hallo sobre esta materia prevenido por leyes ó autores en quanto á la justificacion del cuerpo del delito en algunos casos determinados, y de los mas freqüentes. En la *decis. 10. num. 1. hasta el 18.* de Calderó se trata del modo, con que se ha de justificar el cuerpo del

delito en el crimen de falsa moneda. En el §. 10. citado del *Juicio criminal num. 7.* se dice, que para ver las heridas se puede desenterrar y abrir el muerto, citándose muchos autores. En la *decis. 11.* de Calderó *num. 23.* se dice, que los cirujanos han de individualizar bien las heridas, todas sus circunstancias, y los accidentes, con que hallan al herido, si es á su juicio la herida de las que son mortales de necesidad, ó mortales *ut plurimum*, en conformidad á lo que se ha dicho en el *tit. 5. cap. 5. sec. 2. art. 3. §. 2.*, esto es, si son mortales, si mortales curables ó incurables, y con qué instrumento parecen hechas. En el *art. 14. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se previene, que siempre, que haya herida, debe el cirujano reconocer y declarar el parage y calidad de la herida, el instrumento, con que fué executada, si es mortal ó de peligro, y en caso de resultar muerte ha de reconocer el cadáver y declarar, si se siguió la muerte ó no de la herida. En el §. 10. del *Juicio crim. Cur. Fil. num. 7.* se dice, que para reconocer las heridas se puede desenterrar, ver y abrir el muerto: se citan muchos autores para esto.

9 Calderó en la *decis. 9. num. 50. y 51.* dice, que se ha dudado, si el magistrado seglar puede, para justificar el cuerpo del delito, hacer de su propia autoridad desenterrar el cadáver, ó si debe pasar oficio correspondiente al juez eclesiástico. Este segundo modo parece mejor á dicho autor, diciendo que en Cataluña se ha hecho de uno y de otro modo. En el *num. 62. y siguientes ibid.* se advierte, que no deben resistirse los superiores eclesiásticos á la práctica de esta diligencia, ya por tratarse de la causa pública, ya para impedir la irreverencia, que pueden causar los ministros y

Sobre las facultades del juez real en quanto á desenterrar cadáveres para probar el cuerpo del delito.

jueces reales, si se entran en lugar sagrado á pesar de que se resista el juez eclesiástico siguiendo la opinión de que no se necesita de él: las relaciones de los peritos, y toda la diligencia del reconocimiento, debe hacerse fuera de sagrado, sacando de él al cadaver. Del *num. 74. y 75. ibid.* consta, que los ministros y jueces reales por costumbre inmemorial se entran de su propia autoridad en el Hospital General de Barcelona, que goza de privilegios de iglesia, para tomar declaraciones de los heridos, y desenterrar cadáveres sin licencia, ni beneplácito de superior eclesiástico, ni de los administradores de dicha casa.

Cómo se puede probar el cuerpo del delito en hurto.

10 En la *decis. 2.* de Amigánt *num. 89. hasta el 98.* se dice, que para la justificación del delito de hurto suele nuestra Audiencia admitir las deposiciones de testigos, que declaren haber oido exclamarse al robado, y que suele tambien exâminar testigos, que declaren, que las cosas hurtadas estaban en la casa del robado, con varias cosas relativas á la prueba del cuerpo de este delito. En el *art. 15. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que en los delitos de hurto se procurará justificar el cuerpo de ellos en la forma, que fuere posible, segun la variedad de casos, atendiendo á que conste, si fuere dable, que la alhaja hurtada para en poder del robador.

cómo en contrabando.

11 En el *cap. 9.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 se previene, que en causas de contrabando, aunque no haya aprehension de fraude, puede procederse por noticias fundadas de él, poniendo las mismas, y además el caso ó los casos particulares, que hubiere, dando principio por auto de lo dicho; pero que no puede procederse á prisión y embargo, hasta que haya suficiente jus-

tificación, no vaga ni general, sino particularizada con testigos idóneos, y si es posible con causas acumuladas de modo, que á lo ménos por indicios graves conste del delito y del cuerpo de él.

12 En Calderó *decis. 7. num. 65. hasta el 69.* se dice, que la qualidad de armas cortas se justifica muchas veces en Cataluña por testigos de vista de haberlas usado el reo, sin ser necesario el reconocimiento en el tiempo de declarar. Sobre esto parece de allí mismo, que hay diferentes opiniones. Para el desafuero con motivo de armas prohibidas ya se ha visto en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. s. 5. num. 27.*, que en el dia se necesita de aprehensión real.

cómo en armas prohibidas.

13 No solo debe constar del cuerpo del delito en toda causa criminal, sino tambien de la edad del reo, porque segun ésta, como se ha visto en su lugar, ha de variar la pena. Cortiada en la *decis. 96. num. 66. y 67.* dice, que, como la edad es de difícil prueba, se admiten para su justificación indicios y conjeturas: y trae exemplares de haberse dado por probada en causa de condenar los reos á muerte por la relacion de un cirujano y otro qualquiera, declarando el que se nombró para ello, que segun el aspecto juzgaba ser el reo, de quien se trataba, mayor de veinte y cinco años. Dice, que la mejor práctica es probar la edad por dos cirujanos, que declaren como facultativos. Esta circunstancia se entenderá necesaria, quando no conste en el modo regular por testimonio correspondiente ó confesion del reo y la mayor ó menor edad ha de hacer variar la pena.

Tambien debe probarse la edad del reo.

14 No solo debe constar del cuerpo del delito y de la edad en todo juicio criminal, sino tambien de gravedad de delito: pues por delitos leves

y la gravedad del delito.

no es justo fulminar procesos, especialmente quando se obra de oficio, sobre lo que hay varias providencias: estas son relativas á los procedimientos de oficio, en donde se notarán.

SECCION II.

De decretos y diligencias correspondientes en la justificacion del cuerpo del delito, y sus resultas.

Del depósito y diligencias, que deben practicarse justificado ya el cuerpo del delito.

Lo que se ha dicho del cuerpo del delito incluye la formacion de autos ó decretos para todas las diligencias, que puedan proporcionar la justificacion, como el depósito de lo que se halle conducente, reconocimiento de dos peritos en quanto pueda ser, ó á lo ménos de uno, en los casos, en que corresponda, y otras providencias semejantes. En el *cap. 1.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 se manda en orden á contrabando, que luego, que se ha aprehendido el fraude, debe el visitador ó cabo de ronda proveer auto de oficio, refiriendo el hecho y mandando la justificacion, el depósito del fraude, reconocimiento de peritos, y que el escribano dé fe de la aprehension, si se halló á ella: en el *cap. 2. y 3. ibid.*, que resultando ser fraude de las deposiciones de los aprehensores, ú de otras personas, si las hubiere, debe mandarse, que se ponga el género aprehendido en la administracion mas inmediata, debiendo dar razon de su dicho los peritos, que declaran el género de contrabando, y que se pese, mida ó cuente, levantándose auto de todo: en el *cap. 4.*, que se execute lo dicho dentro de dos dias: en el *cap. 11. ibid.*, que quando haya denuncia ha de mandarse,

que se haga la justificación, y retenerse la muestra, si se presentare, del fraude denunciado: en el *cap. 8. ibid.*, que luego que esté hecha la aprehension debe darse noticia al Superintendente General por si quisiese avocar la causa. En el *cap. 22. ibid.* se dice, que en los fraudes de poca monta de rentas provinciales se ha de formar un testimonio de aprehension, y sin otro proceso se ha de determinar la causa, dando mensualmente los subdelegados noticia al Superintendente General.

SECCION III.

De las personas habilitadas para parecer en juicio criminal.

En quanto á las personas habilitadas para presentarse en juicio, sobre lo dicho en general en el *título 1.*, lo que hay que advertir en particular en juicio criminal corresponde á actor y reo, con cuyo motivo trataré de esto en el *capítulo 9. y 10.*: aquí solo corresponde repetir la necesidad de nombramiento de curador en quanto á los menores. En los juicios civiles es interes de las partes el que se nombre curador al que no tenga la edad competente para presentarse en juicio; y por esto puede mirarse el nombramiento de curador con mas indiferencia por el juez, sino lo solicitan los interesados, y puede tener lugar la disputa, de que ya se ha hablado en el *tít. 1. cap. 1.*, de ser válida la sentencia hecha en pleyto, en que hubiere habido menor indefenso en quanto á los efectos favorables al menor, y nula en quanto á los contrarios. En juicio criminal interesa la vindicta pública en que por ningun término sea nula la sen-

Necesidad de nombramiento de curador del menor en juicio criminal.

tencia: por esto nunca debe descuidarse el juez de mandar al menor, que nombre curador, ó de nombrarle él mismo de oficio á quien no le tuviere correspondiendo tenerle si no le quisiere nombrar el mismo interesado. La ley 4. *Cod. de Auctoritate prestanda* es puntual, clara y terminante, en prueba de que tanto los acusadores, como los reos, si son menores de veinte y cinco años, deben en todos los actos judiciales de una causa criminal tener presente á su tutor y curador: disposicion muy justa y prudente por la razon, que indica la ley, de poderse fácilmente precipitar los menores con el calor y ardor de la edad, y con la impaciencia y falta de experiencia, á decir lo que han de callar, y á callar lo que hubieren de decir. Todo lo dicho se puede ver en el Juicio criminal de la Curia Filipica §. 9. num. 9., §. 13. num. 2. En el capít. 5. de la instruccion de 22 de julio de 1761 ya se advierte para formar los procesos en causas de contrabando, que ántes de hacerse cargo á los reos ha de preceder nombramiento de curador, si son menores de veinte y cinco años. De la *Práctica criminal* de Peguera cap. 12. §. 5. num. 5. consta, que todas las notificaciones no solo se han de hacer al reo, sino tambien al curador. Quando se haya de hacer el nombramiento se verá despues, siguiendo por su órden el juicio: aquí solo se habla de lo general, y que en todos los actos substanciales es necesaria la intervencion del tutor ó curador en los menores.

El reo en juicio criminal no puede defenderse por procurador.

2 Por lo demas todo quanto dixe en el tit. 1. cap. 1. debe acomodarse al presente, no habiendo diferencia en juicio criminal, sino en quanto á procuradores, que no se admiten en este juicio, como consta de la ley 13. §. 1. *Dig. de Publ. iud.*,

la 1. *Dig. An per alium causa apellat. red.*, la 15. *Cod. de Accusat.*, la 6. tit. 1. part. 7.: persuade esto la razon, de que no ha de exponerse el juicio, á que no pueda hacerse por la ausencia de las partes la execucion de la pena correspondiente al reo por el delito imputado, y al acusador por el de la calumnia, no sufriendo en ningun caso la equidad, que pueda ella aplicarse al procurador. La presencia del reo es la mas necesaria, porque el color, los movimientos del semblante, la constancia ó inconstancia, la turbacion y serenidad en el declarar y confesar sobre lo que se le pregunta, pueden dar mucha luz al juez para gobernar su juicio, y para adelantar la prueba, *ley 10. §. 5. Dig. de Quaestion.* Excusador y defensor, que disculpe la ausencia del reo, se admite, *ley 71. Dig. de Procurat.*, *ley 13. §. 1. Dig. de Publ. iud.*, *ley 3. Cod. de Accusat.*, *Juic. crim. Cur. Filipic. §. ult. num. 51.*

3 Por la *ley 33. §. 2. Dig. de Procuratoribus* parece, que se admite defensor y excusador, no solo de la ausencia ó justa causa de haberse ido el reo del lugar de la audiencia, para cortar por algun tiempo el curso de la causa y diferir la sentencia, sino tambien para justificar la inocencia en lo demas, ó purgar al reo del delito imputado. Á esto parece oponerse la *ley 13. §. 1. Dig. de Iudic.*, no constando por ella, que haya otro arbitrio en la defensa del reo ausente, que el de diferir la sentencia con el justo motivo de ausentarse. Se afanan mucho los intérpretes en conciliar estas dos leyes, como se puede ver en Cuyacio: este autor en el comentario al *lib. 5. de Paulo Sentent. 16. §. 11.* enmienda la citada *ley 33. §. 2.*, leyendo *publice utile est, absentes à quibuscumque defendi. . . . Ubi-*

Dificultad sobre lo dicho por derecho romano, y quitada por ley de Partida.

que itaque absens quis damnari potest, ibi quemvis pro eo verba facientem, et absentiam excusantem, audiri aequum est, en lugar del *innocentiam excusantem audiri aequum est*, como se dice en el original. Mathieu en los comentarios al *lib. 48. del Digesto tit. 13. cap. 4.* trae varias interpretaciones, con que han querido concordar estas dos leyes los autores, que estan muy divididos en su modo de discurrir. La que parece mejor es la de que la *ley 33. §. 2.* no habla, ni admite una cumplida defensa de la inocencia del reo ausente, sino de la ausencia ó de la causa justa, que para ella hubo, y que esta es una excusa, como dice la misma ley, de la inocencia, la qual por la sola ausencia quedaria muy gravada á causa de la sospecha, que da por sí la sola fuga. Lo que pueda ser dudoso en la ley romana es bien claro y expreso en la *12. tit. 15. part. 3.*, segun la qual no se oye al defensor de reo ausente para otro efecto que el indicado.

Excepcion de dicha regla quando no corresponde pena corporal.

4 La regla, de que en causas criminales no se admite procurador, parece, que generalmente admite la excepcion en los casos, en que no ha de haber pena corporal, *ley 1. Dig. An per alium.*, Gomez *Var. res. tom. 3. cap. 1. num. 13.*

SECCION IIII.

De los dias, en que se puede obrar en causas criminales, y del pronto despacho en ellas.

En quanto á juicio criminal no hay dias feriados.

1 En el título 1. ya dixé que en los juicios criminales no se atienden los feriados por la razon, que allí se expresó. En las causas criminales se puede proceder, dice la *Curia Filípica* en el *Juic. crim. §. 15. num. 1.*, aunque sea en dias feriados, porque la causa

del preso es pia. Amigo de Dios es, dice á este propósito la *ley 35. tit. 2. part. 3.*, *quien enemigo de Dios mata*. Lo mismo se puede ver en Fontanella *decis. 170. num. 8.* y en Peguera en el *tom. 1. Decis. cap. 53. num. 8.*, constando de estos y otros autores, que así se practica en Cataluña. Por derecho romano parece, que era lo mismo por la *ley 12. Dig. de Publ. iud.* Solamente se exceptúa la execucion de las sentencias capitales, como se verá en otro lugar.

§ 2. La utilidad y necesidad en el despacho, que se ha notado en el título segundo como cosa generalmente útil á todo juicio, lo es muy en particular en el criminal, conviniendo mucho el pronto castigo, especialmente en delitos atroces. Es menester aprovechar el tiempo, en que el pueblo está penetrado de la atrocidad del delito, para que obren en el corazon de los espectadores el amor á la justicia y á las leyes, que la compasion, y para que el pueblo, aunque no dexa de tener la compasion natural, no condene el rigor de los legisladores, interesándose mas por el reo, que por la causa pública, como suele suceder, quando se tarda mucho en aplicar la pena, habiéndose borrado ya entonces ó en todo ó en mucha parte aquellas primeras impresiones, con que se enardecen los hombres contra un malhechor á poco tiempo de haber hecho algun atentado. En dicho título se indican otras razones de la necesidad del pronto despacho en causas criminales, del peligro de los daños, que causau los malhechores, proporcionando fugas la lentitud de los procedimientos, y de lo que con ella padecen los mismos reos. En Calderó en la *decis. 67. num. 15.* hay exemplar, de que por un hurto en seis dias despues de cometido se ahor-

Necesidad
del pronto despacho
en juicio criminal.

có en Cataluña al reo; y el mismo autor en la *decis.* 157. *uum.* 41. y 42. trae exemplar de otro, contra el qual en un solo dia se instruyó el proceso criminal, tanto en ofensa como en defensa, y luego fué executado el reo siete horas despues de haber recibido el Santo Sacramento de la Eucaristía. Me parece, que esta fué una suma y reprehensible precipitacion, aunque se tratase de homicidio de un magistrado.

Delitos en que particularmente se necesita de pronto despacho.

3 Así como no me aparto de lo dicho en el título segundo en orden á la utilidad y necesidad del despacho, tampoco me separo de lo que dixé, que se peca mucho en esta parte por preocupacion de gentes, y que no ha de ser el despacho precipitado, ni tan activo, como á muchos parece. De esto se exceptuan los delitos en campaña y de militares en tiempo de paz, entre los quales la exâctitud de la disciplina obliga á vencer todos los estorvos y tardanzas, en quanto lo permite la justicia sin peligro de castigar al inocente, ó de aplicar al reo mayor pena de la que corresponde: en el mismo número deben contarse los delitos de estado, de que puede seguirse peligro á personas reales, y á la tranquilidad pública con riesgo, de que vaya cundiendo el mal de una sedicion, rebelion ó tumulto, que conviene atajar. Tambien son privilegiados para un pronto despacho los casos de resistencia á la justicia, escalamiento de cárcel, y otros indicados en la cédula de 24 de junio de 1787 citada en el *art.* 2., pudiéndose executar en estos casos dentro de veinte y quatro horas la pena de vergüenza ó azotes, aunque en la practica rara vez se obra con tanta celeridad.

Moderacion en el uso de dicha regla.

4 Por lo demas, hablando en general, no parece acertada la prisa, que muchos anhelan, en con-

denar y executar los reos. El P. Marquez en el libro 2. del *Gobernador christiano* cap. 17. §. 3., aun hablando de sedicion y en ejército, despues de convenir en la necesidad del pronto castigo en dichos casos, añade con su acostumbrado juicio: *si bien tampoco se ha de hacer* (la pronta execucion del castigo) *de manera, que le falte al reo la defensa natural, ó se condene sin estar convencido, á que podria solicitar el deseo demasiado del exemplo: por que ningun príncipe es señor de la vida del vasallo, ni se la puede quitar sin probanza legítima: ni ha de pesar tanto la necesidad de escarmentar la gente alterada, que no se tome tiempo para exâminar la justicia.* Es menester ir de espacio, quando se trata de quitar la vida y el honor de un ciudadano. *Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est*, dice Juvenal en la sátira 6. verso 220., y mucho mas quando se trata de algun exemplar castigo. Por esto los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio ordenaron sabiamente la famosa ley, debida al consejo de S. Ambrosio, de que en caso de condenar el príncipe á exemplar castigo, ó mas severo de lo acostumbrado, á algun reo, deban pasar treinta dias antes de la execucion, *ley 20. Cod. de Poenis*. Sabia por experiencia Teodosio, que el calor en castigar con pronta execucion un delito, aunque sea de estado, tiene grandes riesgos, y precipita en excesos, como el que lloró arrepentido y penitente aquel grande Emperador. Es menester en esto guardar un justo y debido medio, porque de la tardanza se siguen los malos efectos, que se ha dicho ántes, y la prisa causa el acaloramiento é indecibles preocupaciones en acusadores, fiscales, testigos y jueces. De uno y otro inconveniente, y del medio, que debe tenerse entre los dos extremos, se hace méri-

to en el *cap.* 4. de la nueva instruccion de corregidores de 15 de octubre de 1788, con el qual y con el *cap.* 75. se previene á los jueces, que en las causas criminales deben proceder con actividad, sin admitir probanzas superfluas ó maliciosas, ni omitir las justas y necesarias, *para que, se dice, ni queden impunes los delitos con detrimento de la vindicta, ni se perjudique en nada la justa defensa de los reos.*

Tiempo pre-
fixado para
determinar
algunas cau-
sas.

5 En algunas causas está prefinido el tiempo, en que se han de substanciar. En la *ley 7. tit. 29. part. 7.* se dispone, que el pleyto criminal no pueda durar mas de dos años, y que, si despues de haber estado un acusado dos años en la cárcel no se le probare el delito, *sea sacado de la cárcel, en que está preso, é dado por quito.* En el *auto 21. tit. 11. lib. 8. Aut. Acord.* se manda, que todas las causas, que se fulminen, así de oficio, como de querella particular, en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la corte, ó cinco leguas de su rastro, se hayan de substanciar, y determinar precisamente en el término de treinta dias. En todas las ordenanzas respectivas de las audiencias hay preveniciones semejantes, ó encarecidas y repetidas ordenes para el pronto despacho. En el *art. 12. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se dispone, que el proceso de los militares se ha de substanciar y determinar en el plazo de veinte y quatro horas en campaña, y en guarnicion ó quartel en el de tres dias, á excepcion de quando ocurran razones tan considerables, que obliguen á diferirlo.

CAPÍTULO VII.

De diferentes cosas, ó decretos comunes á distintos lugares del juicio criminal.

En quanto á este capítulo no se ofrece cosa particular que notar: la provision del seqüestro y embargo, que se ha prevenido como cosa general, y que puede tener lugar en qualquiera parte del juicio, debe hacerse por lo comun en el criminal despues de la prision del reo, como se verá en el *cap. 11. sec. 2.*, sin quitar esto tampoco, que fuera de dicho tiempo pueda providenciarse alguna vez, si lo pidierè el curso de la causa, y combinacion de circunstancias: debemos en este caso gobernarnos por lo dicho en el *título 1. cap. 2.*, al qual me remito por todo lo demas, que aquí correspondá.

De cosas comunes á distintos lugares del juicio criminal.

CAPÍTULO VIII.

Del actor en juicio criminal.

SECCION I.

De la acusacion respecto de nuestros tiempos y los antiguos, y de su definicion.

El actor en causa criminal es el acusador, y éste lo es tan propriamente, que quando se procede de oficio ó por inquisicion, no habiendo actor, se dice que el denunciador, la voz y fama pública, ó los indicios, de que se tratará en el *cap. 21. sec. 6. art. 3.*, hacen veces de acusadores para el efecto, de que pueda proceder el juez: pues éste, como

Necesidad de actor, reo, juez, y que sean personas distintas en juicio criminal.

persona públicamente destinada para conocer y decidir de las causas, ha de vivir con absoluta indiferencia, sin inclinarse contra nadie: el oficio del juez no consiste en mover pleytos, sino en decidirlos quando hay instancia de parte. No puede concebirse un juicio bien arreglado, si no se considera un actor, que ponga su demanda, un reo, que responda á ella, y un juez, que sin amor, inclinacion, ni afecto á ninguna de las partes, ni odio ó desafecto á alguna, instruyéndose bien de la demanda y respuesta pronuncie la sentencia con arreglo á las leyes.

Necesidad de acusador entre griegos y romanos.

2 Entre los griegos y romanos casi todos los juicios criminales se entablaban por medio de acusadores: y en este caso bien notorio es el actor, ó que lo es el que entra en el empeño de la acusacion: la mayor dificultad es quando falta acusador, y se ha de proceder del modo, que diremos despues.

Quejas de algunos contra el estilo moderno en dispensarse la necesidad del acusador.

3 Filangieri en el *tom. 3. de La ciencia de la legislacion* está muy mal avenido con el método, que en estos tiempos se sigue en esta parte de denunciacion é inquisicion, deseando muchas reformas en cada una de ellas, sin encontrar apénas en toda esta materia de los procedimientos criminales ninguna cosa buena en toda la culta Europa, ó correspondiente á la libertad del hombre, y al justo mérito, que hicieron de ella los griegos y romanos, sino en la nacion inglesa, y aun en muy pocas cosas: desde el *cap. 1. hasta el 5.* está suspirando por el antiguo método de los griegos y romanos, quejándose, de que en el dia esté generalmente en todas partes ceñida la acusacion á la ofensa propia, y que el ofendido en muchos países solo pueda pedir la enmienda de los daños,

que ha padecido. Dice , que de esta suerte se quita á casi todos , y limita á los pocos exceptuados , un derecho , que le parece corresponder como propio y peculiar á cada ciudadano , el qual , siendo miembro y parte de la sociedad , ha de interesarse , y debe tener facultad para defender y vindicar el derecho del todo y del cuerpo. Esto tenia yo escrito quando se prohibió severamente por el santo tribunal la lectura de la citada obra , y tambien tenia la impugnacion , que se sigue.

4 No parece , que se detenga el referido autor en lo que en el título de los fiscales dixé de la mansedumbre christiana : no parece nada conforme á ella , y á lo que allí dixé , que acuse para el efecto de aplicar la pena quien no tenga por su empleo obligacion de hacerlo. Á mas de esto el sistema de gobierno de los griegos y romanos podia proporcionar ascensos y valimiento á los que se distinguian en acusar : y la diferente constitucion de una república respecto de una monarquía , junto con el patrocinio de las provincias , confiado á personas ilustres , podia empeñar en semejantes acusaciones , y hacerlas parecer gloriosas á los ojos de los romanos. No obstante esto me parece haber leído en Ciceron , que no tenía él por nobleza de corazon el poner á muchos en peligro de pena capital ; y en la famosa acusacion de C. Verres se gloriaba él de haber defendido siempre á muchos en el foro sin haber ofendido á nadie. Dice en el principio de la *Divinacion in Q. Caecilium* , que ni aun en acusar á Verres se aparta de su antigua costumbre , porque no tanto acusa á C. Verres , como defiende á muchos hombres , á muchas ciudades , y á toda la provincia de Sicilia por los muchos títulos , que le obligan

Razones en que puede fundarse el estilo de fulminarse juicio criminal aunque no haya particular que acuse.

á hacerlo. Con esto parece, que el empeño de acusar no dexaba de tener aun entre los romanos un aspecto odioso: ¿quánto mas le ha de tener quando no se acuse por obligacion del empleo entre los que profesan una religion, que obliga á amar á los enemigos, y sofoca todo espíritu y sentimiento de venganza?

Los particulares pueden acusar, coadyuvando el fiscal.

§ Con todo, ó porque las autoridades, que cité en el título de fiscales, no se entienden comprender precepto formal, sino solo consejo en quanto al punto de acusar, ó porque los particulares pueden tener interés propio en hacerlo contra algun reo, muchas veces no dexa de permitirseles la acusacion, por lo ménos en muchas partes y en nuestro reyno, como constará de todo este capítulo, habiendo sin duda influido en el uso de este derecho la autoridad de las leyes romanas, que en algunas cosas se han adoptado, sin advertirse, que se variaban los principios, en que ellas se fundaron. En la ley 2. tit. 6. part. 7. está generalmente autorizado el principio de la jurisprudencia romana, que permite acusar á todos los que no lo tienen prohibido. Pero, aunque haya en estos tiempos acusacion formal de particular, el proceso criminal se dice siempre del fiscal en Cataluña: y lo mismo será generalmente en otras partes, pasándose en todas los autos á los fiscales, para que pidan lo conveniente al público. Que en Cataluña en dicho caso se llame el proceso propio del fiscal consta de Amigant *decis.* 1. num. 1. hasta el 8. y de Peguera *Práctica crim. cap.* 12. § 1. Esto será porque tratándose en qualquier acusacion de la vindicta pública, aunque tenga algun particular intervencion en esto, la propia y principal ha de ser del fiscal.

Deben distin-

6 Comencemos pues por la acusacion, que es

uno de los medios mas antiguos de principiar los juicios criminales, procediendo en la inteligencia, de que pueden considerarse en nuestro tiempo dos especies de acusaciones, la una del encargado por el público, como es el agente y abogado fiscal, que obran por sí, ó acompañando la solicitud de qualquiera particular, y la otra de éste, quando entra en el empeño de acusar á alguno sin tener obligacion de hacerlo por razon de empleo público.

guirse dos especies de acusacion.

7 La acusacion puede decirse, que es una declaracion ó querrela del delito ante competente magistrado, hecha del modo, que previenen las leyes, con solicitud del correspondiente castigo por persona, que no lo tenga especialmente prohibido, y contra persona, que pueda ser acusada. Explicaré ahora las personas, que no tienen prohibida la acusacion activa ni pasiva, reservando para despues lo que se contiene en la definicion, porque primero corresponde saber quién puede acusar y despues cómo debe ejecutarlo.

Definicion de la acusacion.

SECCION II.

De las personas, que no pueden acusar, y de quién debe ser preferido para la acusacion, pretendiéndola muchos.

Las leyes por las mismas razones, con que impiden, que algunas personas no se tengan por habilitadas para presentarse en juicio ya por la qualidad de sus personas, ya por falta de edad, ya tambien por pena, prohiben el acusar con una distincion semejante á la que puse en el título primero. La prohibicion de acusar en algunos es absoluta,

Puede acusar qualquiera que no lo tenga prohibido.

en otros con respecto á determinadas personas, y en otros con respecto á determinadas causas. La regla general en esta materia es, que puede acusar qualquiera, que no lo tenga expresamente prohibido, §. 1. *Inst. de Publ. iudic.*, ley 30. *Cod. Ad leg. iul. de adult.*, ley 43. §. 10. *Dig. de Ritu nupt.*, ley 2. tit. 1. part. 7. Se funda este derecho en la natural libertad, que tiene todo particular, de hacer qualquiera cosa, que no le esté expresamente prohibida, y en la razon, de que qualquiera miembro de la sociedad tiene derecho de interesarse por ella, considerándose la facultad de acusar como propia de todo ciudadano.

Tienen absoluta prohibicion de acusar los magistrados mayores.

2. Expliquemos las excepciones, empezando por la primera de ellas, conviene á saber por la de los que están absolutamente prohibidos. En este número deben contarse por derecho romano, generalmente recibido en todas partes, los magistrados, ley 8. *Dig. de Accusation.*, ley 2. tit. 1. part. 7. Esta prohibicion ha de entenderse de los magistrados mayores. Creeré que para esto concurrieron tres causas: la primera, porque dichos magistrados no podian ser acusados hasta haber dexado el empleo, ó la magistratura, ley 32. *Dig. de Iniur.*, ley 12. *Dig. de Accusat.*, ley 48. *Dig. de iudic.*, ley 2. *Dig. de In ius voc.*, ley 38. §. ult. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, y hubiera sido disonante, que pudiesen acusar los que no podian ser acusados: la segunda, porque los magistrados deben ocuparse en las funciones de su ministerio sin distraerse en acusar á otros: la tercera finalmente, para que no se oprimiese con la prepotencia del acusador á los inocentes, como podia facilmente suceder. Aunque la primera de estas razones no milita en el dia en nuestro reyno por la diferencia de nuestro gobierno res-

pecto de el de los romanos las dos siguientes no dexan de tener lugar y toda su fuerza en nuestros tiempos.

3 Otros hay, que por razon de su officio ó empleo deben contarse en esta misma clase, totalmente prohibidos de acusar, como los militares, ley 8. *Dig. de Acusation.*: con todo se les abre la puerta del juicio para entrar á acusar quando se trata de delito de lesa magestad, ley 7. §. 1. *Ad leg. iul. maiest.*, ó de castigar una injusticia hecha á ellos mismos ó á los suyos, ley 11. *Dig. de Accusation.*, ley 8., ley 10. *Cod. de His qui accus. non poss.*, ley 2. tit. 1. part. 7.

los militares
con alguna ex-
cepcion.

4 Tambien entre las personas, comprehendidas en esta primera clase, deben contarse las mugeres, ley 1. y 8. *Dig. de Accusation.*, ley 5. y 12. *Cod. de His qui accus. non poss.*, ley 2. tit. 1. part. 7.: pues no parece decente por razon de su sexó la intervencion en juicios públicos, ley 21. *Cod. de Procurator.*: no se las admite en los empleos públicos, ley 2. *Dig. de Reg. iur.*: y no permitiéndoseles el exercicio de abogado, ley 1. §. 5. *Dig. de Postuland.*, ley 3. tit. 6. part. 3., que es decir no permitiéndoseles que pidan por otro el interes, que tiene con una accion civil, ménos se les permitirá con acusacion criminal. Á estas tres razones puede añadirse, que teniendo el derecho, como se verá despues, la conivencia de no exigir de las mugeres las formalidades, que obligan á los otros acusadores á la responsabilidad de las costas, daños y penas de la calumnia, el permitir la acusacion á dichas personas estaria expuesto á muchas colusiones de empeñarse las mugeres en acusaciones por algunos calumniadores, y á quedar impune la maldad de la calumnia con el pretexto y seguridad del sexó.

Lo mismo se
establece en
quanto á las
mugeres.

5 Este es el derecho comun y general en quanto á las mugeres, el qual no dexa de limitarse en algunos casos, oyéndoselas como á los hombres. Se las oye en acusacion, quando tratan de vindicar una injuria propia, *ley 5. Cod. de His qui accus. non poss.*, ó la de sus parientes, *ley 1. 2. y 11. Dig. de Accusat.*, *ley 5. Cod. de His qui accus. non pos.*, *ley 2. tit. 1. part. 7.* Tambien se las oye en delitos de lesa magestad, como previene Papiniano en la *ley 8. Dig. Ad leg. iul. maiest.*, dexándose caer con ayre el jurisconsulto, como prueba ó razon plausible de congruencia, que Fulvia fué la que descubrió la famosa conjuracion de Catilina. Concuerta con dicha ley la *2. tit. 1. part. 7.* Tambien se las admite en los delitos de heregía, que se llaman de lesa magestad divina, aplicándose en ésta todo lo que se hace en los crímenes de lesa magestad humana. Igualmente se las oye en delitos de abasto público, *ley 13. Dig. de Accusationi.*, *ley últ. §. 1. Dig. de Leg. iul. de anuon:* lo mismo se infiere de la *ley 3. tit. 1. part. 7.* Todas estas excepciones de la excepcion referida, con que ántes he sentado, que se excluye de acusar á las mugeres, se fundan en la enormidad de los delitos, y en la mayor libertad, que cooresponde dar á quien en la acusacion se interesa por sí mismo ó por deudos, respecto de los que acusan por otros.

lo mismo en
quanto á pu-
pilos.

6 Así como á las mugeres se las excluye de acusar por razon del sexô, con otros se hace lo mismo por razon de la edad, ó por mejor decir de la falta de ella, quando no tienen aun libre alvedrío, y estan dependientes de tutores. No es justo oír á un pupilo, á quien se manda gobernar por otro, considerándose que no puede él gobernarse por sí mismo por falta de discrecion y juicio. Solo pueden

acusar los pupilos, quando se trata de vindicar alguna injuria hecha á ellos mismos, ó á sus parientes, confirmando la acusacion con su autoridad los tutores, *ley 2. §. 1. ley 11. Dig. de Accusat., ley 4. Cod. de Autor. praestand., ley 5. Cod. de His qui accusare non poss., ley 2., ley 6. tit. 1. part. 7.* : ó pueden acusar los tutores mismos en nombre de los pupilos, si no llegaren estos á tener discrecion ninguna, ó estuvieren ausentes, *ley 1. §. 2. de Administrat. et peric. tutor.*

7 En quanto á los menores no hallo ley, que les excluya: diciendo la *2. tit. 6. part. 7.*, que pueden acusar todos los que no lo tienen prohibido, y hablando la misma, y las demas citadas de pupilos en quanto á prohibicion, no parece que la menor edad deba ser motivo de exclusion en esta parte. Fuera de esto se dice en la *ley 15. §. 6. Dig. Ad. leg. iul. de adult.*, que por derecho particular se prohibe en causa de adulterio la acusacion á algunos, como á los menores de veinte y cinco años: esto mismo parece prueba evidente, de que por regla y derecho general no debe excluirse á dichas personas: esta facultad de acusar en los menores debe entenderse autorizándolos el curador, de cuya intervencion ya se ha visto en el correspondiente lugar, que se necesita en los juicios. Tambien estoy en que para acusar los menores deben haber llegado á los diez y siete años: pues, si por derecho se necesita de esta edad para poder defender causas civiles, *ley 1. §. 3. Dig. de Postul., ley 2. tit. 6. part. 3.*, mucho mas sin duda se necesitarán los mismos años para comparecer delante del magistrado á poner una accion criminal ó acusacion.

Los mayores de diez y siete años pueden acusar con asistencia de curador.

8 Los hijos de familia pueden tener bienes

Los hijos de

familias necesitan para acusar del consentimiento paterno.

castrenses y quasi castrenses, en los cuales y en todo lo relativo á cosas de derecho público se tienen por padres de familias, *ley 9. Dig. de His qui sunt sui vel alien. iur.*, *ley 14. Dig. Ad senat. cons. trebell.* Por estas razones se les debe permitir la acusacion: pero por ser esta cosa grave, de grandes y peligrosas consecuencias, no permiten las leyes, que acuse el hijo de familia sin tener para ello el beneplácito de sus padres, á excepcion de quando el hijo casado quiere acusar de adulterio á su muger, *ley 6. §. penult.*, *ley 37. Dig. Ad leg. iul. de adult.*: en este caso y en otros, en que se interese su honor, no se necesita el consentimiento paterno.

Los esclavos no pueden acusar sino en delitos de lesa magestad.

9. A algunos por la condicion de su persona, que da y funda desconfianza de aquella integridad y buenas partes, que debe tener el que acusa con zelo y amor de la verdad, se les priva tambien del derecho de acusar, como á los esclavos, con la excepcion de oírles en causas de lesa magestad, *ley penult. Cod. de His qui accus. non poss.*, *ley 3. tit. 1. part. 7.* Fuera de la razon expresada milita tambien en los mismos la de no gozar dichas personas de voz, título, derecho ni accion, de no ser personas habilitadas para comparecer en juicio delante de magistrado, y de no poder afianzar, ni pagar los daños, que ocasionaren.

No puede acusar el que ya tiene dos acusaciones puestas, y él sospechoso de hacerlo por dinero.

Por la desconfianza tampoco se admite por acusadores á los que son sospechosos de quererlo hacer con el incentivo de ganar dinero, habiéndole recibido, ó habiéndoseles prometido, para que acusasen, y los que ya tienen dos acusaciones hechas: sobre esto pueden verse las *leyes 4. y 8. Dig. de Acusation.*, la *6. §. ult. Dig. Ad leg. iul. repetund.* y la *ley 2. tit. 1. part. 7.*

11 No ménos motivo hay para excluir de la facultad y derecho de acusar á los infames, ley 4. y 8. *Dig. de Accusation.*, ley 15. *Cod. de His qui accusar. non poss.*, ley 2. tit. 1. part. 7. ménos quando se trate de vindicar su honor, y perseguir injuria hecha á ellos mismos, esto es siempre privilegiado, ley 11. *Dig. de Accusation.*, ley 19. *Cod. de His qui accus. non poss.* y otras muchas.

No pueden acusar los infames con alguna excepcion.

12 Por semejantes recelos no se permite el acusar á los acusados pendiente el juicio, ley 5. *Dig. de Publ. iud.*, ley 19. *Cod. de His qui accus. non poss.*, ley 4. tit. 1. part. 7.

No pueden acusar los acusados.

13 Por la misma regla se excluyen los condenados en juicio criminal, ley 4. *Dig. de Accusation.*, ley 2. tit. 1. part. 7., los calumniadores y sospechosos de calumnia, como los que se hubieren dexado sobornar para hacer alguna falsa declaracion, ley 4., ley 7. §. 3., ley 9. *Dig. de Accusation.*, ley 2. tit. 1. part. 7., los tergiversadores, que no solo no pueden instaurar la acusacion, de que una vez hubieren desistido, ley 6. *Cod. de His qui accus. non poss.*, ley 3. y 4. *Cod. Ad sentat. cons. turpill.*, pero ni hacer acusacion ninguna contra nadie, ley 2. *Cod. ibid.*, y los prevericadores, ley 5. *Dig. de Praevaricatione.*

ni los condenados por algunos delitos.

14 Por recelos y desconfianza los pobres, que no llegaban á tener cinquenta aureos, se excluian tambien en la ley 10. de *Accusation.* y por la ley 2. tit. 1. part. 7. los que no tienen la valia de cinquenta maravedís: creeré que en el dia sea arbitrario al juez el determinar el grado de pobreza. Facilmente puede suceder en esta especie de gente lo que de los jueces de Clodio dice Ciceron *ad Atticum lib. 1. epístola 16.*, que les mueva mas la hambre, que la fama, jugando del vocablo latino, que signi-

Sobre si los pobres pueden acusar.

fica la hambre con el nombre de fama: *quos famas magis quam fama commoverit*. Algunos limitan esta doctrina, ó no quieren, que tenga lugar esta exclusion, quando consta de buena fama y costumbres de algun pobre: en esto veo sentencias encontradas. Finestres en los *comentarios á Hermogeniano* sobre la ley 10. *Dig. de Accusation* defiende, que debe admitirse el pobre por acusador si consta ser de buenas costumbres. *Matheu de Criminibus* al lib. 48. *Dig. tit. 13. cap. 1. num. 9.* está por la contraria: no es cosa que suceda esto sino rarísima vez; y por lo mismo me contento de indicar los autores, que lo traen.

Todos los re-
feridos pue-
den acusar en
delitos de lesa
magedad.

Tienen pro-
hibicion sola-
mente respec-
tiva de acu-
sar los hijos
libertos, alum-
nos y educan-
dos.

15 Es general á todos los que tienen prohibicion de acusar la excepcion de admitirles en delitos de lesa magestad, ley 8. *Dig. Ad leg. iul. majest.*, ley 2. y 3. *tit. 1. part. 7.*

16 En la segunda clase de los que únicamente tienen prohibicion de acusar á determinadas personas debemos contar á los hijos y libertos; á quienes no permiten las leyes, que acusen á sus padres y patronos, ley 11. §. 1. *Dig. de Accusation*, ley últ. *Cod. de His qui accus. non poss.*, ley 2. *tit. 1. part. 7.*: pero no se les niega la correspondiente facultad para exponer y justificar las quejas fundadas, que tuvieren, á fin de que no se les trate con dureza y crueldad, ley 11. §. 1. *Dig. de Accusation*, ley 5. *Cod. Ad leg. cornel. de fals.* y otras muchas: lo mismo puede decirse de los alumnos respecto de los que los crían y educan, ley 17. *Cod. de His qui accus. non poss.*

Quándo y cómo pueden acusarse los casados.

17 El marido no puede acusar á la muger sino en dos causas privilegiadas de parto supuesto y de adulterio, ley 30. §. 1. *Dig. Ad leg. cornel. de fals.*, ley 1. *Cod. Ad leg. iul. de adult.*, ley 3. *tit. 7.*

part. 7. , ley 2. tit. 17. part. 7. ; y aun de esta excepcion hay dos limitaciones: la primera del caso, en que el marido fuere alcahuete de su propia muger , *ley 29. Dig. Ad leg. iul. ,* en el qual pierde el derecho de ser acusador ; y la segunda en el de haberse reconciliado , *ley 13. §. 9. , ley 40. §. 1. Dig. Ad leg. iul. de adult. , ley 7. y 8. tit. 17. part. 7. :* ni aun el marido puede acusar á su muger de adulterio cometido estando ántes casada con otro, *ley 13. §. 6. Dig. Ad leg. iul. de adult. , ley 9. tit. 17. part. 7.* La muger al marido nunca puede acusarle ni aun en caso de adulterio , *ley 1. Cod. Ad leg. iul. de adult. :* bien que esto se fundaria en la antigua jurisprudencia de los romanos , derogada por el derecho canónico , con la qual no se tenia por adúltero el casado , que hubiese tenido ayuntamiento con soltera , como se ha dicho en el §. 5. *art. 3. sec. 2. cap. 5.* Puede sin duda la muger acusar en el dia al marido para el efecto de separarse en quanto á la cohabitacion , *c. 1. Ut lite non cont. ,* y para varios efectos civiles , en quanto á la dote y donacion *propter nuptias* , de lo que trata Peguera en el *cap. 95. del tom. 1. de Decis.*

18 También está prohibida la acusacion entre hermanos en cosas de alguna monta y consideracion , *ley 18. Cod. de His qui acus. non poss. , ley 2. tit. 1. part. 7.*

19 Son bien claras las razones , en que se fundan estas prohibiciones, fomentándose con ellas el respeto , dependencia , vínculo de union y amor , que debè haber entre dichas personas , y sospechándose , como es justo , de las que se hacen sordas é insensibles á la voz de la naturaleza , y á la inclinacion y afecto regular en los hombres.

20 En órden á la tercera clase no se me ofre-

Razones en que se funda la prohibicion respectiva de los referidos.

En causas de

adulterio solo
puede acusar
el marido.

cen sino las causas de adulterio, en las quales no es lícito á nadie acusar sino al marido, *ley 30. Cod. Ad leg. iul. de adul.*, sin permitirse, aun que se proceda de oficio, sino quando el crimen fuese notorio, *Calderó decis. 30. num. 21. hasta el 28.* Es conforme á lo mismo lo que trae la *Curia Filípica Juic. crim. §. 8. num. 2.* citando varias leyes y autores, y lo que diré en el c. 24., que con el perdon de la parte agraviada este delito se extingue de modo, que no puede despues de él ser acusado el reo. Está esto sabiamente mandado por las terribles y fatales conseqüencias, que puede tener, ya para con el público, ya para con los mismos particulares, el turbar las familias, y desasosegar los ánimos con un veneno, que no les dexa un instante quieto ni ocioso á los que han de vivir con perpetua concordia y union inalterable.

De la prohibi-
cion de acu-
sar en gene-
ral.

Todos los de-
mas pueden a-
cusar por sí
y por otros
en algunos ca-
sos.

21 Sobre esta materia de quien tenga prohibido el acusar puede verse por quien desee mayor instruccion el citado §. 8. de la *Curia Filípica.*

22 Con la individuacion puesta de las personas, que estan excluidas por leyes particulares del derecho general de acusacion, consta que las que no se han incluido en dicho número podrán acusar libremente, y algunas veces no solo por sí, sino tambien por otros, á cuyo favor permiten interesarse las leyes: el decidir por quienes permiten interesarse depende en gran parte del conocimiento del derecho privado, segun el qual se da algunas veces accion para vindicar la injuria no solo á los ofendidos, sino á los padres y parientes: y estos mismos son los que tienen derecho de acusar, *Calderó decis. 30.*

23 Esta facultad de acusar por la injuria hecha á otros no solo se concede á los que tienen li-

bre el derecho de acusar, sino tambien á los que estan comprehendidos en la primera y segunda clase de los prohibidos: en casi todas las leyes allí citadas se lee siempre la excepcion de quedar expedita la acusacion en caso de tratarse de injuria propia ó de las personas indicadas.

24 Del Juicio *crimin.* de la *Cur. Filip.* §. 8. *numer.* 4., citándose allí leyes de Partidas, parece, que en nombre de parientes, á quienes permiten las leyes acusar, siguiendo la injuria de los suyos segun la expresion de las leyes romanas, se entienden los parientes consanguíneos hasta quarto grado, el suegro, la suegra, yerno, nuera, antenado, padrastro, liberto, pudiendo el marido acusar la muerte de la muger, y ésta la del marido: se cita para esto último la *ley 14. tit. 8. part. 7.* Por esta ley todos los parientes en caso de muerte pueden acusar, y no haciéndolo ellos qualquiera del pueblo.

25 Solo puede ahora quedar la duda de quien deba ser preferido, si son muchos, que no tengan impedimento, y pretendan valerse de su derecho de acusar. Entónces el magistrado, como consta de la *ley 16. Dig. de Accusat.*, y de la *13. tit. 1. part. 7.*, ha de escoger el que le parece mejor de todos para el desempeño de la acusacion, pesando todas las circunstancias de las personas, de los acusadores, su dignidad, interes, edad, costumbres ú otra causa justa: y es bien notorio el insigne documento, que nos queda de los romanos, en quanto á estas contiendas, y que se habia de decidir con conocimiento de causa, como dice la citada ley, en la *Divinacion* de Ciceron contra *C. Verres*, pretendiendo ser preferido, como lo fué, aquel príncipe de la eloqüencia á *Q. Cecilio*.

Qualquiera puede acusar por injuria hecha á sus parientes, y hasta qué grado.

Quién debe ser preferido quando muchos pretenden acusar.

SECCION III.

De los que no pueden ser acusados.

Hay personas
que no pueden
ser acusadas.

1 Todo lo dicho debe entenderse quando se trata de personas, que pueden ser acusadas, porque hay algunas privilegiadas en derecho, contra las quales no se admite acusacion, no digo de las personas, á quienes ya las leyes por alguna razon particular excluyen del derecho de acusar, sino ni de otra ninguna.

En dicho número se incluyen los niños y dementes.

2 Hay muchas leyes, que sientan la regla de no poderse acusar á los niños, dementes, furiosos, ni á otros semejantes: esto apénas necesita de advertencia ni reflexión, porque si no cabe delito en dichas personas, cómo puede haber ó dudarse, que tenga lugar la acusacion?

algunos magistrados.

3 Los magistrados mayores no podian entre los romanos ser acusados, *ley 12. Dig. de Accusat.*: solo podian ser interpelados á fin de que prestasen caucion para presentarse en el juicio, que les esperaba de residencia, despues de su gobierno temporal, *ley 38. §. ult. Dig. Ad leg. iul. de adult.* En el *Juic. crim. §. 9. num. 8.* de la *Cur. Fil.* se dice, que los magistrados perpétuos pueden ser acusados en qualquier tiempo, y que los temporales no pueden serlo durante el de su oficio, bien que puede darse noticia al superior, y procederse de oficio: cita para esto leyes del reyno. Estas son cosas de poco uso, y que rara vez suelen ofrecerse, debiendo en los casos, que ocurran, acudirse á las respectivas audiencias, consejos ó á S. M.

los embajadores y diputados.

4 Los embajadores y diputados, que estan ausentes por causa del público, tampoco podian ni

pueden ser acusados, quando el juicio no puede ser en el lugar, en que se halla el, embaxador y diputado, *ley 12. Dig. de Accusat., ley 15. §. 1. y 4. Dig. Ad leg. iul. de adult.:* y es muy justo, que mientras el legado está en su embaxada ó comision, trabajando por la republica, no se le acuse en la misma en juicio público. Lo que correspondiera en caso de delito sería retirarse de la embaxada y comision. Quisieron precaver las leyes, que los émulos no pudiesen abusar de la ausencia de alguno para poderle calumniar, y que no fuese mas aventajada la condicion del acusador, que la del acusado, estando aquel á la vista del tribunal y en el lugar del juicio, hallándose el otro distante y léjos de él.

5. Los esclavos tampoco podian ser acusados, *ley 12. §. 4. Dig. de Accusat.,* aunque podia acudirse contra ellos tambien á los magistrados, consistiendo esta diferencia en varios principios, que no son de uso particular en nuestros tiempos: por esto, y por ofrecerse rara vez ó nunca semejante lance, me remito á lo que sobre esto resulte de leyes romanas y sus comentadores á los títulos de los que no pueden ser acusados, y al *Juic. crim. de la Cur. Fil. §. 9. num. 7.* los esclavos.

6. De la *ley ult. Dig. Ad leg. iul. maiest.* (con la qual concuerda la *7. tit. 1., la 3. tit. 2. part. 7.*) de la *ley 1. y 2. Cod. Si reus vel accusat. mort. fuer.,* y de la *3. Dig. de Publ. iud.* (en la qual se ha de leer *perimitur* en lugar de *perimitur*) consta, que no se puede acusar á los muertos, porque ha parecido un género de barbarie, encruelecerse contra los cadáveres, constando de dichas leyes y de otras infinitas, que con la muerte se extingue el delito, y que con aquel comun tributo se pagan los muertos.

todos los derechos que pueden haberse contraído de vindicta pública, á excepcion de quando pueda continuarse el juicio para efectos civiles de enmienda de daños y perjuicios, *ley 6. Dig. de Publ. iud.*, *ley 4. Dig. Ad leg. cornel. de falsis.*

7. De la regla, de que con la muerte se extingue el delito, hay excepcion en los de lesa magestad divina y humana, *ley 4. §. 4. Cod. de Haeret. et manich.*, *ley 2. y 4. Cod. de Apostat.*, *ley 20. Dig. de Accusat.*, *ley ult. Dig. Ad leg. iul. maiest.*, *ley 6. 7. y 8. Cod. eod.*, *ley 7. tit. 1.*, *ley 3. tit. 2. part. 7.*: tambien la hay en delitos sujetos á residencia, *ley 20. Dig. de Accusat.*, *ley 2. Dig. Ad leg. iul. repetund.*, *ley 2. Cod. eod.*, *ley 8. tit. 1. part. 7.*: la hay tambien en los delitos de peculado y mala versacion de caudales públicos, *ley ult. Dig. Ad leg. iul. pecul.*, *ley 7. tit. 1. part. 7.*: la hay en los que pendiente apelacion por temor de la pena se dan á sí mismos la muerte, *ley 5. Cod. Si reus vel accusator mort. fuer.* Casi todas estas leyes dan lugar á la acusacion, aun despues de muertos los reos, para el efecto de obligar á los herederos á pagar el dinero debido por las penas pecuniarias, en que incurrió el difunto: y parece particular del delito de lesa magestad, que pueda ser acusado el delinqüente despues de muerto para el efecto de condenar á su memoria, y executar la pena en el cadáver en caso que lo permitan las circunstancias, *ley 6. y 8. Cod. Ad leg. iul. maiest.*

excepcion en
quanto á los
muertos.

8. En la *Curia Filípica Juicio criminal §. 9. num. 13.*, recapitulándose la doctrina general sobre esta materia, y citándose varias leyes de Partida y recopiladas, se dice, que pueden ser acusados los reos despues de su muerte en quanto á la pena puesta contra los bienes en los casos de

lesa magestad divina y humana, hurto de hacienda real hecho por los administradores de ella, de hurto de cosa religiosa ó sagrada, de juez, que por cohecho hace injuria, de desertor, que dexa el servicio del Rey y se pasa á los enemigos, ó les da ayuda contra él, de muger, que procura la muerte del marido, del que se mata á sí mismo, y de pecado nefando. En quanto á pena corporal se dice allí mismo, que solo puede ser acusado y castigado despues de su muerte el delinquente en los delitos de lesa magestad divina ó humana, de pecado nefando, de ladron famoso y de suicidio: dice que así se práctica citando varias leyes, á Gomez y á Julio Claro. En quanto á Cataluña Amigant en la *decis.* 39. *num.* 16. hasta el 22. trae tambien, que en delitos atrocisimos, como de famosos asesinatos, lesa magestad y otros, se suele condenar la memoria del difunto y executar la pena en el cadáver.

9 Tampoco pueden ser acusados en nuevo juicio los que ya lo son en otro, por no ser justo, que se obligue al reo, que corra tantos riesgos en diferentes causas, *ley 11. §. ult. Dig. de Accusat., ley 9. Cod. eod.*: debe exceptuarse de esto el caso, en que la primera acusacion por alguna contingencia ó casualidad no hubiere podido llevarse al cabo, *ley 13. Dig. de Publ. iudic., ley 3. §. ult. Dig. de Accusation.*

10 Los absueltos por el efecto, que ha de obrar la sentencia, tampoco pueden ser acusados con la excepcion de si acude alguno, que tenga intereses de dolor ó injuria particular con justa disculpa de ignorancia de la primera accion, en que podia haber obrado contra el reo, *ley 7. §. 2. Dig. de Accusat., ley 4. §. ult. Dig. Ad leg. iul. de adult.,*

sup obliu
debe tunc
a omni
accusatione

Tampoco pueden ser acusados en un juicio los que lo estan en otro.

Los absueltos tampoco pueden ser acusados.

ley 3. §. 1. Dig. de Praevaricat., ley 12. titulo 1. part. 7.

SECCION III.

De las formalidades y obligaciones, á que han de arreglarse los acusadores.

Cuidado que debe tenerse en quanto á acusaciones.

Constándonos ya lo que es delito, las especies, que deben distinguirse, las penas que les corresponden, con lo que habia que advertir en general de los juicios criminales, de las personas autorizadas y necesarias para formar dichos juicios, y de las que pueden acusar y ser acusadas, empecemos á tratar de cómo deben ordenarse los procedimientos del juicio contra un delinquente. Como el fin de la acusacion ha sido siempre la vindicta pública ó el castigo, y éste se sigue tambien en el dia en caso de acusar un particular, aunque interponiéndose para dicho efecto otra persona pública, que es el fiscal, debió siempre, y debe zelarse con el mayor cuidado, que la misma acusacion no sea un delito, como puede facilmente suceder, y ha sucedido infinitas veces, cubriéndose con capa de zelo y justicia las feas pasiones de envidia, ira, ambicion ó zelos, con que algunos hombres pervertidos han querido descartarse de sus émulos ó enemigos: ni hay por género de maldades, que las que se cometen de este modo, por lo que es difícil el precaverse de ellas: en otros delitos puede tener el agraviado la satisfaccion, de que las gentes le compadezcan en su desgracia: pero en estas ni aun queda este consuelo: y la mayor afliccion para qualquier hombre honrado en semejantes agravios es el padecer la vexacion, como si fuese un justo cas-

tigo, que exigen de él la razon y la justicia. No puede quedar expuesta la libertad é inocencia de los particulares al antojo y capricho de muchos hombres, que siempre los hay en todas partes, fáciles en formar juicios siniestros de la conducta de sus próximos, y arrojados en acriminarlos. El zelo, la viva solicitud y el ardor de castigar á los reos, no debe borrar de nuestra memoria la nobleza del hombre, ni el derecho, que tiene á la fama y presuncion favorable de su inocencia, hasta quedar probado lo contrario: y el conocimiento de lo que puede la refinada malicia de las pasiones humanas debe tenernos siempre vigilantes para impedir, que no vaya á cometer un delito el que le imputa á otro.

2 Para obviar este gravísimo inconveniente deben los acusadores hacer su acusacion arreglada á derecho, esto es cumpliendo con varias formalidades y obligaciones, para que no se dé ó no se tome ocasion de calumniar. Deben los acusadores presentar su demanda de acusacion del delito, refiriendo el hecho bien circunstanciado con específica mencion de la persona, que le cometió, y del lugar y tiempo, en que se hizo, *ley 3. Dig. de Accusation., ley 14. tit. 1. part. 7., ley 4. tit. 2. lib. 4. Rec.* La menuda explicacion ó individuacion de las circunstancias del hecho con especificacion de personas, del lugar y tiempo, es bien necesaria, por no ser justo, que se haga mérito de cosas vagas é indefinidas, y para que tenga el reo proporcion de defenderse: por esto mismo, aunque las citadas leyes no exijan la individuacion del dia, en que se dice cometido el delito, algunos, como se puede ver en Julio Claro *Sent. lib. 5. §. últ. quaest. 12. num. 13.*, defienden, que quando el reo está pronto, y dis-

Por él debe el acusador poner su demanda formal y cómo.

puesto para probar, que en el día y hora, en que se dice, ó supone cometido el delito, estaba en otro lugar de él que se expresa ó indica, puede ser obligado el acusador á individualizar y probar determinadamente el día. Por lo demas comunmente, aunque la expresion de la hora ó dia es muy del caso, como por otra parte es difícil asegurarla algunas véces, parece, que no se echa ménos en el acusador, con tal que se exprese el mes y el dia poco mas ó ménos, en que se cometió el delito.

Debe el acusador jurar de calumnia, firmar y seguir en la acusacion.

3 De los autores antiguos consta, que el acusador habia de jurar, que no acusaba con ánimo de calumniar. Lo mismo previene la *ley 14. tit. 1. part. 7.* Debe tambien firmar el acusador ú otro en su nombre, que tenga poder para ello, la acusacion, *ley 3. §. 2. Dig. de Accusation.* El acusador está obligado á seguir y probar la acusacion, *ley 19. tit. 1. part. 7., ley 5. tit. 13. lib. 2. Rec.* y otras.

Debe afianzar de calumnia.

4 Debe dar caucion de probar y continuar la acusacion hasta la sentencia definitiva, *ley 7. §. 1. Dig. de Accusat., ley 1. y 2. Cod. Ad senat. cons. turpil.,* y de pagar la cantidad, en que á arbitrio del juez se tase en el principio del pleyto la calumnia ó la injuria, que con ella se cause al acusado, en caso de no probar el acusador lo que imputa: y esto es lo que se llama regularmente afianzar de calumnia. En el *§. 16. art. 3. sec. 2. cap. 5.* se ha visto la presuncion de falsedad, que hay contra el acusador, que no prueba el delito contra el acusado.

Se puede apartar y en qué tiempo de la acusacion.

5 En la *ley 19. tit. 1. part. 7.* consta, que tiene el acusador, ántes que el acusado esté preso ó infamado, el espacio de treinta dias para poderse apartar de la acusacion. Tambien me parece haberlo visto en el derecho romano.

6 La firma, fianzas y obligaciones consiguientes á uno y otro son, para que no quede sin castigo la calumnia; y la obligacion de no poder retirar el acusador una vez abierto el juicio criminal no solo tiene la ventaja de impedir la calumnia, sino tambien la prevaricacion y colusion con el acusado. En la *orden*. 239. de las de nuestra Audiencia se previene, que la delacion debe hacerse ante escribano público para las penas y costas segun derecho en caso de no haber habido justa causa. Es conforme á todo lo dicho lo que se advirtió en el *tit. 1.*, que con orden de 18 de julio de 1766, renovándose la observancia de la *ley 64. tit. 4. lib. 2. Rec.*, queda prohibido el admitir memoriales sin fecha ni firma, y que solo se pueden admitir de la misma parte, ó de legítimo apoderado, obligándose con fianza á probar y averiguar lo que se dice, sopena de todas las costas y de la correspondiente segun el arbitrio del juez.

7 De algunas de estas obligaciones, que por regla general comprehenden á todo acusador, hubo tambien y hay con justas causas sus excepciones. La primera es de las personas públicas, que por razon de su empleo deben hacer cargo á otros de los delitos, como los magistrados, quando proceden de oficio, y los agentes y abogados fiscales. No acusando estos por voluntad propia, sino para cumplir con las obligaciones de su empleo, no cabe contra ellos la sospecha de calumnia, pasion particular, ó de fin torcido en acusar, como es de temer en los acusadores voluntarios y libres. De aquí es, que dichos empleados por la *ley 7. Cod. de Accusat.* no estan obligados á dar fianza, ni á las costas y penas indicadas, ni á las demas formalidades, á que se deben sujetar los acusadores: solo

*Fin en la im-
posicion de di-
chas obliga-
ciones.*

*No compre-
henden ellas á
los que por su
empleo deben
acusar.*

si procedieren con mala fe ó evidente calumnia, que no pueda cubrirse con el velo de la obligacion de su empleo, deben ser castigados extraordinariamente, *ley 6. §. 1. Dig. de Custodia reor.* De esto, y de lo que veo que se dice en la *Cur. Filip. Juicio crim. §. 8. n. 12. al fin*, parece, que la cosa viene á reducirse, á que contra el acusador no probando hay presunta calumnia, y aun contra el denunciador, no teniendo justa causa, que le excuse de no probar la delacion, y que no cabe la misma presuncion contra el ministro de justicia, ó el que insta por su oficio.

Sobre si comprehendien ó no al marido, en causa de adulterio.

8 La segunda excepcion en el comun dictámen de los autores es en el marido, que con derecho propio y peculiar dentro del tiempo prefijado por la ley de sesenta días útiles acusa de adulterio á su muger: fúndanse los autores en las *leyes 37. §. 1. Dig. de Minor., 6. Cod. Ad leg. iul. de adult. y 11. §. 6. Dig. del mismo título*, sin que les embarace la *ley 14. §. ult. Dig. ibid.*, en la qual se dice, que los maridos acusando de adulterio no evitan las penas de calumnia. Matheu al *lib. 48. tit. 3. del Dig. cap. 4. num. 8. y 9.* y otros dicen, que ha de entenderse la *ley 14. §. ult. Dig. Ad leg. iul. del adult.* de calumnia evidente y manifiesta, que no tiene ninguna disculpa, por la qual se castigaban las mismas personas públicas, que por razon de su oficio deben acusar, sin que den fianza, ni se obliguen á las formalidades, que los otros acusadores. Algunos creen, que esta excepcion á favor de los maridos quedó derogada con la *novel. 117. cap. 8. §. 2.* En el capítulo citado de Matheu se puede ver por el que quisiere todo lo que puede pertenecer á esta excepcion.

No compre-

9 La tercera excepcion es de los acusadores,

que vindican la muerte de sus padres ó hijos, *ley 2. y 4. Cod. de Calumniat., ley ult. Dig. de Publ. iudic.*

10 La quarta de la muger, que acusando vindica alguna injuria hecha á ella misma ó á los suyos, *ley 4. 9. y 12. Cod. Qui accusar. non pos.*

11 Una quinta excepcion veo poner por muchos de los que acusan en defensa á los mismos acusadores: parece expresa esta excepcion en la *ley 14. §. 6. Dig. de Bon. libert.*, y muy fundada no solo en los principios, en que diré luego que estriban las demas, sino tambien en una razon de las mas privilegiadas de la natural defensa en el que vé, que se le pone por otro en peligro, *ley 4. Dig. Ad leg. aquil.*, y en la indulgencia, á que parece acreedor el que tiene la ventaja de ser provocado, como expresa la misma *ley 14. §. 6. Dig. de Bon. libert.*

12 Otras excepciones pretenden establecer algunos, que no hallo apoyadas en textos, ni en razon particular, ni generalmente aprobadas en los autores: las que he puesto parece, que se fundan en que no son las acusaciones en los casos referidos del todo voluntarias, ó en que no deben considerarse nacidas de deseo de calumniar, sino ó de obligacion, ó de un justo movimiento y afecto natural de defenderse y interesarse por sí misma alguna persona, ó por sus parientes.

13 Baste ya lo dicho sobre acusaciones, que ningun estudio cansa mas, que el de cosas, que son de poco uso y práctica, como es esta: pues rarísima es la vez, en que se procede criminalmente á instancia de acusador, bien que no dexa de haber algunos exemplares.

14 En los §§. 8. y 9. del Juic. crim. de la Cur.

henden á los que vindican la muerte de sus padres. ni á la muger que vindica injuria.

ni á los que acusan á sus acusadores.

Razon en que se fundan dichas excepciones.

Todo lo dicho es de poco uso.

De lo mismo en general.

Fil. podrá hallar qualquiera que lo desee mayor instruccion en esta materia.

SECCION V.

De la inquisicion, con que faltando acusador debe procederse.

Dificultad en proceder quando no hay acusador.

1 **T**odo juicio pide necesariamente la concurrencia de tres personas distintas, como se ha dicho en el capitulo antecedente, actor, juez y reo: juez é demandador é demandado son tres personas, que conviene, que sean en todo pleyto, que se demanda por juicio, dice la ley 10. tit. 4. part. 3.: y el orden natural, que por sí presentan las cosas, hace ver, que no pueden confundirse estas personas, como ya se previene sabiamente en la misma ley, y que la mayor desgracia del que tenga su interés y honor pendiente de un juicio es la de que el juez sea parte. Por esto es muy embarazoso el procedimiento criminal quando no hay acusador, que haga las veces de actor, que es casi siempre, por lo que se ha dicho en la antecedente seccion.

Los romanos y hebreos no abrian juicio criminal faltando acusador.

2 Algunos pretenden, que faltando acusador no podia seguirse instancia ó juicio criminal contra nadie por las leyes romanas: y no carece esto de fundamento, ó dan alguno para adoptar esta opinion la ley 6. §. 2. Dig. de Muner. et honor., la 6. §. 1. Dig. de Custod. et exhibit. reor., la 3. §. 4. Dig. de Suspect. tutor. y el cap. 25. vers. 16. de los Hechos de los Apóstoles: pues aunque tenian los romanos para perseguir á los malhechores, prenderlos, y preguntarles de sus cómplices y receptadores personas públicas con el nombre de curiosos, stacionarios é irenarcas, segun consta del tit 75.

del lib. 10., del tit. 23. lib. 12. del Código de Justiniano, y de dicha ley 6. §. 1. *Dig. de Custod. et exhibit. reor.*, con todo de esta misma ley consta, que los que se empleaban en dicho oficio, debian remitir los reos con los autos principiados contra ellos á los magistrados correspondientes, por quienes se les habia de oír de nuevo y plenariamente: y expresa la ley, que se habia de hacer esto: *si quis erit, qui eum arguat*: con esto parece, que aun en dicho caso no habia de faltar acusador, ó que no habiéndole no habia de haber juicio. De los hebreos consta por el evangelio de San Juan en el cap. 8. vers. 10. y 11. que, queriendo salvar Christo á la muger adúltera, se valió del título de no haber contra ella acusador.

3 El juez ha de ser una persona imparcial, desnuda de toda pasion y preocupacion para oír y ver con un ánimo sosegado y sereno todo lo que haya á favor y en contra de qualquiera reo en toda causa civil, y mucho mas en criminal. Si el juez empieza, haciendo las veces de acusador, ó inquirendo y procurando averiguar todo lo que corresponda hacerse por el acusador, hay peligro de preocuparse desde los principios el ánimo por el enardecimiento, con que es natural, que se acalore contra la persona determinada, contra quien le encamina el hilo de la inquisicion. Oí á un ministro del crimen muy advertido, que en su sala eran todos de parecer, que el que substanciaba la causa, como se suele hacer alternando por su órden en este exercicio los ministros del crimen de las audiencias, siendo así que era el que parecía haber de estar mas instruido por lo regular, se tenia por el ménos despejado y advertido para dar la sentencia, atribuyéndolo á que los demas llega-

Dificultad en que el juez haga las veces de acusador.

ban al punto de fallar mas frescos y á sangre mas fria, que el encargado de la formacion de los autos, movido ya y agitado de mucho tiempo contra el reo.

Dificultad en no proceder faltando acusador.

4 Pero por otra parte los delitos no debén quedar sin castigo: y sino hay persona particular, que quiera entrar en el cargo de acusadora, no es justo que falte quien zele para escarmentar y contener á los que turbaren la quietud de las familias y la tranquilidad pública. En las leyes romanas por la 13. *Dig. de Officio praesid.*, la 4. §. 2. *Dig. Ad leg. iul. peculat.* y la 10. *Cod. de Episcop. et cleric.* consta bien, que los magistrados deben inquirir de oficio, y persiguiendo á los malhechores limpiar la república de gente facinerosa, prescindiendo ahora de la salida, que ha de darse á los textos citados ántes, que parecen oponerse á esto. En la famosa conjuracion de Catilina parece, que se procedió de oficio, inquiriendo el cónsul, sin que César, el qual era pretor y amigo de Catilina, á quién y á sus cómplices queria salvar la vida, opusiese vicio en quanto á falta de acusacion: y queda ya dicho, que tenian los romanos irenarcas, stacionarios y curiosos.

De lo dicho ha nacido el proceder por denunciacion y de oficio, y cómo se ha introducido esto.

5 De la razon últimamente expresada habrán provenido los dos medios de entablar los juicios criminales, faltando acusador, esto es el de denunciacion y el de inquisicion hecha meramente de oficio por el magistrado: en fuerza de la denunciacion tambien se procede de oficio, pero no del todo ó absolutamente, porque el magistrado se mueve á inquirir, poniendole en movimiento y dándole impulso la denunciacion. Una especie de derecho natural, y los principios sistemáticos de la jurisprudencia romana conformes al mismo, segun lo que

se ha dicho en la seccion primera, pudieran resistirse al establecimiento y aprobacion de un juicio, en que no se considere acusador distinguido del juez. De aquí habrá dimanado, que en estos casos de inquisicion hecha por el magistrado en fuerza de denunciacion, ó puramente de oficio, se diga que la denunciacion, la fama, el rumor, la notoriedad, la presencia del mismo juez, quando se le injuria, hacen veces de acusador. Así se explican corrientemente todos los autores prácticos y teóricos y las mismas leyes. En el *cap. 45.* de Martinez Salazar *Col. de mem. y not. del Cons.* se trae una resolucion, comunicada en 8 de mayo de 1760 al Sr. Gobernador del Consejo, con la qual, declarándose que el desafuero de los militares no tiene lugar quando se procede por querrela de parte en causa de adulterio, sino por amancebamiento, se dice, que en este delito siempre se procede de oficio, por ser en él, expresa la orden, *único acusador el escándalo.*

6 Para obviar los inconvenientes indicados parece, que podria ser útil el establecimiento de fiscales, autorizados en todos los tribunales, en que se hubiese de conocer de delitos, ó de personas con qualquier otro nombre ó empleo, cuyo oficio consistiese únicamente en hacer todas las averiguaciones correspondientes, y en desempeñar todo lo relativo á la pesquisa é inquisicion, de modo, que el juez no tuviese que tener otra solicitud, que la de decretar y juzgar á la instancia de dichas personas.

7 En España, como casi generalmente en todas partes suele haber procuradores y abogados fiscales, tocando á los primeros hacer la instancia, y á los otros acompañarla, en pedir todo lo que cor-

Medio con que acaso podrían obviarse las dificultades indicadas.

Establecimiento de procuradores y abogados fiscales para a-

cusar, y á
qué suelen re-
ducirse sus
gestiones.

responda por derecho contra los delinquentes: pero á excepcion de las audiencias estan poco dotadas estas plazas; y aun en las mismas audiencias lo estan poquísimo las de los procuradores fiscales: la solicitud de estos en los tribunales ordinarios casi se reduce á dar parte del delito con un pedimento de formulario, que á veces manda hacer el mismo juez por mera formalidad, para que no falte persona, que despierte la vigilancia del magistrado, y le obligue á hacer inquisicion, formando despues el cargo el magistrado, ó cuidando de todo lo relativo á esto, y de buscar testigos, aunque se dicen siempre presentados á instancia del fiscal.

Utilidad que
pueda sacarse
de lo dicho.

8. Prescindiendo de las ventajas, que pudiese tener un establecimiento como el referido, vamos ya á lo que tenemos autorizado con la práctica de nuestros tiempos, sin que pueda considerarse ocioso nada de quanto se ha dicho sobre esta materia de quedar la inquisicion subrogada en lugar de la acusacion, no solo para ver los principios, en que se fundan nuestras leyes y práctica, sino tambien para conocer la repugnancia, con que la necesidad y constitucion de los tiempos ha ido introduciendo el método de inquirir de oficio, y por denunciaçion, á fin de que en estos casos sean los jueces sumamente circunspectos y atentados en proceder, para no insultar á la libertad civil de los ciudadanos, y para guardar siquiera con exâctitud las reglas, que se prescriben en los procedimientos por denuncia é inquisicion. No haciéndose dichas reflexiones, y leyéndose que la fama, el rumor y la voz pública ya es acusador, no se pararan muchos en nada, sin reflexionar la dificultad, con que se ha admitido esto, el tino con que debe obrarse, y las tropelías, que pueden en otra

manera hacerse, y se han hecho algunas veces por la ignorancia ó falta de reflexi3n sobre los principios, en que se han de fundar las cosas.

9 La denunciacion no es mas que una simple delacion ó noticia del delito dada al magistrado, ó á la persona pública, que pueda zelar por la vindicta, sin ánimo de empeñarse el que la da en una acusacion formal. Atendida la constitucion de estos tiempos, y las graves conseqüencias, que tiene una acusacion, parece, que en caso de duda ántes debe presumirse en qualquiera noticia dada de delito ánimo de denunciacion, que de acusacion. La principal diferencia del acusador y denunciador consiste, en que el primero se obliga á seguir y probar la acusacion sin empeñarse á esto el segundo. Así está generalmente recibido en todas partes, y bien literal en la *ley 27. tit. 1. part. 7.*: y en conformidad á este principio en el *capit. 10. y 11.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 se dice, que en contrabando, si hay denunciador, debe hacerse la justificacion reteniendo la muestra, y siguiendo la causa el promotor fiscal, si la desampara el denunciador. Para lograrse estas denuncias, que pueden facilitar las averiguaciones de los delitos, se ha convidado á la gente con premios, como se verá ó se ha visto ya al hablar de la distribucion de multas y comisos en muchos delitos. En decreto de 1 de enero de 1747, que trae Martinez Salazar *Col. de mem. y not. del Cons. cap. 4.*, hablándose de excesos relativos á residencias, se dice, que no por qualquiera delacion se ha de despachar siempre juez para averiguar, porque en esto, dice S. M., *se ha de tener mucha templanza.*

10 El magistrado pues, no habiendo acusador,

En qué consiste la denunciacion.

Qué funda-

mentos ha de tener el juez para proceder sino hay acusador.

ha de proceder á instancia de agente procurador, ó promotor fiscal ó de denunciador, ó no instando ninguno de los referidos ha de proceder meramente de oficio, moviéndose por la fama pública, y otras cosas, que diré despues: por esto se hace preciso hablar ya del modo de proceder por inquisicion, siendo éste el que está mas generalmente recibido en todos los delitos, y dando impulso para hacerla alguna de las causas expresadas.

A tres se reducen los modos de proceder criminalmente.

11 De todo lo dicho resulta, que criminalmente se procede de tres modos, ó por mejor decir de dos, acusacion é inquisicion, subdividiéndose ésta en los dos, el uno de denunciacion, y el otro de escándalo, notoriedad, fama, voz ó rumor del delito, sin distinguirse estos dos modos por lo que toca á resultas de responsabilidad en haberse formado proceso.

SECCION VI.

De algunos delitos, en que no se puede proceder de oficio, ó por inquisicion.

No se puede proceder de oficio contra los que no pueden ser acusados.

1 La inquisicion, aunque lícita y mandada por las leyes, tiene limitaciones en orden á algunas causas y personas. Entre estas pueden comprehenderse las que arriba he dicho, que no podían ser acusadas.

Antiguamente en Cataluña no se podía proceder de oficio contra los nobles.

2 En algunas partes tienen los nobles el privilegio, de que, no habiendo querrela de parte, no pueda procederse de oficio contra ellos. De este privilegio gozaban antiguamente en Cataluña. Estaba concedido esto con pragmática de 2 de septiembre de 1510, Amigánt decis. 1. num. 38. y 39. Este fuero queda abolido con la Nueva Planta, y

antiguamente tampoco tenía lugar quando se procedía por regalia, *ibid.*

3 En injurias verbales está prohibido el proceder de oficio no interviniendo armas ó efusion de sangre, ó querrela de parte. Así se dice en el *Juic. crim. Cur. Fil. §. 10. num. 5.* En carta de 11 de noviembre de 1766 el Fiscal de la Sala del Crimen de Cataluña por acuerdo de la misma previno algunas cosas á las justicias de esta provincia, haciendo mencion de una anterior providencia de la misma Sala, sobre no hacer autos por injurias verbales, que se mandó quedar en su fuerza. En la instruccion relativa á las qualidades, que deben tener los pretendientes de corregimientos y alcaldías mayores, publicada en la gazeta de Madrid de 9 de enero de 1784, se previene, que ha de excusarse en lo posible la compilacion de procesos, señaladamente en riñas de palabras y otras cosas de corta entidad, expresando que semejantes procesos *aniquilan los vecinos, perpetúan la desunion y discordia, y dan pábulo á la codicia de los malos escribanos, alguaciles y demas dependientes del juzgado.* En el cap. 6. de la nueva instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788, que por el cap. 75. comprehende á todos los magistrados, se advierte tambien, que en las injurias de palabras livianas, no interviniendo armas, efusion de sangre, ó queja de parte, no puede procederse contra los culpados; que tampoco puede procederse en caso de las cinco palabras de la ley sino hubiere querrela de parte; y que en todos estos casos, apartándose la parte de la queja, deben cesar los procedimientos.

4 El Sr. D. Diego Gardoqui con fecha de 28 de marzo de 1792 previno al Intendente de Cata-

No se puede proceder de oficio por injurias verbales, con alguna limitacion.

Tampoco se puede proce-

der en algunos fraudes de corta consideracion.

luña, que en los casos relativos á contrabando, en que pueda desde luego apurarse la verdad, y que no se presenten sospechas de fraude, se terminen las causas sin forma ni figura de juicio: y acerca de esta misma materia debe tenerse presente lo que se ha dicho en el *cap. 5. sec. 6. art. 5. §. 13.* en orden á fraudes de corta consideracion en rentas provinciales.

Lo mismo en quanto á causas de adulterio, y disensiones domésticas, no habiendo escándalo.

5 En el *cap. 20.* de la citada instruccion de 1788 se prohibe tambien el tomar conocimiento de oficio de disensiones domésticas interiores de padres é hijos, marido y muger, ó de amos y criados quando no haya queja ó grave escándalo, para no turbar el interior de las casas y familias. Por la misma razon, y por la indicada en este *cap. sec. 2.*, sin consentimiento de marido no se puede proceder de oficio en causa de adulterio. Así se lee en la *Cur. Fil. Juic. crim. §. 10. num. 5.* Lo mismo se dice en *Calderó decis. 30. num. 21. hasta el 28.* En los demas delitos de lascivia puede tambien procederse de oficio, *Calderó decis. 57. num. 91.*

La inquisicion general de todos los delitos solo se permite en caso de residencia.

6 Tampoco es permitida la pesquisa general, en que se haga inquisicion de todos los delitos sin particularizar ninguno, como se dice en el mismo *Juic. crim. §. 10.*, y que solamente es lícita dicha inquisicion en casos de visitas y residencias, citándose allí varias leyes de Recopilacion y Partidas: aun en estos casos, luego que está publicada la visita ó residencia, casi no puede hacer nada el juez, sino estar atento y vigilante á las denuncias y delaciones, para adelantar en fuerza de ellas lo que proporcionen las circunstancias.

SECCION VII.

Del modo con que ha de hacerse la inquisicion.

II Hasta aquí he hablado de cuándo, porqué y en qué caso se puede proceder de oficio á la inquisicion del delito: ahora trataré del modo, con que deba hacerse. Hecha ya la inquisicion y averiguacion del cuerpo del delito en el modo, que se ha dicho en la *sec. 1. cap. 6.*, entra en su lugar la inquisicion contra el delinqüente, primero en general, y despues en particular: esto es la solicitud debe primero dirigirse á averiguar quién fué el delinqüente, y despues si lo fué determinadamente alguna persona, de quien ya se tengan pruebas ó indicios. No teniéndose estos faltaria á su officio el juez en inquirir contra alguno en particular por lo que se ha dicho ya muchas veces, previniendo esto mismo con encarecimiento nuestros autores y las leyes. En el §. 10. *num. 4.* del *Juic. crim. de la Cur. Fil.* muy bien se advierte, que el juez solo puede preguntar, quién cometió el delito sin nombrar á nadie, ó sin preguntar determinadamente de alguno, si le cometió, hasta que le nombre algun testigo. En el *num. 8.* del §. 13. *ibid.* se previene lo mismo, citándose á Rodriguez y á Gomez: lo propio se puede ver en Peguera en la *Práctica criminal cap. 12. §. 1. num. 3.* y en Amigant *decis. 3. hasta el num 41.* Sienta este autor, que no habiendo instancia de parte, fama ó indicios, no puede inquirirse determinadamente contra ninguno, para que no puedan los jueces impunemente y á su antojo oprimir con vexaciones y molestias á los particulares: reprueba mucho *num. 38.* la

La inquisicion debe emprezarse en general: quando puede seguirse contra alguno determinadamente.

práctica de algunos magistrados , que con frívolas ó ligeras sospechas de hurto contra alguno van á hacer en su casa reconocimientos , por ofender esto mucho el honor , y ser opuesto al secreto y á la seguridad de las familias.

2 La inquisicion pues ha de hacerse primero en general , preguntando á los testigos presentados por el procurador fiscal , y á los citados por los mismos testigos , quién ha hecho el delito , y no si le cometi6 Ticio : esto , ó el preguntar determinadamente si le comete Ticio , dice Ulpiano con Trajano , *ley 1. §. 21. Dig. de Quaestion.* , hablando del modo , con que se ha de preguntar en la quëstion de tormento , que mas es sugerir que inquirir. En la real pragmática contra juegos de 6 de octubre de 1771 en el *cap. 13.* se dice en conformidad á todo lo aquí expuesto , que los jueces deben tener tanta precaucion y prudencia para evitar vexaciones injustas , como actividad y diligencia en proceder contra los jugadores ; que para hacer reconocimientos en lugares públicos , como tabernas , figones , botillerías , cafées , mesas de trucos , villar y otros semejantes , basta que precedan noticias , ó fundados rezelos de la contravencion pero que , para practicarlos en casas de los particulares , debe constar por sumaria informacion , que en ella se contraviene á la pragmática.

La inquisicion debe comprender todas las circunstancias correspondientes.

3 La inquisicion debe ser , como dice Peguera en la *Práctica criminal cap. 12.* en el principio y §. 2. , clara , cierta y específica , comprendiendo todas las qualidades , y circunstancias , con expresion de tiempo , lugar , vestido , armas , instrumentos y auxilios , con que se ha cometido el delito. Lo mismo se previene en la *Compilatio Practic. de Amigant tit. 1. §. 1.* , expresandose , que conviene mu-

cho, que el juez averigüe lo que hizo el delinquente, ántes de cometer el delito, en el mismo acto y despues de cometido, y que se ha de tener suma sollicitud en todo: un hecho, que no parece nada en el principio es un hilo, por el qual se saca el ovillo. La expresion del dia y hora, en que se cometió el delito, dice Peguera en el principio del c. 12. citado, que no es necesaria afianzándose en la l. 3. *Dig. de Accus.*: con todo el mismo autor dice allí mismo, que es necesaria dicha expresion, si la insta el reo, para que pueda defenderse mejor. Puede sobre esto tenerse presente lo que se ha dicho en la *seccion 4.* La necesidad de averiguar con toda distincion, claridad y explicacion las circunstancias, que pasaron en el delito, y de escribirlo todo con las mismas palabras, con que deponen los testigos, la contestan todos los autores, y entre estos Hevia Bolaños en la *Curia Filípica Juicio crim. §. 10. num. 8.*

4 Una vez que de la inquisicion general resultan ya pruebas ó indicios, de quien sea el reo, puede hacerse la inquisicion determinadamente contra él. Esta inquisicion especial ha de procurarse tambien que sea clara, específica y bien circunstanciada. En el *art. 16. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se previene en quanto á militares por punto general, que en los delitos se han de exâminar todos los sugetos, que por indicios, declaracion de los que hicieron la prision, noticia del acusante, ó conocimiento del que forma el proceso, pareciere que puedan y deban contribuir con su declaracion á verificar el delito: y esto puede entenderse general en todos los demas tribunales.

5 El modo, con que se han de recibir las declaraciones de los testigos, le reservo para el *capit. 14.* á fin de no tener que repetirlo, debiendo

Cómo deben recibirse las declaraciones

de los testigos en la inquisición.

hablar allí de como se presentan los testigos en el término de prueba, y no habiendo en esto ninguna diferencia respecto de los que se han de presentar al tiempo de la inquisición.

Las providencias que deben tomarse en la inquisición, y que forman el sumario.

6 A las diligencias, y todo lo que contienen los autos de citar testigos, presentar instrumentos, de mandar reconocimientos de peritos, y otras diligencias semejantes ántes de la captura del reo, llamamos comúnmente sumario, esto es, juicio sumario, ó sumaria, conviene á saber, sumaria información ó averiguación. Puede verse sobre esta materia el Juic. crim. §. 10. de la Curia Filípica y Amigánt decis. 1. num. 5. hasta el 20. y su *Compiatio Practicallis*: lo que viene despues es ya el plenario, y lo que propiamente es juicio, siendo solamente lo que antecede una disposición preparativa para entablarle.

CAPÍTULO VIII.

De la citación ó prision del reo.

SECCION I.

Del decreto de prision, de diferentes modos, con que ella puede decretarse, y su execucion.

Quándo debe prenderse el reo.

1 Como la prision del reo por el orden regular, ó natural del juicio, corresponde hacerse despues de resultar del sumario prueba ó sospecha, de que alguno es el delinqüente, he reservado el tratar de la prision despues de dicho sumario, bien que corresponde algunas veces decretarse, y executarse ántes, ó pendiente aun la misma inquisición su-

maria ó acusacion. No podia esto tratarse expedidamente juntándolo con lo demas, porque hubiera embarazado el curso de la explicacion de lo que he ido diciendo: lo que he de decir aquí en orden á decretarse la prision segun lo que resulta de los autos dará alguna luz, para conocer quando sea ocasion de decretarla y executarla ántes ó pendiente el tiempo de la informacion.

2. Qualquier hombre tiene la presuncion de ser bueno hasta constar que es malo. Por esto, por el debido aprecio de la libertad, de que priva la prision, y la gran sospecha é idea de delinqüente, que en el comun modo de pensar las gentes hace concebir la captura, por mas que la cárcel no sea ó no deba ser mas que para custodia, no se ha de proceder á la prision con ligereza.

3. Es menester para la prision decreto, con que el magistrado la mande: y á mas de obligar á esto la gravedad del asunto, que no debe confiarse á ministros y dependientes inferiores de justicia, hay la razon, de que la captura en el juicio criminal es la citacion, que se llama real, y por consiguiente es acto, que debe ser mandado por el juez. Los ministros y dependientes de justicia á nadie pueden prender sin orden del magistrado, *ley últ. Cod. de Exhib. et transmit. reis, ley 7. tit. 23. lib. 4. Rec.* De esta regla de necesitarse del decreto del juez para la prision del reo deben exceptuarse los casos de crimen en fragante, en los quales pueden prender los dependientes de justicia, como se puede ver en el *Juic. crim. Cur. Fil. §. 11. num. 2. hasta el 8.* citándose allí varias leyes: en la *7. tit. 23. lib. 4. Rec.* está literal esta excepcion: y la prueba bien lo que dixé en el *§. 10. art. 2. sec. 2. cap. 5.*

Los alguaciles sin decreto de juez no pueden prender á nadie sino en algun case particular.

La prision no debe decretarse con sobrada facilidad.

4 No solo se necesita de decreto de magistrado, sino que éste no ha de darse con mucha facilidad: interesa en este particular, no solo el honor, y la libertad civil de los ciudadanos, sino tambien la economía y el interes de las familias y del estado, por lo que dexan de ganar los presos con falta de la proporcion, que tienen para la industria gozando de libertad. Todo esto sabiamente se previene en el cap. 8. y 75. de la nueva instruccion de corregidores de 1788 á todos los jueces. Se dice allí, que la cárcel trae indispensablemente incomodidades, molestias y nota, y que por esto deben proceder los magistrados con toda prudencia, sin ser demasiadamente fáciles en decretar autos de prision en delitos, que no sean graves, ni se tema fuga ú ocultacion del reo.

De lo que se necesita para la prision.

5 Calderó en la *decis.* 12. *num.* 16. hasta el 22. dice, que no puede procederse á la captura sin constar en el proceso indicios, cuya estimacion depende de la prudencia del juez, regulada por las circunstancias y casos: *ibid.* *num.* 22. hasta el 27. se dice, que solo puede decretarse sin indicios, quando hay tres circunstancias, conviene á saber gravedad de delito (esta es la que mas dice debe atenderse) sospecha de fuga, y moral certitud en el juez, de que despues hallará testigos ó pruebas contra el preso. Dice *ibid.* que, quando el indiciado es de mala fama, puede ponerse preso aun ántes que conste del cuerpo del delito, y que lo mismo es quando se trata de reo preso en fragante, *num.* 31. *ibid.*

Diferentes modos con que se puede decretar la prision.

6 La prision puede decretarse y executarse de dos modos: el primero, mandándose poner al preso dentro de cárcel cerrada, y con privacion de la libertad de salir; el segundo, señalando por

cárcel la misma casa de la habitacion del reo, ó algun lugar determinado, ó la poblacion, en que vive el reo: y esta segunda especie de cárcel es la que los latinos llaman *libera custodia*. De la *ley 1. Dig. de Custod. et exhib. reor.* y de la *16. tit. 1. part. 7.* parece, que depende del arbitrio del juez, el mandar de un modo ú de otro la prision, determinándolo segun la calidad del delito, honradez de la persona acusada, su patrimonio, inocencia, y dignidad, y principalmente segun la pena, si ésta no ha de pasar de destierro: pues en este caso, aunque no pudiese despues ser habido el reo, con la misma ausencia ú ocultacion se pagaria la pena merecida. Quando pueda resultar otra pena corporal no tiene lugar esta especie de prision, *ley 16. tit. 1. part. 7.*

7 La execucion del decreto, en que se mande la prision dentro de la cárcel, se hace por los mismos dependientes y ministros inferiores de justicia, asegurando la persona del delinqüente, y conduciéndola á las cárceles públicas. Esta execucion debe hacerse, como todos los actos de justicia, mayormente éste, en que solo se trata de la custodia del reo, con moderacion, sin atropellar ni insultar al reo, usándose con él de humanidad y atencion: la execucion del arresto ó custodia libre se hace por la persona autorizada para ello, notificándose al reo el decreto. Tanto en una especie de prision como en otra, y en semejantes actos, que se han de hacer por órden del juez en el curso de la causa, se han de extender autos de diligencia por el escribano, ó se ha de continuar en el proceso la relacion del que executó lo mandado, sino se hizo la diligencia con asistencia de escribano.

*Moderacion
con que debe
executarse.*

La prision
equivale á la
citacion y por
qué.

8 El reo citado con el mandamiento regular de las causas civiles se huíría : por esto se ha hecho precisa en las criminales la captura , que es la citacion , que llaman real , porque el modo de citar al reo , contra el qual se pone la demanda por el acusador , denunciador , ó por la fama pública , y otros indicios , es prendiéndole , para que en el acto de la confesion conteste.

Quando debe mandarse
caucion en lugar de la prision.

9 Aun puede considerarse una tercera especie de prision ó citacion real , contentándose el juez de mandar al reo , que dé caucion por cierta cantidad de presentarse siempre que convenga , y disyuntivamente el arresto para el caso de no dar la caucion. La razon de esta especie de citacion real , que está expresamente aprobada en la *ley 1. Dig. de Custod. reor.* , y parece que tambien en la *ley 16. tit. 1. part. 7.* , será porque la caucion *facit rem stare* , como dicen los autores prácticos , y su-
ple por la presencia y custodia del reo : ésta , dirigiéndose á asegurar los gastos y penas pecuniarías , no parece necesaria en el caso de tener el juez idóneos fiadores , de quienes pueda exígerlo todo. Quando se trata de penas corporales afflictivas no puede tener lugar esta citacion , *ley 16. tit. 1. part. 7.* : y aun en otras causas leves es raro en la práctica el uso de esta citacion. Amigánt al fin del *tit. 14. num. 32.* de la *Compilatio Practicallis Animadversiones num. 3.* dice , que la *ley 17. Cod. de Dignitat.* , en fuerza de la qual las personas ilustres no estan obligadas á dar caucion en causa civil ó criminal , sino á prometer solamente con su palabra ó caucion juratoria , no está en uso por general costumbre en muchas partes , y que á dichas personas se les estrecha á la caucion , y aun á cárcel , segun las circunstancias : lo mismo dice Pe-

guera en la *Práctica criminal* cap. 12. §. 15. num. 4.

10 La naturaleza del asunto, y sus circunstancias son las que han de gobernar, mandándose, segun los casos la cárcel, el arresto ó la caucion: esto podrá entenderse mas en el capítulo siguiente, tratándose del tiempo, en que mas oportuna y naturalmente corresponde admitirse la caucion: pues en el principio en causa criminal poquíssimas veces se hace; y muy pocas tambien se empieza por cárcel libre ó arresto, siendo lo regular el soltar los reos mediante arresto ó caucion en el tiempo, en que se dirá en el capítulo siguiente.

11 Quando la prision no se executa sino despues del decreto del juez es expedito, cuándo y cómo ha de hacerse, para que tenga la fuerza de citacion: y no lo es igualmente en los casos, en que he indicado, que puede ponerse preso el reo sin decreto, ni mandamiento de magistrado. Entónces en algunas partes parece, que desentendiéndose el juez, de que ya esté preso el reo, decreta su prision, y manda practicar las diligencias como si no estuviese preso: pero esto parece inepcia: y en los juicios se ha de proceder siempre con la mas religiosa y escrupulosa exáctitud, sin decirse, hacerse, ni suponerse nada, que se oponga á la verdad: si el juez decreta la prision, esto es, manda que se ponga preso, y asegure en las cárceles el reo, supone que éste no está en ellas: y despues ó no se han de continuar las diligencias en los autos de lo que se ha hecho en cumplimiento del decreto de la prision, ó ha de ser falso lo que se ponga. La instruccion de 22 de julio de 1761, hablando de los contrabandistas presos ya ántes del decreto del juez en el tiempo de la aprehension del fraude ó despues, sábiamente advierte

Cómo debe suplirse la falta del decreto de prision habiéndose ántes de él executado.

en el *cap.* 4., que deben los visitadores ó cabos aprobar la prision del reo, y que, si ésta no se hizo, deben poner auto para ella.

De la convalidacion de la prision malamente hecha.

12 Calderó en la *decis.* 12. *num.* 32. y *dec.* 13. *num.* 7. y 8. dice, que la captura mala ó nulamente hecha por falta de cargo ó indicios puede hacerse válida con indicios, que sobrevengan, quando no se trata de nulidad de captura por defecto de jurisdiccion. En la *decis.* 12. *num.* 33. dice, que puede hacerse la prision en dia feriado, y es esto conforme á lo dicho en general de los procedimientos en causas criminales. En la misma *decis.* 12. de Calderó se trata largamente de esta materia, del modo de cuidarse los presos, de diferentes especies de prision, y de que los arrestados deben tenerse por presos. En la *Compilatio Practicæ* de Amigant *tit.* 7. *num.* 11. y 12., citándose la *const. ult. Quant sie licit y no venjarse*, se dice, que por los homicidas alevosos, ladrones y malhechores semejantes nunca puede oponerse excepcion de mala ó nula captura.

La justicia de ningun modo debe executar con engaño la prision.

13 Como la justicia es la que ha de dar exemplo de fidelidad, y de todas virtudes, ha de tenerse cuidado, en que no se execute la prision con engaño de palabras, ó induciendo al reo con falta de buena fe, haciéndole caer en algun lazo. Por esto no debe aprobarse el medio, que algunas veces se ha usado de llamar el juez al reo á su casa, y prenderle en ella. Esto retraeria á las gentes de obedecer á la justicia, ó de ir á tomar las debidas órdenes del que la administra. El llamar un magistrado á un súbdito á su casa dicen los autores, que es salvo conducto. Así lo sienta Cortiada en la *decis.* 77. *n.* 9. citando la *const. ult. de Guiatges*, la *ley* 2. §. 3., y la 24. *Dig. de Iud.*, y expresan-

do que así se práctica en Cataluña con inconcusa observancia. Puede sobre esto tenerse presente lo que se ha dicho al hablar de asilos *lib. 2. tit. 9. cap. 8. sec. 2.*

SECCION II.

De lo que se ha de zelar en quanto al reo preso, y del modo con que se le ha de tratar en la cárcel.

1 Executada la prision generalmente previenen los criminalistas, que hasta que se le haya tomado la confesion al reo se le ha de privar toda comunicacion, especialmente con los cómplices, y con personas, que puedan instruir é inducir al reo á negar, y encubrir la verdad de los hechos. Así se previene en la *Práctica criminal* de Peguera en el *cap. 12. §. 5. num. 1.*, en *Calderó decis. 12. n. 46.* y corrientemente en otros.

El preso hasta habersiele tomadola confesion debe privarse de toda comunicacion.

2 Por lo demas en las cárceles, pendiente el juicio, no se ha de atormentar á nadie con prisiones, ni incomodidad de lugar. Léjos de estrecharse con estas y otras molestias á los reos dentro de las cárceles es menester tratarlos con humanidad, y con el decoro, que á cada uno corresponde, no siendo la cárcel mas que custodia, como se ha dicho en todos tiempos, y inculcado mucho en los nuestros, habiéndolo yo prevenido en el *lib. 2. tit. 9. cap. 9. num. 6. y 7.*

No se le debe mortificar dentro de la cárcel.

3 Para que no perezca de hambre el reo se han de suministrar alimentos necesarios al que no tiene caudales propios para subsistir: el acusador debe pagarlos, quando le hay. A los vagos deben dárseles en el modo, que se ha explicado en el

De qué se debe alimentar.

lib. 2. tit. 9. cap. 10. sec. 2.: á los demas, si hay dotacion ó fondo consignado á dicho fin, se ha de echar mano de él: y quando no debe pagarse la manutencion del reo del modo dicho en el *lib. 2. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 14. num. 38.*

SECCION III.

Del salvo conducto, con que puede alguna vez embarazarse el decreto de prision.

El salvo conducto impide la prision del reo. TT
 1 Hasta aquí he hablado de la prision del reo quando no se ofrece ningun embarazo al magistrado, que ha de conocer, quedando expedita su jurisdiccion para mandar la captura, y hacerla executar: pero algunas veces hay embarazo, como por tener el reo salvo conducto, por ser diferente jurisdiccion en todo lo demas fuera del delito, de que se trate, por ser de distinto reyno ó provincia, por estar retraido en asilo, ó ausente y escondido sin saberse su paradero.

Quién y quando puede dar salvo conducto. 2 El salvo conducto no debe darse sino en los casos, que lo permitan las leyes ó expresamente ó en consecuencia de las facultades, que alguna vez dan atendida la naturaleza y circunstancias del delito. Por lo demas el salvo conducto es regalia de la suprema magestad. Por lo comun no se puede conceder salvo conducto sin consentimiento de la parte ofendida, que pueda tener interes en ello, Calderó *decis. 27. num. 5. citando la const. 4. de la Custodia de presos: ibid. num. 4. y 6.* se dice, que por pragmática de 4 de diciembre de 1418 se confirmó la de 1339, y se previno en esta provincia, que quando se conceda salvo conducto se exprese en él el delito ó los delitos, porque se conce-

de, y el tiempo, para que ha de servir. Durante el tiempo del salvo conducto por ningun motivo se ha de innovar, Calderó *decis.* 27. *num.* 7.

3 En la *decis.* 28. del mismo se traen algunos fundamentos de los que dicen, que el salvo conducto, mala ó nulamente dado por el juez inferior, no debe tener ninguna fuerza, ni impedir al juez superior y los de la contraria: esta última dice, que es la que habia seguido en su tiempo nuestra Audiencia por lo que debe valer la fe pública, con tal que el salvo conducto no sea dado por quien no tenga ningun género de jurisdiccion.

4 Tambien se duda, si por nuevos delitos se pierde el salvo conducto, de manera que no obstante él pueda ser preso y castigado el que le logró, no solo por los delitos nuevamente cometidos, sino tambien por los anteriores: sin duda la mas fundada opinion es que por todos: y esta es la que sigue nuestra Audiencia, Calderó *decis.* 29. El salvo conducto tiene implícita la condicion, de que el reo no ofenderá, ni cometerá nuevo delito, ó de aprovechar solamente para el conocido ya, en cuya inteligencia se dé: y no es verisimil, que quien da salvo conducto tenga intencion de comprehender la seguridad para el caso de delinquir nuevamente el reo. Peguera dice lo mismo en el *tom.* 2. *Decision.* *cap.* 30., trayendo por razon la de que pierde el privilegio el que abusa de él: de esto mismo infiere, que quando se comete un delito, en que no se verifique semejante abuso, como en el que se exceda en la defensa, no dexa de valer el salvo conducto, pareciendo de allí, que esta es la opinion, que seguia entonces nuestra Audiencia.

5 En el mismo *cap.* 30. de Peguera se puede ver, que quando hay sospecha de fuga se puede

Si el que da malamente el juez inferior puede embarrasar al juez superior.

Sobre si por nuevos delitos se pierde la seguridad del salvo conducto.

Sobre si se pierde va-

riendo el estado de las cosas.

poner preso al reo, que tuviere salvo conducto, por incluirse en este otra condicion implícita, de seguir las cosas en el mismo estado, en que se hallen, quando se concede, *rebus sic stantibus*. Pero esta es materia de poca utilidad ó uso en estos tiempos.

SECCION III.

De cómo se ha de proceder á la prision del reo quando es de diferente jurisdiccion ó territorio respecto del juez, que la ha de decretar.

De lo que debe hacerse quando el reo no es de la jurisdiccion del juez, que puede ó debe mandar la prision.

Quando el reo es de diferente jurisdiccion, si se trata de crimen en flagrante, puede por la jurisdiccion, que ha de conocer, ponerse preso el delinquente, dando inmediatamente cuenta al xefe, de quien dependa el reo. Así lo dice Colon *Juzg. milit. tom. 1. pag. 169. num. 221.* en quanto á militares, citando la cédula de 1 de agosto de 1784. Según ésta dice, que quando ha pasado el acto de delinquir ó continuacion de él no pueden las justicias prender á los militares, aunque sepan haber incurrido en algun delito exceptuado, porque, según la misma cédula, debe observarse lo prevenido por ordenanzas y anteriores decretos; que en este caso, para asegurar la persona del delinquente, deben pasar por escrito un oficio á su respectivo xefe, avisándole el delito, de que está acusado el reo, y pidiendo, que le tenga preso en el quartel con la orden, de que se permita al juez ordinario la entrada en él, á fin de tomar las declaraciones, que convengan, hasta aclarar la causa, en que conste plenamente justificado el delito: en cuyo caso y no antes, dice, que se le ha de pasar al xefe

militar un testimonio formal de lo que resulte, pidiendo la consignacion formal del reo para juzgarle y castigarle; y que, si el xefe militar no se conforma en la entrega, debe formarse competencia. Num. 222. *ibid.* dice, que lo mismo se ha de practicar por el militar, quando algun reo de otra jurisdiccion pertenece á su juzgado. Sobre esto y las demas jurisdicciones puede tenerse presente lo dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 44.* Lo ménos, que parece debe exigirse es, que luego que esté preso el reo se dé cuenta á su respectivo xefe con noticia del delito, y testimonio en caso de duda ó competencia en el modo dicho en la citada *seccion 44.*

2 Quando el reo se halla en otro territorio debe el magistrado competente, decretada ya la prision, despachar letras requisitorias al magistrado del territorio, en que se halla el reo, para que se sirva mandar la prision, y remitir el reo preso á la disposicion del magistrado que requiere, como se puede ver con lo dicho en el *tit. 1. cap. 2.*, al qual me refiero. De esta remision de reos trata Covarrubias *Pract. quaest. cap. 11.* y Calderó *decis. 37.* Si en algun caso puede pretender el conocimiento de la causa el magistrado requerido debe responderse esto mismo al otro magistrado; y, sino convienen ambos, queda la cosa reducida á una competencia, de la qual ya se ha tratado en el lugar poco ha expresado del libro primero. En el caso de ponerse preso el reo por el magistrado requerido para hacerlo, la parte, que insta, ó el magistrado requirente, es el que ha de pagar todos los gastos al requerido: y con relacion á este punto hallo, que el Sr. D. Gerónimo Caballero en 30 de abril de 1788 participó al ejército, haber resuelto

Quando no esta el reo en el territorio de su juez deben despacharse requisitorias.

libras tornesas si fuese frances. En el 7. *ibid.* se estipula, que los efectos y dinero, que se encuentran en los reos, se han de entregar con sus personas, especialmente si fuere el reo ladron, salvos los gastos de justicia, que se hiciere constar ser indispensables. Despues de escrito esto ha sobrevenido la revolucion de Francia y la guerra. Para tiempos venideros podrá acaso servir la noticia de dicho convenio.

De lo mismo
en quanto á
Portugal.

5 En el artículo 6. del tratado de 11 de marzo de 1778 entre sus Magestades Católica y Fidelísima, mandado observar con cédula de 13 de agosto de 1779, se lee convenido, que se entregarán recíprocamente, á mas de los delinquentes, especificados en antiguas concordias, los de falsa moneda, contrabando, extraccion ó introduccion de materias absolutamente prohibidas, desercion de cuerpos militares de mar ó tierra, con el bien entendido, que á estos no se les pueda aplicar pena de muerte. Allí mismo se dice, que ha de hacerse la entrega sin otro requisito, que la relacion del ministro ó secretario de estado de los negocios extranjeros mediante oficio, y que, si se solicita la entrega por los tribunales, se observarán las formalidades de estilo en las requisitorias, establecidas desde el tiempo, en que se ajustaron dichas concordias, de que no tengo noticia: y es regular, que en su fuerza, y la de este tratado nuevo, queden incluidos en el convenio de la recíproca entrega los crímenes mas graves, que los expresados.

SECCION V.

Del modo, con que se ha de proceder á la prision del reo retraido en asilo, ó quando se ignora su paradero.

1 Algunas veces está embarazada la execucion del mandamiento de prision por hallarse el reo en asilo. Sobre esto puede verse lo dicho *lib. 2. tit. 9. cap. 8. sec. 2.*

2 Otras veces hay dificultad por ocultarse los reos, ignorándose su paradero sin saberse que estén en asilo, ni en otro reyno ó provincia, ó lugar dependiente de la misma ó de otro magistrado. Entónces, quando se trata de delitos atroces, se ofrece alguna vez premio para la captura, *Amigant Compilatio Practicallis tit. 11.*

3 Por derecho romano se emplazaba en este caso el reo, llamándole con edictos, ó mandándole de este modo comparecer, *ley 1. §. 2. Dig. de Requ. vel absent. dammand., ley 1. Cod. eod., ley 6. Cod. de Accusat.:* compareciendo se le interrogaba y seguia la causa: no compareciendo se seqüestaban sus bienes, que podia recobrar el reo presentándose dentro de un año y justificándose: no compareciendo en este tiempo se aplicaban al fisco, *ley 1. §. 3. y 4., ley 2., ley 5. Dig. de Requiren. vel absen. dam., ley 2. Cod. eod.* En quanto á seguir en este caso la causa, y dar sentencia, parece, que distinguian los romanos delitos mayores y menores. Es esto claro y expreso en la *ley 5. Dig. de Poen.* y en la *6. Cod. de Accusat.,* que, quando se trataba de penas menores hasta relegacion, se continuaba la formacion del proceso, profiriéndose sentencia despues de acusada la rebel-

Lo que debe disponerse quando el reo está en asilo.

Ignorándose el paradero del reo se ofrece alguna vez premio al que le presente.

Estilo de los romanos en quanto al reo, cuyo paradero se ignora.

día ó contumacia del reo , de la que ya he hablado en el *tit. 2. cap. 3.* , y que , quando se trataba de delitos , que merecian la pena de minas ó capital , no se condenaba con sentencia el reo ausente.

De lo mismo
en quanto á
Castilla.

4 En la mayor parte de los estados creeré , que se observe lo mismo de condenar á los reos ausentes y contumaces. De Francia lo afirma Domát *libro 4. del Derecho público segunda parte tit. 3. §. 4.* quando hay probanza suficiente contra el reo: pues por lo demas ya dice , que la sola contumacia sin prueba no basta á pesar de haberlo esto pretendido algunos , suponiendo confesion tacita en la misma fuga , como si el temor de la cárcel y de las terribles contingencias y conseqüencias de una causa criminal no pudiese ser motivo justo para huir al inocente. En España , aunque se condenan los reos ausentes del modo , que voy á decir , no es en fuerza de confesion presunta por la fuga , ni para el efecto de aplicar la pena de modo , que habido el reo no se le oiga , como manifestará la explicacion de los procedimientos , que se hacen en Castilla y en Cataluña , y de algunas providencias generales á todo el reyno sobre algunos delitos , que se citarán despues.

5 Por la *ley 3. tit. 10. lib. 4. Rec.* consta , que si el reo no puede ser habido , y si fuere el delito de calidad , que deban seqüestrarse los bienes , ha de hacerse esto luego sin esperar pregon ; que luego se ha de emplazar el reo por tres plazos de nueve en nueve dias , pregonándole públicamente á cada plazo , haciéndose notificacion en casa del reo , si la tuviere , y haciéndole fixar carta de emplazamiento en la ciudad , villa ó lugar , en cada plazo , en la qual se contenga el delito , de que es acusado , y

el término y pregones y rebeldías, que á la sazón fueren acusadas, y la acusacion, que le fuere puesta. En la misma ley se habla de las costas y gastos, que ha de pagar el reo, quando comparece, con distincion de quando viene en el tiempo del primero, segundo ó tercer plazo, y del seqüestro de los bienes, y de vender en almoneda los que no se pueden conservar sin deteriorarse. En la misma se previene, que no pareciendo el reo al tercer plazo, siéndole acusada la rebeldía, se le ha de poner la acusacion, y substanciar la causa hasta proferir sentencia, en términos, que habi-endo probanza bastante para condenar, ó tal, que prescindiendo de la presuncion de la fuga, bastase para poner al reo á tormento, si estuviere presente, se dé sentencia, y se condene al reo en la pena, que él merece y en las costas. Dispone la misma ley, que si el reo pareciere ó fuere preso dentro de un año de hecha la sentencia, pagando los desprecos, homecillos, y costas ha de ser oido en quanto á las penas corporales y pecuniarias, quedando en su fuerza las probanzas, como si fuesen hechas en juicio ordinario, y que pasado el año solo puede ser oido en quanto á las penas corporales, executándose la sentencia desde que pasó dicho término en quanto á penas pecuniarias.

6 Por lo que toca á Cataluña en la *Compilatio Practicallis* de Amigant tit. 6. §. 1. está el modo de proceder contra ausentes en los casos, en que por atrocidad del delito pareciere correspondiente seguir la causa, que substancialmente viene á ser lo mismo, ó á obrar del modo, que se obraria estando presente el reo. En el mismo Amigant en la *decis. 10. num. 38.* se puede ver, que en Cataluña, quando se emplaza á los reos ausentes no se les co-

De lo mismo
en quanto á
Cataluña.

no lo es en
de lo mismo
no lo es

mina ó impone penas para el caso de no comparecer, porque ha parecido, que seria duro el castigar por dicho motivo. Del n. 57. 58. y 66. *ibid.* parece, que nunca se acostumbraba condenar en esta provincia en rebeldía sino en delitos de lesa magestad, y que en los otros se substanciaba el proceso hasta sentencia sin proferirla Fontanella *decis.* 242. *num.* 13. dice, que en Cataluña no se hacen procedimientos contra los reos ausentes: pero del *numer.* 24. del *tit.* 14. de la *Compilatio Practicallis* de Amigant parece tambien antigua en nuestra provincia la práctica de condenar á los reos ausentes, y algunas veces en estátua. En el dia es mas corriente, que en otros tiempos este modo de proceder, mandándose él en la *ordenanza* 196. de las de nuestra Audiencia en consecuencia del *cap.* 27. de la *Nueva Planta* de 1716.

7 El proferir y publicar sentencia puede dexar mas advertido al delinquente del cargo, que hay formado contra él, y mas cauto en esconderse y en huir substrayéndose á la vindicta y escarmiento público: pero por otra parte parece del caso en delitos de lesa magestad y otros atrocísimos el condenar en rebeldía, para poner el debido horror y miedo en las gentes, y para castigar con las penas pecuniarias del modo que cabe al reo executándole en sus bienes.

De lo mismo por derecho general en quanto á desafios.

8 En órden á leyes generales á todo el reyno, ó á algunos delitos en particular con la pragmática de 28 de abril de 1757 sobre desafios se manda, que si dicho delito se probare con dos testigos de fama ó notoriedad, no pudiendo ser habido el reo se siga la causa en rebeldía, y que si dentro dos meses de publicada la sentencia no se presenta el reo en la cárcel debe tenerse por irremisiblemente

convicto en quanto á la pena de perdimiento de bienes , y que en órden á la corporal no pueda ser oido sino presentándose primero en la cárcel.

9 En quanto á contrabando en el *cap.* 13. de la instruccion de 22 de julio de 1761 se dice, que á los reos, que no pudieren ser habidos, se les ha de llamar por edictos y pregones de tercer en tercer dia, substanciándose la causa en rebeldía, y dándose noticia al Superintendente: en el *cap.* 14. *ib.*, que si hubiere un reo prófugo y otro presente se ha de formar ramo aparte, y no debe detenerse el uno por el otro. En el *cap.* 15. *ibid.* se dice, que, aprobada la sentencia contra reos ausentes de contrabando, será solo executiva desde luego en el comiso, costas y penas pecuniarias, pero no en las corporales, y que habidos los reos se les han de oír las defensas, y continuar la causa sin ratificacion de testigos. En el *cap.* 17. *ibid.* se dice, que si en el campo, ó en otros lugares se hallaren géneros de contrabando, no pareciendo los reos, se ha de sobreseer en la causa; y solo se ha de declarar y aplicar el comiso.

en quanto á
contrabando.

10 En órden á militares el *art.* 70. *tit.* 5. *trat.* 8. *Ord. mil.* previene, que si el reo está ausente ó en sagrado debe el oficial respectivo llamarle por edictos y pregones públicos, repetidos tres veces en el término de un mes, con expresion del delito, señalándosele donde debe presentarse para ser oido y juzgado; que en caso de no comparecer deben ratificarse los testigos y condenarse el reo en rebeldía; y que si se logra despues la aprehension, se le toma la confesion, y se le oye en defensa.

en quanto á
militares.

CAPÍTULO X.

De los procedimientos de despues de la captura hasta la confesion del reo.

SECCION I.

De la declaracion indagatoria.

Al reo luego que esté preso se le ha de preguntar en general del delito.

1 Luego que está preso el reo, dice el Sr. Elizondo en su *Pract. Univers. tom. 3. pag. 318.*, que se le toma con la posible brevedad una declaracion, que se llama indagatoria, haciéndose por preguntas de inquirir, interrogando generalmente al reo del crimen, su qualidad y autores, ántes de pasar á recibirle su confesion el juez por sí mismo.

Aunque no necesaria es oportuna esta declaracion, y como y en donde se toma.

2 Esta será la declaracion, que he advertido arriba, que exígian los irenarcas, y ahora en algunas partes los dependientes de justicia segun la ocurrencia de casos, haciendo algunas preguntas con relacion al delito sin hacer parte del juicio. Dice el mismo autor *ibid.*, citando á *Matheu Controv. 25. num. 68*, que no es necesaria esta declaracion, ni de substancia del juicio, pero siempre muy oportuna para calificar con mas instruccion el proceso: cita para esto á *Herrera Práctica criminal lib. 1. cap. 10.* Lo mismo leo en una *Instruccion criminal* de D. Josef de Luyando de Zaragoza pag. 69. y 70., expresándose allí, que dichas declaraciones se toman con la misma formalidad y estilo, que las confesiones, y que se distinguen, en que las preguntas de las declaraciones son indirectas hácia el reo al contrario de la

confesion , en que se le pregunta haciéndole directamente cargo.

3 En Cataluña por lo regular no suele tomarse mas que la declaracion ordinaria por los jueces en la confesion formal , de que se hablará despues, recibíendose la deposicion á los ministros de justicia , que han hecho la aprehension del reo de lo que le han oido : estos deben en todas partes estar bien advertidos de lo que pueden preguntar en general sobre delito , delinqüente y cómplices, porque algunas veces abusan sin tener facultades para entrar en otras cosas, ni discernimiento para usar de ellas, aunque las tuviesen.

4 Con referencia á dicha declaracion indagatoria parece , que deben entenderse algunas leyes de estos últimos tiempos. En el *cap. 4.* de la cédula de 3 de agosto de 1769 , hablándose de los alcaldes de quartel , se dice , que á los reos de alguna gravedad se les ha de tomar la declaracion dentro de veinte y quatro horas. En el *cap. 5. y 75.* de la nueva instruccion de corregidores y alcaldes mayores de 15 de mayo de 1788 se previene lo mismo á todos los jueces , añadiéndose aquí la razon de no ser justo , que se prive de su libertad á un hombre libre sin que sepa desde luego la causa , porque se le quita.

Leyes que deben entenderse con referencia á dicha declaracion.

SECCION II.

Del embargo de los bienes.

1 Una de las primeras diligencias , que corresponde hacerse en causas criminales , luego que está decretada y executada la prision del reo , ó no executada quando no puede ser habido , ó en el mismo

Cómo y cuándo deben embargarse y depositarse los bienes del reo.

tiempo de decretarse y executarse la prision, es el embargo, seqüestro ó descripcion, y detencion de bienes, hecha por mandamiento del mismo juez. Esto parece, que ha de entenderse, como se previene en la *Curia Filípica* en el *Juic. crim.* §. 11. *numer. 1.*, en caso, que corresponda al delito confiscacion de bienes, ó pena pecuniaria, como en realidad consta esto de la *ley 7. tit. 23. lib. 4. Rec.*: quando no hay esto no faltan los gastos de justicia: por los quales, y lo demas dicho corresponde el embargo, ménos quando se dé idónea caucion: en este caso es claro, que debe cesar el embargo, y que, si son notoria y conocidamente mucho mas que bastantes los bienes para lo que pueda resultar, no es necesario embargar mas de lo que pueda necesitarse para cobrar, evitando gastos y vexaciones inútiles para el fin de los procedimientos. Esto me parece muy conforme á razon y á la citada *ley 7.* El fin del embargo será el mismo, que el de la prision, para no exponer á que quede frustrado y vano el juicio. En el *cap. 15.* de nuestra *Nueva Planta* de 16 de enero de 1716 se dice, que en las causas criminales se ha de proceder de oficio á instancia de parte ó del fiscal, y que se ha de hacer seqüestro ó embargo de bienes despues de decretada la prision. Lo propio se manda en la *ordenanza 189.* de las de nuestra Audiencia.

De lo mismo
en quanto á
desafios.

2 Por lo que toca á crímenes particulares, y á derecho general relativo á este punto, con la pragmática de 28 de abril de 1757 se manda en caso de desafio, que comenzado el proceso con dos testigos de fama deben seqüestrarse los bienes, pagandose los gastos de los frutos, y dándose una razonable compensa al denunciador, quedando solamente á los hijos del delinqüente el recurso á los

jueces de la causa, para que consultando ántes á S. M. les den lo necesario para su preciso sustento.

3 En el *cap.* 4. de la instruccion de 22 de julio de 1761 está prevenido tambien, que en delitos de contrabando se ha de decretar la prision y el embargo de bienes. Con carta circular de 28 de enero de 1773 de orden de la Junta de Tabaco se mandó, que luego que esté preso un reo de contrabando con justificacion del cuerpo del delito se embarguen todos los bienes raices, muebles y semovientes, pasando los mismos aprehensores al lugar, en que estuvieren dichos bienes, sino dista mas de diez y seis leguas del lugar de la aprehension; que en el caso de no poderse hacer por los mismos, ó sus dependientes el embargo, el que hubiere prevenido la sumaria ha de enviar propios á los jueces, que coresponda, para que le hagan á solicitud de los administradores ó estanqueros de los pueblos respectivos, á quienes se despacharán cartas; que se haga la protesta de presentar á su tiempo el despacho del juez subdelegado: y que éste dentro de las diez y seis leguas ha de hacer el embargo.

y en quanto á
contrabando.

SECCION III.

Del tiempo de ampliar el sumario, y del nombramiento de defensor ó abogado.

1 Si en el tiempo intermedio de la prision á la confesion del reo hay oportunidad de presentarse testigos contra el reo, ó de ampliar de qualquier modo el sumario, nunca debe esto despreciarse. En la *const.* 5. de *Acus.* se manda, que despues que esté

Término prescrito en Cataluña para ampliar el sumario.

preso el reo en el espacio de veinte y cinco dias consecutivos, tratándose de delito cometido en esta provincia, se ha de ampliar contra él el sumario, y que despues de cinco dias de fenecido el término de los veinte y cinco se ha de publicar el cargo al reo. Quando el delito se hubiere cometido fuera de la provincia se da mas tiempo. Peguera *Pract. crim. cap. 12. §. 6. num. 1.* dice, que los cinco dias no corren, sino protestando el reo, y que en causas de regalías es arbitrario al juez el tiempo de la publicacion del cargo, bien que se ha de tener cuidado en evitar largas dilaciones. Lo mismo se puede ver en Calderó *decis. 97. num. 14.* Con la *const. 16. ibid.* se extendió dicha disposicion á casos de conocerse por regalía.

De lo mismo
en quanto á
Castilla.

2 Por derecho de Castilla no hallo ley, que determine el tiempo para ampliar el sumario, y pasar á la confesion y publicacion de cargos: por esto penderá del arbitrio del juez, procurándose en esto la mayor brevedad. El Sr. Elizondo *Pract. univers. tom. 2. pag. 411.* dice, que instruida la sumaria informacion, y preso el reo, manda el juez, que se le reciba la confesion con todos cargos dentro de dos ó tres dias á lo mas por la celeridad, que piden las instancias criminales. Quando al ponerse preso el reo está formado todo el cargo es fácil la execucion de esto: pero quando el reo se ha preso en fragrante, ó quando el peligro de fuga ha precisado á la prision, no lo es igualmente, necesitándose de algun tiempo para ampliar el cargo: pero lo dicho, y todo quanto se ha sentado en el *cap. 6. sec. 4.*, prueba la importancia del pronto despacho en este particular.

De lo mismo
en quanto á
contrabando.

3 En quanto á leyes generales en el *cap. 2.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 se manda

en punto de contrabando, que en el mismo dia de decretada la prision se exâminen los ministros de la aprehension, y con preferencia otras personas desinteresadas, si las hubo. Esta prevencion de exâminar otros testigos, si los hay á mas de los aprehensores, debe entenderse general en todos los delitos en quanto se pueda, recomendandola todos los autores por las quejas, que suelen tener los reos de los ministros aprehensores, y por el interes y enardecimiento, con que estos suelen obrar contra los que prenden. En el contrabando, sobre estas razones generales, hay la particular, que indica la instruccion referida del interes en la parte de comisos. Puede verse sobre esto lo que se dice en la *sec. 4. cap. 21.*

4. En el *art. 19. y 21. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se manda, que en qualquiera delito de soldado debe el sargento mayor llamar los sargentos de la compañía del reo, y preguntar si le conocen ellos, ú otros de la misma compañía, de los quales han de llamarse quatro ó cinco soldados, preguntandoseles si conocen al reo, si ha recibido el socorro, si ha hecho el servicio, si se ha presentado en revista. Por el *art. 20. ibid.* tambien se ha de poner certificacion, de que hizo el soldado el juramento á las banderas. Por el mismo *art. 20.* debe tambien ir el sargento mayor á la prision, prevenir al reo, que nombre defensor, preguntarle la religion, edad, patria, tiempo del servicio, si se le han leído las ordenanzas, si hizo el juramento á las banderas: y si niega algo no obstante la certificacion, que se previene haya de insertarse, se deben exâminar algunos testigos, que verifiquen lo contrario. De resultas debe nombrarse un oficial defensor del reo, de distinta compañía á eleccion del mismo

De lo mismo en quanto á militares, y del nombramiento de defensor.

el careo, que en Cataluña ha acostumbrado hacerse poniendo al reo entre dos, que le parezcan, y atisbando por alguna ventanilla ó lugar los testigos, que han de declarar la identidad del reo, Calderó *decis. 7. num. 38. hasta el 42.* En la *Compilatio Practicallis* de Amigant *tit. 9.* se habla de esto, y del modo, con que suele hacerse este careo, poniendo al reo entre otros dos semejantes, y que no ha de haber nimiedad en la semejanza. El Sr. Elizondo en el *tom. 4. Práct. univers. pag. 361.* dice, que en muchos casos ignora el testigo el nombre del reo, y solo refiere de éste algunas señales, expresando, que si le viera le conoceria, á cuyo fin, dice, ha adoptado la práctica el medio de executar una rueda de presos, especialmente de aquellos, que tengan mas semejanza con el acusado, vistiendo á todos con igual trage, si fuere posible; y, recibiendo al testigo en lugar separado el juramento, se le lee su declaracion anterior, y ratificándose en ella se le conduce desde allí al sitio donde se halla la rueda, instruyéndole, que reconozca bien á todos, y saque por la mano al que le parezca, executándose, dice, siempre estos actos *antes del careo aun en los juicios militares.* En estas últimas palabras se entenderá el careo de reos entre si, ó el de testigos y reos, para que reconviniéndose se averigüe la verdad: y segun este modo de explicar la diligencia de la rueda, ventana, ó de qualquiera otra operacion semejante para evitar la equivocacion en la identidad, no es careo: pero esto seria cuestión de nombre.

SECCION V.

De la soltura de los reos mediante caucion.

1 Si en el primer acto de citacion puede y debe algunas veces excusar el juez al reo la afliccion y molestia de la cárcel, mandándose el arresto ó caucion, ó uno y otro como lo exijan las circunstancias ántes explicadas, es claro, que podrá hacer lo mismo despues de decretada la prision, á que precisó ántes el temor de la fuga, y la apariencia de que estaba muy cargado el delinqüente, si despues empiezan á desvanecerse los indicios, y á dar muestra la causa, de que lo mas que podrá aplicarse es pena pecuniaria. Esto nunca por lo comun debe conocerse mejor que despues de tomada la confesion: pero puede tambien proveerse ántes; y por esto advierto aquí la regla, que debe en esto seguirse, y que quedará sabida para despues.

2 Los reos no deben siempre estar en la cárcel, y puede algunas veces decretarse su soltura con caucion de cumplir y pagar lo que sentenciare el juez, ó la determinada cantidad, para que se da caucion, *ley 1. y 3. Dig. de Custod. reor., ley 16. tit. 1. part. 7.* La regla, que suele en esto seguirse, es, que quando se vé, que no ha de aplicarse pena corporal se decreta la soltura de dicho modo. Así se previene en la *Cur. Fil. Juic. crim. §. 11. n. 14. y 15.*: y es expreso en la *ley 16. t. 1. part. 7.* Esta fianza se llama carcelera, Elizondo *Práct. univ. tom. 2. pagin. 410.*, y suele darse por lo comun por cantidad determinada á prudente arbitrio del juez segun las circunstancias de la causa. En nuestra *const. 5. de Acusacions* se manda tambien, que el acusado

Desvaneciéndose los indicios, y quando solo correspondia pena pecuniaria puede decretarse la soltura del reo con caucion por derecho romano y de Castilla.

por delito , el qual probado no merece pena corporal , se ha de poner en libertad con caucion. En la *Práctica criminal* de Peguera cap. 12. §. 15. está la forma de dar soltura á los reos.

De lo mismo
en quanto á
Cataluña.

3 Quando estos no estan muy cargados , de modo que corresponda la soltura con caucion , dice Amigánt *Animadversiones al tit. 14. num. 2. y 3.*, que , sino hallan fianza , se les suele admitir en Cataluña la caucion juratoria ; que , si se sospecha , que dexan de darla por dolo , se les retarda mas la libertad , y *num. 4.* que se suele entónces poner la cláusula *por ahora* á fin de estrechar á dar fianza quando se pueda. En el *tit. 14. num. 32.* de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *Animadversiones num. 25.* se dice , que habiendo instancia de parte no se suele en esta provincia decretar la soltura con caucion , sino despues de publicados los cargos , y de dado el escrito de defensa. Calderó en la *decis. 23. num. 22. hasta el 26.* dice , que nuestra Audiencia , quando los reos no estan muy cargados , suele decretar la soltura con conocimiento de causa , y con la cláusula de *atendidos los méritos del proceso* , y que esta soltura tiene fuerza de sentencia absolutoria , de manera , que aunque sobrevengan nuevos indicios no se prosigue ; que otras veces suele decretarla á *requisicion de dias* , y que entónces , hallándose nuevos indicios , puede ponerse preso el reo otra vez , y procederse contra él. Trae allí mismo otro modo de decretar la soltura á los reos , que en su tiempo se hacia con la cláusula *cum reincidentia* , que , segun parece de lo que él mismo explica , quiere decir , con obligacion de presentarse siempre , que lo mande el juez , y que entónces , aunque no haya nuevos indicios , se puede poner preso el reo. Es digno de advertir lo

que previene Amigánt en la *decis.* 51. *num.* 6. y 7., que para la soltura con caucion debe resultar en los autos semiplena probanza contra el reo ó probanza, que no diste mucho de semiplena, y que quando no hay ésta á lo ménos debe decretarse sin caucion.

4 Por causa de grave enfermedad dice Calderó *dec.* 12. *num.* 41. hasta el 46., que puede tambien mandarse la soltura con fianza.

5 Por nuestras *constituciones* 3. y 4. de *Manu-llentas* la obligacion de la fianza para la soltura del reo se extingue en el espacio de dos años.

Por enfermedad puede decretarse la soltura con caucion: quando esta se extingue.

SECCION VI.

De las excepciones, que puede oponer el reo luego que esté preso.

1 Si el juez, que ha decretado la prision, no es competente, ó por otro defecto de haberse faltado á salvo conducto, ó á la buena fe y prevenciones, que mandan las leyes, fuese nula la captura, puede desde luego oponerse el defecto, y ser oido el reo en esto, y en qualquier otra cosa, que por su naturaleza sea de prévio conocimiento de la causa, al tenor de lo que he dicho en el *cap.* 5. *tit.* 2., bien que rara vez sucede esto.

2 El término de prueba sobre esto, y qualquiera réplica y dúplica, que al tenor de lo dicho en el *cap.* 4. y 7. del mismo *título* 2. pueda ofrecerse, será del modo, que diré despues al hablar del término de prueba.

3 Por nuestra *const.* 5. de *Guiatges* la excepcion de nulidad de captura se ha de declarar dentro de treinta dias, contados desde que se opuso, sin po-

Si hay defectos en quanto á la captura pueden oponerse luego.

Qué término se ha de conceder para ello.

De lo mismo en quanto á Cataluña, y

de alguna li-
mitacion.

derse reservar á la definitiva. Por la *const. fin. Quant sia licit ó no venjarse* consta, que la excepcion de nulidad ó defecto en la captura no puede oponerse por los ladrones, asesinos, incendiarios, sacrilegos y homicidas de caso pensado: estas palabras no son restrictivas, sino demostrativas, sin limitar la regla general de no admitirse á los que no corresponde por derecho comun, ó en que milita igual razon, Calderó *decis. 13. num. 11. hasta el 16.*

CAPÍTULO XI.

De la confesion del reo.

La confesion
es la contesta-
cion del pley-
to, y quando
debe tomarse.

Después de formado y ampliado el sumario debe decretar el juez, que se tome la confesion al reo haciéndosele los cargos conforme á lo que resulte del proceso. La declaracion ó confesion del reo es, como dicen Amigant *decis. 9. num. 16.*, Cancér de *Litis contest. num. 1. hasta el 5.* y todos los autores, lo que en el juicio civil llamamos confestacion, y por consiguiente la piedra angular y el fundamento del juicio. Todos los procedimientos hechos antes de la confesion mas son preliminares del juicio, que constitutivos de él, sin poderseles acomodar en rigor la definicion de dicho juicio: pues éste, qualquiera que sea, debe reducirse á una disputa entre actor y reo delante del juez competente. La citacion real, ó la prision parece justo, que aun no obre tanto como la citacion civil, por que esta comprehende la demanda, por la qual ya sabe el reo lo que se pide, y pretende de él y por que título, pudiendo esto tener y teniendo en realidad algunos efectos para la condenacion de frutos,

é intereses, interrupcion de prescripcion, y otros semejantes desde el dia de la citacion. Estas circunstancias no militan en la citacion real de nuestro juicio: por consiguiente, así como la contestacion del pleyto es el fundamento y acto principal del juicio civil, lo es tambien en el criminal la confesion, y mas aun si cabe, teniendo dicha contestacion parte de citacion, porque entónces el reo sabe lo que se pretende de él, y contesta á la demanda confesando ó negando, como se hace sobre diferente materia en la causa civil.

2. Lo primero, que debe preguntarse al reo en el tiempo de tomarle la declaracion, como consta de Peguera en la *Practica criminal* cap. 12. §. 5. num. 3. y de todos los criminalistas, es su edad, á fin de nombrársele curador, si es menor de veinte y cinco años. En los juicios civiles interesan las mismas partes, que litigan contra menores, en que se nombre curador á quien no tenga la edad competente para comparecer en juicio: y por esto puede mirarse este nombramiento con mas indiferencia por el juez sino lo solicitan los interesados: y puede tener lugar la disputa, de que ya se ha hablado en su lugar, sobre si es válida la sentencia hecha en pleyto, en que hubiere habido menor indefenso en quanto á los efectos favorables al menor, como parece sin duda que lo es, y nula en quanto á los contrarios. En el juicio criminal interesa la vindicta pública, en que no carezca de efecto el juicio: y por esto nunca debe descuidarse el juez de mandar al menor, que nombre curador, ó de nombrarle él mismo de oficio en caso de resistencia. La ley 4. *Cod. de Auctorit. praest.* es puntual, clara y terminante en prueba, de que tanto los acusadores, como los reos, necesitan de que en todos

Lo primero, que debe preguntarse al reos la edad para el nombramiento de curador.

los actos judiciales de una causa criminal intervengan sus curadores, si se hallan en la menor edad de los veinte y cinco años: disposicion muy justa y prudente por las razones, que indica la misma ley, de poderse fácilmente precipitar los menores con la impericia, calor, y ardor de la juventud, á decir lo que hubieren de callar, y á callar lo que hubieran de decir. De aquí es, que la primera diligencia, que se ha de hacer con el reo, si consta de él al tomarle la declaracion que es menor, es suspender los procedimientos, y mandarle, que nombre curador en el modo dicho: y en algunos casos, quando pueda haber duda sobre la edad, ó deba segun lo que sobre esto se ofrezca variarse la pena, ha de procurarse la certificacion correspondiente del bautismo, ó la justificacion, que proporcionen las circunstancias.

Solo debe preguntarse al reo de lo que conste en autos.

3 La declaracion, que se pide al reo mediante las preguntas, debe recaer solamente sobre lo que conste de autos: el juez en esto es persona pública, y procede como tal, sin que se le permita satisfacer su curiosidad, si la tiene en otros puntos, ni desahogar su indiscrecion y malicia contra el reo, en caso que la tenga, haciéndose responder sobre cosas, que no estan en proceso, para agravar el cargo.

Es útil leer al reo algunas declaraciones de los que depoenen contra él.

4 Peguera en la *Práctica criminal* cap. 12. §. 5. trae los fundamentos de la sentencia, con que se defiende la obligacion en el reo de responder á lo que legítimamente le pregunte el juez: y dice, que en caso de manifestar los reos solicitud de saber, si se procede legítimamente, él aconsejaria al juez, que mandase leer por el escribano, suprimidos los nombres de los testigos, dos declaraciones, con las quales vea el reo, que está ya infamado y obli-

gado á responder. En la *Curia Filípica Juic. crimin.* §. 13. num. 4. y 5. se previene, que se lean dichas declaraciones, y que no se han de disimular los nombres de los testigos. En el mismo §. se advierte la obligacion de responder en el reo, contestada por muchos autores, y entre estos por Santo Tomas, á quien siguen comunmente los intérpretes en esta parte.

5 En el consejo de guerra ordinario, quando se toma la confesion al reo, están prontos los testigos deponentes en la causa, por si los vocales los quieren preguntar para disolver alguna duda, *art. 40. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* El mismo reo es conducido al consejo, *art. 42. ibid.*: baxo juramento se le pregunta por el presidente, de que es acusado, si cometió el delito, si tiene, que decir para su descargo, *art. 43. ibid.*: se dice *ibidem*, que los capitanes han de hacer las preguntas con claridad y arregladas á lo que conste de la causa.

6 No solo ha de constar de autos el cargo para poder preguntar sobre él al reo, sino que debe haber tambien indicios, ó semiplena prueba, de modo que es nula la confesion, sonsacada de otro modo. Así lo dice Calderó *decis. 16. num. 1. y 2.*, afianzado en la *ley 1. §. 17. Dig. de Quaestion.* Entónces, se dice preguntar el juez justa y jurídicamente al reo, dice la *Curia Filíp.* en el *Juic. crim.* §. 13. num. 4., quando es juez competente de la causa . . . y hay contra él en ella un testigo de vista, ó cierta ciencia, mayor de toda excepcion, ó indicios equivalentes á él, que hagan semiplena probanza. En el *cap. 5. de la instruccion de 22 de julio de 1761* se dice, que preso el reo por fraude, y declarado el comiso, precediendo nombramiento de curador á los menores, se ha de hacer cargo á los reos solamente de

Cómo se toma la confesion á los reos militares.

No se puede tomar la confesion sino consta el cargo con semiplena prueba.

lo que esté probado contra ellos semiplenamente sin sugerirles ni amenazarles. Amigant *decis.* 50. *num.* 15. supone lo mismo de derecho comun: pero dice, que nuestra Audiencia con ménos prueba se contenta, bien que advierte, que no ha de ser demasiado ligera.

7 La presuncion, que tiene qualquiera á su buena fe y opinion hasta haberse probado, que no la merece por algun delito, el justo aprecio de la libertad civil, la presuncion de voluntad en el establecimiento de la sociedad, y el odioso aspecto, con que deben mirarse todos los pleytos, especialmente los criminales sin empeñarnos temerariamente en ellos, son los apoyos de este derecho. No llegando á formarse una semiplena no se puede ciertamente decir, que haya fundamento para condenar al reo conforme á la acusacion ó demanda: y, si en un pleyto civil se condena en costas y enmienda de daños segun los casos al que sin fundamento quiso litigar, no puede parecer decente, que la justicia haga por sí misma lo que castiga en los demas, y en cosas ménos graves y de ménos consecuencias.

Como se procede á la confesion del reo.

8 Resultando pues el cargo en los términos referidos manda el juez, que se tome la confesion al reo haciéndosele los cargos, que resultan del proceso: y procede á esta diligencia haciendo comparecer al reo en su presencia, preguntándole, y escribiendo el escribano preguntas y respuestas. Se pregunta al reo, y no confesando el delito se le hace cargo con lo que consta de autos, y de como atendido ello, y acaso sus mismas respuestas, niega lo que se le pregunta.

La confesion debe tomarse sin sugerir.

9 Lo que principalmente debe tenerse presente es lo que se ha dicho de la instruccion de

1761, que igualmente se halla expreso en la ley 1. §. 21. *Dig. de Quaestion.*, con la qual concuerda la ley 3. tit. 30. part. 7., sobre no deberse sugerir, ni amenazar á los reos: la confesion ha de ser libre, y no sonsacada con astucias, sugeriones, ni amenazas: uno y otro es cosa, que desdice del noble proceder de la justicia.

10 Por la misma razon, de no poderse preguntar al reo sino de lo que consta de autos en orden á él, tampoco puede preguntársele en quanto á cómplices sino en general, y nunca contra persona determinada, sino quando hay indicios contra ella, Calderó *decis.* 16. num. 12. y 13. Lo demas, dice la ley 1. §. 21. *Dig. de Quaest.*, que mas es sugerir, que inquirir.

11 Aun quando hay indicios, no se puede preguntar al reo de los cómplices, si confiesa él el delito. Así lo advierte Peguera en su *Práctica criminal cap.* 12. §. 5. num. 16. y siguientes, citando la ley 16. §. 1. *Dig. de Quaest.* y la *final. Cod. de Accusat.*, que en realidad lo previenen: la razon es, para que no ponga en duda ó riesgo el honor ó la vida agena el que desespera de la suya, como dice Paulo en el *lib.* 1. *Sentent. cap.* 12. *vers.* 7. Otra razon puede darse, y es la de quedar con la confesion del delito convencido el reo, y por consiguiente indigno de que se le dé crédito como á delinquente. Con todo hay en esto muchos delitos exceptuados, como se verá al hablar de los testigos.

12 Igualmente que las sugeriones estan prohibidas las amenazas, como ya se ha indicado tambien. Solo pueden ellas tener lugar con el tormento, quando en él se ha de poner el reo, precediendo para esto las pruebas, y practicándose las

De lo mismo en quanto á cómplices y otros.

Tambien debe tomarse sin amenazar.

diligencias, que despues se dirán. La confesion ha de ser libre: y lo prueba todo quanto he dicho aquí y en el *tit. 2. cap. 10. sec. 2.* En conformidad á estos principios en el *art. 50. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.*, despues de haberse hablado en el 49. del tormento, dice S. M.: *prohibo absolutamente, el que se úse de otros medios para apremiar afflictivamente al reo á la declaracion, pena de privacion de empleo al oficial, que lo mandare, y de igual ó mayor castigo, segun su calidad, al que en esto le obedezca.* Lo mismo por equivalencia de razon, y por lo que resulta de todo quanto se ha dicho sobre confesion, debe entenderse prohibido á todos los jueces.

De la presencia del curador en la confesion, y de si ésta se ha de hacer con juramento.

13 En el *Juic. crim. de la Cur. Filíp. §. 13. n. 2.* se dice, que al delinqüente menor en presencia del curador se le ha de tomar el juramento, pero que no se ha de hallar presente dicho curador á la declaracion, porque prestando autoridad para el juramento, dice, que es visto prestarla para la declaracion; que ésta es acto ó hecho propio del menor, consistiendo en su ciencia y conciencia, y que así se ha de hacer la declaracion sin asistencia del curador, y en secreto, para que cesen instrucciones y fraudes de encubrir la verdad. En Cataluña, segun parece de la *Práctica criminal* de Peguera *cap. 12. §. 5. num. 4.*, asiste el curador á la confesion del reo, ó delante del mismo curador se le vuelve á leer al reo la declaracion: y esto parece lo mas seguro. Allí mismo se puede ver, que las notificaciones no solo se hacen al reo, sino tambien al curador, y que se ha de hacer la confesion, como todos los actos judiciales por el juez en presencia de escribano, Peguera *Práct. crimin. cap. 12. §. 5. num. 1. hasta el 6.* En la *Compilatio Practicallis* de Amigánt *tit. 10.* se puede ver un exem-

plo, que puede guiar en esta materia, en orden al modo, con que se ha de preguntar al reo al tomarle la declaracion, siguiendo todas las circunstancias, que resultan de los autos. En la *Práctica criminal* de Herrera lib. 1. cap. 10. se pueden ver varias fórmulas y autos relativos á esta materia.

14 Por reglas de derecho canónico no debe exigirse el juramento, quando hay peligro de perjurio: y por esto á quien esté medianamente instruido en aquella ciencia es fácil ver, que en muchos casos por este temor se excusa el juramento. Por esto en Cataluña y en algunas partes no se exige de los reos en la confesion por lo que toca á ellos mismos, sino únicamente por lo que tiene relacion á otros, siendo en quanto á estos testigos, *Amigant Compilatio Practicallis tit. 10. Animadversiones num. 1. y 23.*: lo propio consta de *Peguera Pract. crim. cap. 12. §. 5. num. 24.* En Castilla y en otras partes se les exige el juramento, *Juicio crim. Curia Filíp. §. 13. num. 1.* A los militares por sus ordenanzas se les ha de exigir tambien, *art. 17. y 43. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.*

15 Si el reo, jurídicamente preguntado, no quiere responder, se le puede mandar, que responda, so pena de ser habido por confeso; y no lo haciendo se tiene por tal presumiéndose en el fuero externo haber hecho el delito. En estos términos se explica Hevia en la *Curia Filíp. Juic. crim. §. 13. num. 9.* diciendo, que así fué juzgado en España un negocio gravísimo, que Julio Claro y Salcedo afirman lo mismo, y que así se practica.

16 Despues de tomada y extendida por el escribano la confesion se ha de volver ésta á leer á los reos, para que se ratifiquen en ella, proce-

De si se ha de exigir el juramento en la confesion.

El reo que no responde se tiene por confeso.

Despues de extendida la confesion se

vuelve á leer
al reo.

diéndose en todo este acto con la mayor circunspeccion y escrupulosidad, sin añadir, ni quitar nada de lo que dice el reo, ni variar aun las palabras, con que él se explica, por ser éste un asunto tan delicado en sí, y formar el cargo contra el reo sin poder despues retroceder. A esto se dirige la diligencia de volver á leer, y la de hacer firmar al mismo reo, ó de procurar, que otro firme en su nombre, dándole facultad para que lo haga, y dando fe el escribano del modo, con que se execute. En el *art. 20. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que al reo militar, despues de haber extendido el sargento mayor sus respuestas, se le han de leer estas, para que se entere el reo de si es lo mismo, que ha dicho ó no, y contestándolo se le ha de hacer firmar, ó poner la señal de la cruz.

De la prueba
que resulta de
la confesion.

17 De la qualidad de prueba, que resulta de la confesion, se tratará despues. Aquí no corresponde hablar sino de la diligencia del acto de tomarla: en el mismo puede oponer el reo las excepciones de recusacion y otras semejantes, si las tiene, ó luego despues; y debe conocerse de ellas, pidiéndose término competente segun lo dicho en el *Juic. civ.*

Como se con-
cluye la con-
fesion.

18 Al fin de la confesion se suele decretar por el juez, que se cesa en ella salvo el derecho, ó con reserva de proseguirla siempre que convenga.

CAPÍTULO XII.

De los procedimientos de despues de la confesion, y
 ántes de correr el término de la prueba.

1 **E**vacuada la confesion del reo debe sacársele del encierro poniéndole en mas anchura y libertad, por cesar entónces el motivo, que, segun lo que se ha dicho en el *cap. 9. sec. 2. n. 1.*, obliga ántes á privarle de toda comunicacion.

Evacuada la confesion debe salir el reo del encierro.

2 Hallándose en este estado la causa corresponde darse traslado al acusador ó al fiscal, que hace sus veces, para que inste lo que deba formando en un breve término el cargo, que corresponde, Elizondo *tom. 1. Prac. univ. pag. 266.* Los cargos deben simplificarse, reduciéndose á proposicion ó proposiciones determinadas. Los romanos consta de diferentes lugares que lo hacian en esta forma. Ciceron contra Verres proponia su acusacion en estas palabras: *in Verrem Action. 1. al fin: Haec primae actionis erit accusatio. Dicimus C. Verrem, quum multa libidinosè, multa crudeliter in cives romanos, atque in socios, multa in Deos hominesque nefarie fecerit, tum praeterea quadrigentias sestertium ex Sicilia contra leges abstulisse.* En un pleyto civil debe saber la parte, que es lo que se pide determinadamente; y lo mismo debe ser en un pleyto criminal. Para darse descargo debe saberse qual es el cargo, que se hace. Así le debe hacer el fiscal pidiendo, que se aplique al reo la pena, que corresponde por ley; y, si tiene que probar contra el reo, lo pone en el mismo escrito en otro sí, pidiendo término para la prueba.

En dicho estado debe darse traslado al fiscal para que haga los cargos, y cómo deben es-
 tos hacerse.

3. Puesta la acusacion fiscal se da traslado al

Traslado al

reo de la acusacion fiscal.

reo con facultad de nombrar procurador y abogado: expone dicho reo todo lo que puede decir en su defensa; y, si tiene que probar, lo pone igualmente en otrosí ó en otrosíes pidiendo termino.

Del término de prueba.

4 El Sr. Elizondo *Pract. univ. tom. 1. pag. 268. y 269.* dice, que con la respuesta del reo recibe el juez la causa á prueba por un breve término con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para la sentencia, y que si se procede á pedimento de parte verificados los dos escritos por cada parte puede recibirse la causa á prueba. Lo mismo hallo en otros autores, y que la expresion con calidad de todos cargos no se pone quando se sigue la causa contra ausentes. Luyando en su *Instruccion criminal pag. 100.* dice, que la referida cláusula tiene el efecto, de que pasado el término de prueba queda la causa legítimamente conclusa, y en estado de darse en ella sentencia. Este efecto es ciertamente muy conforme á las palabras con que se pone. Dicha cláusula es de tiempos modernos por lo que veremos despues en el *cap. 17.*: las consecuencias de ella son las indicadas, y la de que no hay mas escrito, ni traslado ninguno.

Cómo se da el término de la prueba en la corte sin admitirse mas escrito.

5 En la Corte despues que se ha substanciado el sumario decreta la Sala: á *confesion y prueba*, prefixando los dias, que parece corresponder segun la naturaleza de la causa: mediante este decreto el alcalde de casa y corte, á quien corresponde, toma la confesion al reo haciéndole sus cargos: se da traslado al fiscal y despues á la parte: y ésta y el fiscal alegan y prueban conforme á lo que he dicho ántes lo que tienen por conveniente. Todo esto se hace en dicho término: y practicadas las diligencias referidas pasan los autos al relator sin mas traslado ni escrito: en este estado solo para el

efecto de instruirse el abogado del reo, y tambien el fiscal si le conviene, se solicita y se concede traslado con un breve término, á fin, de que con conocimiento de lo que resulta de autos puedan el fiscal y el abogado del reo hablar al tiempo de la vista para la qual se citan. Lo mismo será generalmente en todos los tribunales colegiados.

6 En Cataluña es muy semejante el modo de proceder, como puede verse en la *Pract. crimin.* de Peguera *cap.* 12. Despues de tomada la confesion á instancia del fiscal se publican los cargos con término al reo para que se defienda, y facultad de nombrar procurador y abogado: y despues que ha alegado el reo y probado lo que tiene por conveniente sin otro escrito ni traslado se da la sentencia. Solo en la Audiencia en conformidad al estilo, que se ha dicho de la Corte, pidiéndose traslado de los autos para la instruccion se concede con un breve término: del interrogatorio ó artículos, si los presenta el reo para probar, se da traslado al fiscal por si hay motivo de oponerse á la prueba por no ser conducentes las preguntas, ó por tener otro defecto, ó finalmente para pedir la prision de los testigos, que quieran declarar sobre proposicion cohartada, en conformidad á lo que se dirá despues. Si el fiscal no contradice se presentan luego los testigos: si hay oposicion del fiscal ó del acusador decreta el juez lo que corresponde: todo en un modo semejante, á lo que he dicho sobre el juicio civil *titul.* 2. *cap.* 4. *sec.* 3. Si el acusador ó el fiscal en el término de prueba presenta testigos contra el reo, dice Peguera en el citado *cap.*, que se han de publicar, para que pueda saber el reo el cargo, y alegar en su defensa: tampoco dudo, que, si tuvieran tachas los testigos presentados en el término de prueba,

De lo mismo
en quanto á
Cataluña.

podiera pedirse término para probarlas. Uno y otro me parece justísimo y conforme á todo derecho natural y positivo.

Del decreto para la ratificación de los testigos en el término de prueba.

7 En el mismo auto de concederse el término de prueba se previene, que dentro de él se ratifiquen con citacion del reo los testigos del sumario, y se abonen los que fueren difuntos y ausentes, ó se reciban testigos de abono y verdad de los mismos. Esto en Cataluña no se practica, porque no se ratifican los testigos, como se verá despues. Qual sea el término de prueba, ó de quanto tiempo deba él ser, se verá en el capítulo siguiente. Lo dicho es general á causas criminales.

De los procedimientos correspondientes en causas de contrabando despues de la confesion del reo.

8 En particular en quanto á contrabando en el cap. 4. y 5. de la instruccion de 22 de julio de 1761 se manda, que, despues de tomada la confesion al reo de contrabando, negativo ó confeso, se ha de proveer auto, con que se declare por de comiso el género con la embarcacion, carruage, ó caballería, en que se hubiere conducido, se mande vender, y depositar el importe hasta la execucion de la sentencia, cometiéndose las diligencias de la venta á otro escribano en caso necesario, para no embarazar el curso de la causa, ni al subdelegado.

9 El Sr. D. Diego Gardoqui con carta de 10 de noviembre de 1792 participó al Intendente de Cataluña, haber mandado S. M., que para no cortarse la defensa á los reos de ningun modo se observe la práctica introducida en algunas subdelegaciones de rentas de procederse á la venta de los géneros aprehendidos con motivo de fraude luego que se pone en sumario el auto de su comiso, y que se difiera la venta hasta que se declaren dichos géneros por de comiso con sentencia, que merezca execucion.

En el *cap. 6.* de dicha instrucción se manda, que, tomada dicha confesión, se dé traslado á la parte del fisco ó al administrador de la real hacienda; que dentro del tercer dia á lo mas se ha de poner la acusacion contra cada uno de los reos; y que en el mismo dia de puesta debe darse traslado á los reos, recibiendo con el propio auto la causa á prueba por ocho dias comunes, que no pueden prorogarse, sino por causas especiales, y sin exceder entónces de un mes. En el *cap. 7. ibid.* se dice, que *incontinenti* de notificado el traslado á los reos ha de correr el término de prueba, sin que se pueda renunciar, se han de ratificar con citacion los testigos y córreos, alegándose y probándose de parte á parte lo que convenga con recíproca citacion, presentándose interrogatorio.

CAPÍTULO XIII.

Del término de prueba con relacion á testigos.

SECCION I.

De dicho término en general, y de la necesidad de él.

I Todo quanto he dicho en el juicio civil sobre ser el término de prueba el regular para presentar testigos sin excluir, que en él se hagan otras probanzas, ni el que fuera de él se presenten justificaciones de otra especie, tiene lugar en el criminal: lo que hay de particular en este es, que no solo por nueva emergencia pueden presentarse testigos fuera del término ordinario de prueba, sino tambien en qualquiera parte del juicio, y lo que es mas aun des-

Es muy privilegiado á favor del reo el término de prueba, en qualquier estado de la causa criminal.

pues de dada la sentencia. Es muy privilegiada la vida y la libertad del hombre: por esto es propio de los juicios criminales, que las sentencias nunca pasen en cosa juzgada, y que siempre que se hallen pruebas relevantes y manifiestas, que evidencien la inocencia del reo, puedan presentarse. En el §. 15. del Juic. crim. de la Curia Filip. num. 9. se lee lo siguiente: *aun despues de la sentencia, y hasta la real execucion de ella, se han de admitir testigos, y prueba en defensa del reo y su inocencia, pudiendo constar de ella por evidencia del hecho: y constando el mismo juez, que dió la sentencia, la puede revocar y darle por libre, sin consultarlo con el príncipe, como lo tienen Antonio Gomez y Paz, y se confirma con una ley notable de Partida y su glosa gregoriana.* Lo mismo consta del cap. 70. del tom. 2. de Decisiones de Peguera, citándose exemplar de haberse oído y libertado á un reo, que se conducia ya al suplicio. Lo propio contestan todos los autores.

2 El juez siempre ha de ser dócil, y arder en deseos de averiguar la verdad: en qualquiera parte del juicio ha de escucharla, y nunca mas, que quando se trata de quitar á los hombres su estimación y honor: aunque se ha concedido algun término regular para la defensa, á fin que los reos no frustren con largas el fin de los juicios, no debe esto impedir el que, si despues de dichos términos se ha proporcionado al reo el poder dar pruebas relevantes de inocencia, se le oiga. Es literal para esto la ley 18. §. 9. *Dig. de Quaestion.*, en donde dice el jurisconsulto: *defensionem quocumque tempore postulante reo negari non oportet.* Tambien lo prueba la ley 1. §. ult. del mismo título. Y Calderó en la decis. 53. num. 36. parece, que supone, que los reos por derecho comun pueden en qualquier

estado de la causa presentar testigos, aunque no se trate de pruebas relevantes; y bien parece, que lo prueba la ley referida. Penderá esto del arbitrio del juez segun el estado y naturaleza de la causa, y lo que pueda resultar de la justificacion, que se solicite.

3 No solo está concedida la facultad de presentar probanzas del modo dicho á favor de la parte, sino tambien del fiscal. En el num. 9. citado de la *Curia Filípica*, hablándose de las causas criminales, se dice: *despues de pasado el término de la prueba, publicacion y conclusion, y hasta la sentencia definitiva, puede el juez de oficio, ora proceda, como muchas veces suele acontecer, por via de acusacion ó inquisicion, recibir testigos y prueba contra el reo, porque no quede sin castigo.* Es adagio corriente entre todos los autores, que *fisco nunquam clauditur os*, aunque muchas veces se le dexa con la boca abierta, como discretamente oí decir á un grande magistrado.

De lo mismo en quanto al fiscal.

4 La necesidad del término de prueba, fundado en derecho natural, divino y civil, la prueba todo lo que dixe en la *sec. 1. art. 1. cap. 7. tit. 2.*: y los exemplos, de que me valí allí, aunque comunes á los dos juicios, son mas propios del criminal. Esta defensa es uno de los derechos, que han respetado siempre todas las naciones como el mas sagrado, y que con ningun título ó pretexto se puede quitar. Estan en esto unánimes todos los autores, y solo admiten en algunos casos, que se abren los términos, confirmando este derecho con el exemplo, de que hasta el mismo Dios quiso oír, como consta del *cap. 3. vers. 9. del Génesis*, á Adán, y del *4. vers. 9. ibid.* á Cain: *Ubi est Abel frater tuus?* Debe sobre esto tenerse presente

Necesidad de dicho término.

la autoridad del P. Marquez citada en el *cap. 6. sec. 4.*

No hay excepcion ninguna en quanto á dicho término.

5 Es esta una regla, que no admite excepcion, porque ni la hay en delitos atrocísimos, como se puede ver en Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 6.* En el c. 17. de la pragmática de 17 de abril de 1774, sobre causas de bullicio ó alboroto, dice el Sr. D. Carlos III.: *es mi voluntad, y mando expresamente, que se instruyan estas causas por las justicias ordinarias segun las reglas de derecho, admitiendo á los reos sus pruebas y legítimas defensas, consultando las sentencias con las salas del crimen ó de corte de sus respectivos distritos, ó con el Consejo, si la gravedad lo exigiese.* Tampoco se admite excepcion con pretextos de ser notorio el delito.

No puede renunciarle el reo.

6 Tan sagrado y tan propio del hombre se considera este derecho, que ni aun queriendo puede perderle, porque no se admite renuncia en las causas, en que puede haber pena corporal, como se puede ver en el *Juic. crim. Cur. Filíp. §. 15. num. 3. y 4. Pract. de Peguera cap. 12. §. 6. num. 5.*

No se oye la defensa del reo sino estando él en la cárcel.

7 Pero la defensa tan privilegiada nunca se oye en Cataluña, sino estando el reo dentro de la cárcel, Amigant *decis. 10. num. 24.*: cita este autor á Cancér y á Fontanella; y prueba esto todo quanto dixe de la necesidad de asegurar el reo y de la citacion real. En todas partes se suele practicar lo mismo por las razones expresadas en el *cap. 9. sec. 1.*

SECCION II.

Del tiempo, que se concede por término de prueba.

1 **E**n el §. 15. del Juic. crim. de la Cur. Fil. nada se dice del tiempo del término probatorio, siendo así, que aquel parece, que es el capítulo, en que correspondiera ponerse esto, que tampoco hallo en otra parte. El Sr. Elizondo *Pract. univ. tom. 1. pagin. 268.* dice, que la causa criminal se recibe á prueba por un breve término con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, citando la ley 2. tit. 1. lib. 8. Rec., en la qual nada veo sobre esta materia. En la ley 2. tit. 10. lib. 4. Rec. leo, que en todos los tribunales del reyno deben guardarse en la prosecucion de las causas criminales los términos y dilaciones, que se guardan en la corte. En la *Instruccion criminal* de Luyando pag. 100. leo, que la causa criminal suele recibirse á prueba por el término de ocho dias, quince ó lo que pareciere: *pues la ley, dice, concede hasta ochenta dias.* Con esto y con no ver, que se ponga derecho particular por la *Curia Filipica* en quanto al juicio criminal por derecho de Castilla, el término de la prueba es el mismo, que el del juicio civil en causas sumarias, con facultad en el juez para limitarle, y no para extenderle, debiendo abreviarse en las causas de gravedad.

2 En Cataluña ya hemos visto, que los términos en la Audiencia son arbitrarios, y en quanto á las causas criminales así lo dice Peguera *Pract. crim. cap. 12.*: en ellas parece, que suele concederse el de diez dias, prorogándose con cau-

En Castilla el término de prueba en causa criminal, es el mismo con la civil.

De dicho término en quanto á Cataluña.

sa : en los tribunales ordinarios en causa criminal el término regular es el mismo. En el epígrafe de la *ordenanza* 195. de las de nuestra Audiencia, se dicen arbitrarios los términos de prueba en causas criminales : dentro solo se dice, que se pueden limitar : y en quanto á esto me remito á lo dicho en el *tit. 2. cap. 7. sec. 1. art. 1. num. 10.*

3 Todo esto es general. En el *cap. 6.* de la instruccion de 22 de julio de 1761 se dice en particular de las causas de contrabando, que han de recibirse á prueba por ocho dias comunes, que no pueden prorogarse sino por causas especiales, y entónces sin exceder un mes, como se ha dicho arriba en el *cap. 12.* En el *cap. 14.* de la *ordenanza* de 7 de mayo de 1775 al preso en leva por vago, ocioso ó malentretenido se le da el término de tres dias para justificar la aplicacion, que alega.

SECCION III.

De la ratificacion de los testigos en el término de prueba.

Los testigos del sumario deben ratificarse en el término de prueba, por qué y cómo.

1 El término de prueba no solo es para presentarse nuevos testigos, sino tambien como dixe en el *cap. 12.*, para ratificarse los que se presentaron en ofensa en la *prévia* informacion sumaria ántes de decretarse y executarse la prision y confesion. Por derecho de Castilla, y por algunas leyes generales del reyno, que luego citaré, deben ratificarse en el término de prueba los tertigos: lo mismo leo de otros reynos. Me persuado, que la razon de esto será, porque, como la prision del reo es la citacion de los juicios criminales hasta

executada ella , ó acusada la contumacia del reo, y aun hasta tomada la confesion por lo que se ha notado en el *cap. 11.*, no puede decirse empezado el juicio; y los testigos presentados ántes, que declaran en el sumario, deben considerarse como extrajudiciales en algun modo, y que no merecen la fe que los judiciales: por lo ménos son presentados sin inteligencia ni intervencion del reo, siendo necesaria la de los litigantes en todos los actos legítimos, ó regulares del juicio, como se dixo en el *capit. 2. tit. 1.* En el *Juic. crim.* de la *Cur. Filip.* §. 15. *num. 2. 3. y 5.*, citándose varios autores extrangeros y regnicolas, se trae esta práctica de la ratificacion de los testigos en el término de prueba, como general en Castilla y en otros reynos, diciéndose que al testigo en la ratificacion se le ha de leer y mostrar primero el dicho, que dixo en la sumaria, pudiéndolo pedir el que declara, y debiéndolo mandar así el juez. Con todo dice, que en el santo oficio de la inquisicion no se lee, ni se muestra al testigo su primer dicho, y que Baldo dice, que se habia de observar así en los demas tribunales, para que mejor se sepa la verdad: esta práctica parece dura á Paz por la fragilidad de la memoria.

2 En causas de contrabando está mandado generalmente por el *cap. 7.* de la instruccion de 22 de julio de 1761, que en el término de prueba se han de ratificar con citacion los testigos de la sumaria, y aun los córreos, en lo que por sus declaraciones resulte contra otros.

3 En el *art. 22. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se manda, que en causa militar el sargento mayor despues de tomada la deposicion al reo ha de volver á convocar los testigos en su casa y los peritos, que hubieren declarado segun la clase del delito para

De lo mismo en quanto á causas de contrabando.

y en quanto á las de los militares.

el cuerpo de él; y tomándoles nuevamente el juramento les ha de hacer leer sus declaraciones, por si tienen que quitar ó añadir, lo qual dice el artículo podran executar, y que el sargento mayor ha de hacer rayar por debaxo aquello en que se retraten, y aumentar lo que añadan.

De los testigos de abono en caso de haber muerto el que declaró.

4 Como muchas veces, despues de formado el sumario ántes de llegar el tiempo de la ratificacion, pueden y suelen haber faltado algunos testigos por muerte ó por ausencia, haciéndose en el primer caso imposible, y en el segundo dificultosa y embarazosa la ratificacion, por esto, y porque seria injusto, que por la falta de esta formalidad, mereciendo por otra parte fe y crédito el testigo difunto ó ausente, se dexase de castigar un delito conocido y averiguado, se habrá introducido el medio del abono, que ya dixé debia mandarse. Se reduce esta diligencia, segun parece de Salazar *Segunda parte del Juicio ordinario p. 179. hasta la 183.*, á presentarse testigos, que declaren, haber conocido y conocer de vista y trato al testigo difunto ó ausente; que le han tenido y reputado por buen christiano, temeroso de Dios y de la justicia, de toda verdad y realidad, habiendo visto siempre, que á sus dichos y declaraciones se les ha dado y da entera fe y crédito en juicio y fuera de él, sin haber oido cosa en contrario, y que por esto tienen por cierto, que en la declaracion, que hizo, diria la verdad.

En Cataluña no se ratifican los testigos en plenario.

5 En Cataluña á excepcion de las causas de contrabando y de militares, en que las leyes posteriores y generales han derogado en quanto á ellas el derecho de la *Nueva Planta* de 1716, no se ratifican los testigos en plenario, como consta de todos nuestros autores, y entre estos de Amigant *decis. 10. num. 66.* al fin: se funda esto en estilo

antiquísimo, y práctica apoyada en la celeridad, que se necesita en el despacho en causas criminales, y en las formalidades y cuidado, con que se reciben las deposiciones de los testigos, que siempre ha de ser muy grande, y mayor no habiendo despues ratificacion. Consta dicho estilo de la *constitution 2. de Testimonis*, y que, á pesar de que en cortes se pidió la ratificacion de testigos en plenario no condescendió S. M.

SECCION III.

Del modo, con que han de presentarse los testigos en el término de prueba.

1 Supuesta aquí en todo ciudadano la obligacion de declarar la verdad de lo que fuere preguntado, y remitiéndome á lo dicho sobre esto en el *Juic. Civil. tit. 2. cap. 7. sec. 1. art. 2.*, si hay indicios, de que para ocultar al reo no dice la verdad el testigo, se le apremia en algunas partes poniéndole en cuestión de tormento. Calderó *decis. 14. num. 39. y 40.* dice, que con multa ó cárcel á arbitrio del juez se obliga á los testigos en Cataluña á declarar, y que se dan dichos apremios, quando es verisimil, que ocultan en los casos, en que en otras partes corresponde el tormento. Cortiada en la *decis. 172. num. 36.* dice, que en causas criminales se apremian en Cataluña á declarar los testigos, contra quienes hay sospecha de ocultar la verdad, con cárcel, ó con cadena dentro de la cárcel: en los números 41. y 42. *decision 14.* de Calderó se dice, que los testigos, que estan ya dentro de la cárcel, se apremian, poniéndolos en reclusion mas estrecha, ó aprisionándolos con cadena, haciéndose lo

Necesidad de declarar los testigos, y del apremio en caso que se resistan.

mismo para el careo: *num. 64. ibid.* dice el mismo autor, que el testigo, si á pesar de los apremios no declara, purga la preuncion, que hay contra él. Desde el *num. 43. hasta el 69.* trata, de que muchos autores traen varios casos; en que por derecho comun se puede sujetar á los testigos á la qüestion de tormento, habiendo, como se supone, indicios de que ocultan la verdad: pero por práctica de esta provincia, dice en el *num. 61.*, que de ninguna manera se hace esto, citando á Peguera, é interpretando con él la *const. única de Torments* en términos, que solo tiene lugar con los testigos reos, que se pueden preguntar y atormentar, para que descubran los cómplices, en el modo, que se dirá luego. De esta decision consta, que por inconcusa observancia de la Audiencia de Cataluña no se ponen en tormento los testigos, no habiendo de esta regla sino la excepcion indicada de los cómplices del delito, los quales, como testigos contra los córreos, se ponen en tormento despues de proferida la sentencia de muerte *in capita sociorum*, en conformidad á la *ley 29. Dig. de Poenis*: entónces no solo se pregunta al reo, para que declare sobre el delito, por el qual padece la muerte, sino tambien sobre los otros, de que quedan indiciados los cómplices. Una vez puesto en qüestion de tormento parece esto regular. Lo mismo puede inferirse de Peguera en la *Pract. crim. cap. 12. §. 5. num. 26.*

2 Por lo que respecta á Castilla en la *Cur. Fil. Juic. crim. §. 16. num. 4.* se lee lo siguiente: *en los mismos delitos, en que se puede dar tormento al delinqüente, en los mismos se puede, y ha de dar al testigo, que en ellos fuere vario en sus dichos, ó que negare la verdad, ó no la dixere, habiendo contra él*

presuncion de que la sabe, no siendo de las personas, á quien no se puede dar tormento, segun una ley de Partida y su glosa gregoriana. Prueba esto la ley 8. tit. 30. part. 7., que ya cita dicho autor.

3 En el cap. 20. sec. 8. art. 1. veremos, que en el dia se usa ya muy pocas veces en los tribunales de España del tormento: á los menores de catorce años, que ocultan y se resisten á decir lo que saben, ó quando hay sospecha que lo hacen, se les mortifica de algun modo con moderacion, para que depongan lo que supieren para los efectos, que haya lugar, ó que puede obrar su declaracion, ley 7. tit. 31. part. 7.

4 De la regla y obligacion, general en todos de declarar la verdad, se exceptuan en quanto á las causas criminales las personas interesadas ó estrechadas con vínculo de sangre ó afinidad con el reo: por esto segun las leyes 6. Cod. de Test., 4. y 5. Dig. de Testib. no se obliga á nadie á declarar contra su suegro, yerno, padastro, entenado, sobrino ó sobrina, hijo ó hija de estos, con los quales se llega hasta al tercer grado, segun Píclér de Testib. cogen., ni contra los mas cercanos con vínculo de sangre ó afinidad, ó ya se estableciese esto con la ley Julia ó Papia, ó con la Julia de Juicios Públicos, sobre lo que parece, que hay alguna diversidad de opiniones, como se puede ver en Heineccio Elem. iur. secund. ord. pand. part. 4. §. 141. y en el comentario del mismo á la ley Julia y Papia II. 17. p. 309. Venga este derecho de donde viniere está él generalmente recibido en todas partes; y solo puede haber ó hay diferencia en quanto á los grados de consanguinidad y afinidad, á que se extiende la excepcion.

5 En la ley 11. tit. 16. part. 3. se previene,

Excepcion de la regla de declarar á favor de los parientes, y quienes se comprenden en la excepcion.

que los de línea recta no pueden ser apremiados á declarar contra sus parientes, ni los de línea transversal hasta el quarto grado, ni el yerno contra el suegro, ni el antenado contra su padastro, ni recíprocamente el suegro y padastro contra el yerno y el antenado.

Excepcion de dicha excepcion en delitos de difi- cil prueba.

6 En la *decis.* 17. de Calderó y en Peguera *Pract. crim. cap.* 12. §. 2. puede verse la misma excepcion, y que no tiene ella lugar en los delitos de difi- cil prueba, en que no se puede averiguar la verdad de los hechos, sino por medio de dichas personas, admitiéndose tambien en estos casos á los domésticos, *num.* 1. hasta el 9.

7 En estos mismos autores puede verse, que se ha de proceder en esto con mucho miramiento, aun en los casos de difi- cil averiguacion, compe- liendo únicamente á los parientes, quando por medio de otros no pueda adquirirse el conocimiento de la verdad.

No debe oirse el parent. que voluntaria- mente quiere declarar.

8 En la decision citada se lee, que no solo no se ha de precisar á nadie á declarar contra pariente, sino que ni aun se ha de admitir la declara- cion de él, que voluntariamente quisiere hacerla.

No deben de- clarar las per- sonas obliga- das al secreto natural.

9 Igualmente justo parece, que se eximan de la obligacion de declarar las personas, que solo tienen noticia de las cosas con secreto natural, ó que estan obligadas á él, como abogados, médi- cos, cirujanos, parteras y otras, á quienes no pu- dieran las leyes del derecho natural y divino im- poner el silencio, que les imponen, si de otro modo se les obligase á revelar, *ley 9. tit. 6. part. 3.*

Excepcion en caso de haberse de seguir gravísi- mo perjuicio.

10 La exención de declarar, y de guardar el secreto, que tienen las personas referidas, cesa en los casos, en que de la ocultacion se hubiese de seguir algun gravísimo perjuicio al público ó al

particular, como por exemplo, si no se manifestase una conjuracion tramada contra el estado ó el príncipe, ó el proyecto ó atentado de la muerte de un inocente: se puede colegir esta excepcion del *capit. 18. de Iurjurando* y de Santo Thomas *Sec. sec. quaest. 70. art. 1. ad 2.*

11 El testigo debe ser citado y jurado, Calderó *decis. 7. num. 18.*: sobre todo esto me remito al juicio civil.

12 Tambien me remito á él en quanto á la obligacion del secreto en orden á lo que se declara por el testigo, y á la *ley 9. tit. 17. part. 3.*, en la qual se previene el juramento, que han de prestar los testigos en causa criminal de no revelar lo que declaran.

13 Ya se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 2.* y en el *3. tit. 2. cap. 7. sec. 1.*, que en el juicio criminal los testigos deben examinarse por el juez de la causa: y lo que de allí consta, que en las civiles árduas debe hacerse esta diligencia por el juez, prueba que mucho mas corresponde en las criminales. En estas el juez es el que ha de preguntar, ó examinar al testigo sobre todas las circunstancias de las causas, de las personas, lugar, tiempo, vistas, oídas, ciencia, credulidad, fama y certidumbre, *cap. 37. de Testib.* Es digna de tenerse en esto presente la discreta sentencia de Adriano, del qual se refiere en la *ley 3. §. 3. Dig. de Testib.*, haber dicho al Procónsul de Macedonia, *testibus se non testimoniis crediturum.* Confirma lo mismo la *ley 10. §. 5. Dig. de Quaest.* Esta obligacion de los jueces, en haber de tomar las declaraciones de los testigos en causas criminales y civiles árduas de gravedad, consta tambien de la *ley 28. tit. 6. lib. 3. Reco.*, y se renueva, como repetidamente mandada

El testigo debe ser citado y jurado.

Debe guardar el secreto de lo que se le pregunte.

Ha de ser examinado por el mismo juez.

en el *cap. 5. y 75.* de la instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788.

14 En quanto á Cataluña consta la práctica, conforme á dichas leyes romanas, y á las de Castilla, de Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 2.*

15 No solo debe exâminar el juez los testigos de ofensa, sino tambien los de defensa, Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 7.:* del mismo §. y de Perez en sus comentarios al título *de Testib. num. 21.* consta, que ocurriendo dificultad puede hacerse por el juez de la causa comision, á fin de que otro juez reciba las declaraciones de los testigos.

y con separacion de los otros testigos.

16 Los testigos, tanto en ofensa como en defensa, se han de exâminar de uno en uno, porque el hacerse, juntándolos á todos ó á muchos, está ocasionado á confusion y á muchos desórdenes, *cap. 37. de Testib., ley 9. tit. 17. part. 3.:* en esto así en causa civil como en criminal están conformes todos los autores.

Debe jurar, que dirá verdad, expresando nombre, apellido, profesion y patria.

17 Sobre el modo de declarar, prestando juramento de verdad, con expresion de nombre, apellido, edad, profesion y patria, debe tenerse aquí por repetido lo dicho en el juicio civil.

Debe dar razon de su dicho.

18 En causa criminal se dice, que los testigos han de dar razon de sus dichos, por haber percibido con sentido corpóral lo que declaran. Así lo dicen comunmente los autores, y entre estos Hevia en la *Cur. Filip. Juic. crim. §. 15. num. 12. y 13.*, diciendo, que no valen los dichos de los testigos en ofensa, sino dieren causa y razon, y que no se necesita de esta circunstancia en los de defensa: esta siempre es mas privilegiada. Allí mismo se dice, que no solo han de ser preguntados los testigos de la ciencia del hecho, sino tambien de las circunstancias de él, como si se hizo de noche, si

habia luz , con qué instrumentos se hizo , y cosas semejantes. Calderó en la *decis. 7. num. 42. hasta el 54.* dice lo mismo , que en las causas criminales los testigos de ofensa han de dar razon de ciencia, reducida á uno de los cinco sentidos , de vista, oído, gusto, olfato ó tacto. Cita el *cap. 37. de Testib.* y á muchos autores. Que el testigo de defensa no debe dar razon de ciencia, para que valga su dicho, con tal que no dexen de darla si se les pregunta, lo trae tambien *Cancér de Testib. num. 19. hasta el 24.*

19 En quanto á la especificacion de lo que depone los testigos parece estar recibido, que basta el que declaren el mes ó el dia sin individualizar el dia del mes , ni la hora del dia , quando no hay sobre esto duda ó dificultad substancial, Amigánt *decis. 27. num. 4.:* y así parece haberlo aprobado nuestra Audiencia. En las causas criminales se dice *ibid. num. 8.* , que á diferencia de las civiles se ha de individualizar el lugar, sin hacer de otro modo fe la deposicion.

20 Lo que conviene advertir es , que, quando se toman las declaraciones de los testigos en ofensa , se ponga , no solo lo que dicen contra el reo, sino tambien lo favorable. Así se mandó en Cataluña con la *const. 2. de Testim. y 12. de Notaris* con gravísimas penas , y que lo que se declare se ponga palabra por palabra del modo , que lo dixeren los testigos , Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 2. num. 8.* Algunos se han opuesto á esto , como que la defensa es propia del reo, y que á él toca despues presentar al mismo ó á otro testigo para lo que pueda servir: pero para mí es esta muy mala jurisprudencia , dirigida únicamente á oprimir la inocencia del pobre reo, que puede ignorar la

Debe individualizar e lugar del delito, y las circunstancias, que pueda.

En la declaracion debe poner tambien el escribano todo lo que diga el testigo presentado contra el reo, aunque sea relativo á defensa.

circunstancia indicada, ó que la pueda declarar aquel testigo. El juez no ha de buscar, ni querer, sino la verdad: ésta debe escribirse con todas circunstancias, sea contraria ó favorable al reo.

El testigo debe firmar su deposicion.

21 La declaracion debe firmarla el testigo por sí, ó por medio de otro sino supiere él escribir. Así se mandó en esta provincia con la *const. 2. de Testimonis*, y que se lea toda la declaracion al testigo para subscribirla, como dicen Calderó *decis. 7. num. 54. y 55.* y Peguera *Pract. crim. cap. 12. §. 2. num. 6.* En el *art. 20. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* tambien se dice, que en los procesos de los militares ha de firmar el testigo, ó señalar su declaracion con una cruz el que no supiere escribir. Las leyes, citadas en el *tit. 2. cap. 7. sec. 1. art. 2.* al hablar de que el testigo en causa civil ha de firmar su deposicion, prueban lo mismo en quanto á la criminal.

Pueden presentarse todos los testigos que se quieren.

Del careo de los testigos con el reo por derecho romano.

22 De Fontanella en la *decis. 362.* consta, que en las causas criminales ni el acusador ni el reo tienen limitado el número de los testigos.

23 En orden á si los testigos se han de carear con los reos ha habido diferentes opiniones. Entre los romanos parece, como consta, entre otros lugares del *cap. 25. vers. 16. De los hechos de los Apóstoles*, que se examinaban antiguamente los testigos en presencia del acusado, por parte del qual, y recíprocamente por el acusador, se hacian preguntas y reconvençiones correspondientes al cargo y á la defensa del reo: y no tiene duda, que esto en algun modo parece natural, justo y conducente para la averiguacion de los hechos, haciéndose advertir equivocaciones á los testigos, ó demostrando su falsedad con las reconvençiones. En el

dia está esto en uso en pocas partes. En Inglaterra parece que se estila aun.

24 En quanto á Castilla puede verse lo dicho en el *cap. 11. sec. 3. y 4*: y en quanto á Cataluña no solo no se practica este careo, como de allí consta, sino que aun las antepreguntas ó repreguntas (que en el *tit. 2. cap. 4. sec. 3.* hemos visto hacerse á los testigos en causa civil, y que es un suplemento del careo antiguo de reos y testigos) no se admiten en causas criminales, Amigánt *Complatio Practicallis tit. 13. num. 16.*: Calderó *dec. 8. num. 13.* dice, que por práctica comun no se hacen dichas antepreguntas á los testigos en Cataluña, ni por parte del fiscal, ni por parte del reo: pero añade, que se da lugar á ellas, quando los testigos de defensa deponen sobre proposicion coartada y opuesta á la prueba del fiscal.

25 Del careo de testigo y reo, para asegurar la identidad de él, ya se ha hablado en el *cap. 10. sec. 4.*

26 Mas duro aun, que lo dicho de no carearse reos y testigos, y de no darse lugar á las repreguntas, es en esta provincia lo de los testigos, que llaman de *coartada*, esto es quando el reo en su defensa se funda en negativa coartada, que así la llama Hevia en la *Curia Filipica Juic. crim. §. 15. num. 20.* en el caso, en que la defensa se reduce á decir, que en el tiempo, en que se cometió el delito, estaba el reo en otro lugar, de suerte que no se pudo hallar en él en que se cometió. Calderó *decis. 8. num. 1. hasta el 44.* trata de esta coartada y algo confuso, enredándolo con reglas, preceptos y reflexiones. Parece, segun lo que puedo concebir, y oí á un magistrado muy instruido, que siempre, que la proposicion de de-

De lo mismo en quanto á derecho de Castilla y Cataluña.

Del careo en caso de darse de la identidad.

De la práctica de Cataluña en quanto á testigos sobre proposicion coartada.

fensa está coartada á lugar, tiempo y circunstancias, de modo, que no sea compatible lo que quiere probar el reo con dicha coartada con lo que tiene probado el fiscal, los testigos, que quiere presentar la parte para justificar dicha proposicion, han de entrar en la cárcel, porque la probanza, que hay contra el reo, y que obliga á ponerle preso, está todo contra el testigo, y obra la presuncion, de que declarará falsamente, queriendo por esto mismo prevenirse, y asegurar el juez al testigo para la pena merecida, en caso, que segun lo que resulte se verifiquen sus rezelos y presuncion.

27 Amigánt en la *decis.* 58. n. 17. trae exemplo de haberse declarado por el Juez de Competencias, que un regular no podia declarar sobre coartada sin entrar en la cárcel: tanta es la presuncion, que se da en el caso dicho contra el testigo en Cataluña: pero me parece esto demasiada severidad, y que la presuncion, que tiene á su favor un regular y un secular eclesiástico, debe contrapesar la que generalmente hay contra los que van á declarar sobre proposicion coartada.

CAPÍTULO XIII.

Del término de prueba con relacion á las tachas de los testigos.

Del término para probar las tachas de los testigos.

No hallo sobre esto cosa particular: pero parece, que si el acusador ó el fiscal tiene tachas, que oponer contra los testigos presentados en el término de prueba, ya por lo que se ha dicho en el juicio civil sobre término para esto señaladamente concedido, ya por lo sentado en el *cap.* 12., debe

concederse uno breve y proporcionado: contra las de los testigos del sumario, que son regularmente los principales, en que se funda el cargo, ya puede haberse justificado todo lo conveniente en el término de prueba.

CAPÍTULO XV.

Del término con relacion á la prueba á vista de ojos.

1 **C**alderó en la *dec. 77.* trata de la prueba á vista de ojos en causa criminal: dice en el *n. 32.*, que está introducido por práctica, que si se ha de nombrar tercero cada una de las partes dé al juez reservadamente una lista de los peritos, que recusa, y que no recusa, y que el juez elija alguno, que no se halle recusado por una parte ni por otra: estan allí todos los procedimientos y formalidades de dicha prueba, quando se pide, diciendo por exemplo el reo, que lo que declaran los testigos haber oído, no pudo ser por la distancia ú otra cosa semejante. Amigánt *decis. 27. num. 66. hasta el 73.*, citando á Fontanella, dice que los jueces han de ir con mucho cuidado en conceder esta especie de prueba en causa criminal, porque suelen pedirla los reos para diferir el castigo: trae un exemplar de haberse negado. Con todo ella es prueba privilegiada; y sobre esto y lo demas puede tenerse presente lo dicho en el *tit. 2. cap. 7. sec. 2.* Fontanella habla de prueba á vista de ojos en causa civil ó en general. Amigánt se vale de la misma regla para causas criminales. La diligencia de la lista se estila tambien en las causas civiles; y me olvidé de advertirlo en su lugar: es muy oportuna y de grande satisfaccion

De la práctica de Cataluña en quanto á nombramiento de tercero expresando las partes los que quieren y no quieren.

para las partes: lo demas, que aquí falte en quanto á esta prueba, puede hallarse en dicha *sec. 2.*

CAPÍTULO XVI.

De los términos de prueba con relacion á instrumentos y á juramento.

Nada se me ofrece que decir en quanto á estos dos términos de prueba, sino referirme á lo dicho en el juicio civil, que puede adaptarse al criminal en quanto lo exijan, y proporcionen las circunstancias.

CAPÍTULO XVII.

De los procedimientos de despues de fenecidos los términos probatorios hasta la sentencia.

Práctica antigua de Castilla en los procedimientos despues del término de prueba.

Despues de fenecido el término de prueba, ó de renunciado en los casos, en que puede renunciarse, el juez, dice la *Curia Filip. Juic. crim. §. 15. num. 4.*, manda hacer publicacion, y las partes. . . concluyen definitivamente, y el juez ha la causa por conclusa, y manda citar las partes para sentencia, y se citan, y así se concluye la causa, y se practica. En el num. 1. del §. 16. *ibid.* se dice: despues de hecha la publicacion el acusador alega de bien probado, y, si lo está pide se condene al reo definitivamente, y si no lo está pide se le dé tormento, de que se da traslado al reo, y se concluye la causa, y conclusa, constando de ella, que no hay plena probanza, para condenar en la pena ordinaria del delito, sino otra menor suficiente para dar tormento en caso y contra persona, que se puede dar, el juez puede y debe man-

dar darle, ora proceda de oficio, ora á pedimento de parte, ora se pida por ella ó no se pida, porque ántes de este tiempo no puede constar legítimamente de los méritos de la causa.

2 Con esto segun derecho de Castilla despues de los términos probatorios corresponde de un modo semejante á lo que se ha dicho en el juicio civil la publicacion de probanzas, el pedimento de bien probado, la conclusion en causa, y el señalamiento de día y la citacion para la sentencia: por lo ménos éste era el concepto, con que se opinaba, y conforme á él se procedía en tiempo de Hevia Bolaños, segun parece de lo que acabo de copiar. No creo que hubiese entónces ni haya ahora en la legislacion leyes particulares, que determinadamente prescriban el órden, que se ha de seguir en causas criminales despues de presentados los testigos y hechas las probanzas en los términos probatorios, como tampoco las hay en quanto al tiempo del mismo término de prueba segun se ha dicho en la seccion 2. capítulo 13.

3 De aquí naceria, que magistrados y autores acomodasen del juicio civil al criminal lo que he dicho de publicacion de probanzas, traslado, escrito de bien probado, conclusion, señalamiento de día y citacion para la sentencia, considerando por otra parte necesario ó conducente, y no muy largo, el que el reo siquiera una vez pueda ver lo que resulta de las probanzas hechas en el término de prueba para alegar en su defensa, y pedir recíprocamente el fiscal lo que corresponda mediante un traslado: pero ya se ha visto en el cap. 12. el estilo de estos tiempos del todo contrario sin hacerse en ninguna parte publicacion de probanzas, sin concederse traslado, ni escrito, ni concluirse en causa,

Razon de dicha práctica, y variacion de estos tiempos.

proporcionándose solamente en los tribunales colegiados el traslado por un breve término para instruirse el abogado.

Si en el término de prueba se han presentado nuevos testigos contra el reo deben publicarse.

4 Tenemos prevenido ya en el *cap. 12.*, y debe tenerse presente en este lugar, que, si en el término de prueba se han presentado testigos contra el reo, deben publicarse: esto parece necesario para la natural defensa: y por otra parte, sino hay leyes posteriores, como no parece haberlas, que deroguen expresamente el modo de opinar, y el estilo de proceder del tiempo de Hevia Bolaños, parece muy fundada la necesidad indicada de publicar dichos testigos en las mismas leyes y real derecho.

5 Despues de escrito esto advierto, que lo copiado *num. 1.* de la *Cur. Fil.* será relativo á causas, en que haya acusador, porque en la misma *§. 14. num. 2.* veo, que en las de oficio se supone admitirse la causa á prueba con cargo de publicación y conclusion, sin mas orden de juicio, citándose para esto las *leyes 2. y 3. tit. 1. lib. 8. Rec.*: ni en estas ni en otras hallo tal cosa: ni entiendo, que entre unas causas y otras haya mas diferencia substancial, que la de que en las de oficio el fiscal debe hacer en quanto á lo que se trata lo que antiguamente correspondia al acusador. Como quiera que sea queda dicho ya en su lugar el estilo de estos tiempos en la corte, y que la *ley 2. tit. 10. lib. 4. Rec.* le extiende á todo el reyno.

CAPÍTULO XVIII.

De la vista, informes, alegatos y dudas.

De informes y alegatos.

1 **E**N quanto á este punto no tengo que decir sino referirme al juicio civil.

CAPÍTULO XVIII.

De las probanzas.

SECCION I.

De las probanzas en general, y de si la semiplena basta para aplicar pena extraordinaria.

1 Aunque siguiendo todos los trámites del juicio hasta el punto de proferir la sentencia pudiera parecer, que debía tratarse aquí del tormento, como diligencia prévia, con todo, como se da él algunas veces despues de la sentencia y en consecuencia de ella, para que descubra los cómplices el reo, que ya está condenado, quando consta de autos que los tuvo, y como por otra parte para decretar la tortura debe haber probanza, y se han de mirar con el mayor cuidado sus quilates tanto como para hacer la sentencia definitiva, hablaré primero de la qualidad, mérito, quilate y cotejo, que resulta de cada una de las probanzas, que se hacen en los términos de prueba y en el curso del proceso desde el principio hasta su conclusion, para que, así como al tiempo de llegar á la sentencia en el juicio civil se ha tenido previamente este conocimiento necesario, no falte tampoco en el criminal en el tiempo de aplicar un medio y apremio, que puede considerarse tan grave como el fin ó la sentencia.

2 Todo quanto dixe en el juicio civil sobre probanzas en general y en particular debe tenerse aquí presente, porque tiene tambien lugar en este juicio; y aquí solo añadiré lo que corresponde como propio del criminal. En el art. 27. de nuestra Nueva Planta de 16 de enero de 1716 mandó el Sr. D. Fe-

Razon porque aqui se trata de las probanzas.

De las probanzas en general, y órden para la graduacion de ellas en Cataluña.

lipo V. lo siguiente: *se impondrán las penas, y se estimarán las probanzas segun las constituciones y práctica, que habia ántes en Cataluña.* Conforme está con esto la ordenanza 205. de las de nuestra Audiencia.

Para condenar al reo se necesita de probanza plena.

3 Supuesta del tit. 2. cap. 10. sec. 1. la division de probanza en plena y semiplena, y la subdivision de ésta en semiplena mayor y menor, digo, que para condenar á un reo ha de quedar justificada plena probanza. Para fundar el voto á muerte, dice el art. 55. tit. 5. trat. 8. Ord. mil., *debe tener presente todo juez, que ha de haber concluyente prueba de delito en el caso de no estar el reo confeso.* Todo quanto se ha dicho en el juicio civil sobre la necesidad de probanza plena para condenar al reo confirma lo mismo en el criminal: y parece, que las graves razones, en que se funda esta doctrina, deberian convencer, que ninguna pena debe ser aplicada sin constar plenamente del delito: con todo, aunque se tiene esto por cierto en orden á la pena ordinaria del delito, está bastante autorizada la opinion, de que con semiplena mayor puede aplicarse la extraordinaria, como se verá despues.

4 La prueba, que no pasa de semiplena, no basta para aplicar ninguna pena, ni ordinaria ni extraordinaria, como se puede ver en la *decis. 50. de Amigant*, permitiéndose allí la extraordinaria, quando hay indicios ó adminículos, que coadyuven la semiplena. La dificultad, que hay aun en quanto á que la semiplena mayor baste para aplicar la extraordinaria, como luego se verá, hace evidencia, de que, no llegando la prueba á ser mayor de semiplena, no puede aplicarse pena ninguna.

Excepcion de dicha regla

5 De esta regla, que acabo de sentar, solo hallo una excepcion en el *art. 21. tit. 10. trat. 8.*

Ord. mil. En él se dice, que quando se trata de soldado, que, procurándole contener algún oficial en un desórden, le maltratare de obra con arma de qualquier especie, la sola queja del oficial, quedando éste responsable en su honor y conciencia, ha de ser bastante para condenar al reo á muerte, y aun en el caso de haber un testigo, que deponga lo contrario: solo se dice, que si hubiere dos de vista imparciales y de satisfaccion, que den por incierta la queja, han de ser preferidos los dos: pero esto es de un derecho particularísimo, y por la subordinacion y disciplina militar. Fuera de este caso la semiplena nunca puede bastar para aplicacion de pena.

en un delito
militar.

6 Quando la probanza pasa de semiplena, y resulta semiplena mayor, quieren algunos, que se ha de aplicar la pena extraordinaria. En el *Juic. crim. de la Cur. Fil. §. 15. num. 18.* se lee lo siguiente: *Aunque haya un testigo de vista con semiplena probanza de diverso género, ó dos semiplenas probanzas de ello en causas criminales, no es bastante para condenar en la pena ordinaria. Y lo mismo se entiende de otros indicios ó presunciones: y así por ellos, siendo justificados para poderse dar tormento, se ha de dar. Y, no se pudiendo dar segun el caso ó calidad de personas, se ha de imponer menor pena de la ordinaria, arbitraria, conforme á la culpa, segun Antonio Gomez.* En Cataluña se ha seguido constantemente la misma opinion. Cortiada *decis. 92. num. 27.* dice, que, quando no consta plenamente del homicidio, se aplica la pena extraordinaria, trayendo muchos exemplares: lo mismo en la *decision 95. num. 34.*: *Xammar de Offic. iudic. part. 1. quaest. 6. num. 20. hasta el 35.* trata de esta cuestión sin traer cosa particular: dice que está dicha opinion comun-

Opinion
de muchos en
quanto á apli-
car pena ex-
traordinaria
en caso de
prueba semi-
plena mayor.

mente recibida por autores y tribunales, y que si se admitiese la contraria, no juzgándolo él conveniente, quedarían sin castigo casi todos los delitos. En el *art. 48. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* se dice, que en delitos, que no tienen pena capital, ó en los que la tienen, si no hay medias pruebas, se ha de dar pena arbitraria. Deberá entenderse esto, quando pasan las medias pruebas á semiplena mayor, verificándose entónces, que no hay solo medias pruebas.

*Argumentos
fuertes contra
dicha opinion.*

7 Son muchos, y que casi no tienen salida los argumentos, que pueden hacerse á favor de la sentencia opuesta, si no se limita la referida en el modo, que diré luego. Las reglas generales del derecho son, que no constando del derecho del actor debe ser absuelto el reo; que mejor es dexar sin castigo al culpado, que castigar al inocente; y que en caso de duda se ha de favorecer al reo. ¿Si en una causa civil, en que se trata no mas, que de interes pecuniario, goza el reo del derecho de no poder ser condenado á la miserable cantidad de doce ó catorce pesos no constando plenamente del cargo contra él, porque no se ha de verificar lo mismo en el caso de una causa criminal, en que se trata de la libertad civil, del honor, de la estimacion, de dolores, de penas afflictivas y de muerte? Además para aplicar esta pena extraordinaria, mayormente resistiéndola todos los principios de derecho referidos, que ciertamente estan fundados en una equidad natural, habria de haber alguna ley determinada, que diese á los magistrados facultad para aplicarla: y no tengo noticia de semejante ley á excepcion de la que he citado en quanto á militares: ni veo, que citen ninguna los autores de dicha opinion: yo creeré,

que ella se ha ido introduciendo por mala aplicacion de una sentencia verdadera.

8 En esta materia deben distinguirse dos especies de delitos : ó consisten estos en un solo hecho indivisible sin partes , que le integren , ó antecedentes , que le han ido preparando , ó no : en el primer caso , como quando se trataba de si Milon mató á Clodio , me parece evidente , que , no constando plenamente al juez del homicida , no tiene lugar la pena extraordinaria por las razones dichas. En el segundo sucede muchas veces , que tenga el delito algunos antecedentes criminales , como alguna accion torpe , ó desobediencia al juez , que mandó no ir á alguna parte , quando se habla de adulterio , ó de alguna accion turbativa de quietud y reposo público , quando se habla de hurto : en esta especie de delitos , quando quedan plenamente probados los antecedentes , reprehensibles ya y criminales en sí mismos , y no llega á quedar plenamente probado el delito principal del hurto ó adulterio , es justísimo aplicar pena extraordinaria por el delito principal : la qual viene á ser la ordinaria de los antecedentes , que ya son delitos. De aquí creeré , que se fué autorizando la opinion de aplicar pena extraordinaria en caso de no estar plenamente probado el delito , aludiendo ó refiriéndose los autores á dichos casos , y que , despues de sentado y autorizado el principio , no se ha distinguido de casos por algunos escritores.

9 Lo que parece digno de advertirse es , que á quien no parezca , que debe ceñirse la opinion referida á los casos , en que queden plenamente probados antecedentes criminales del delito , ya que el efecto de la probanza semiplena mayor está resistida por todos los principios de derecho,

Dichas opiniones parece pueden conciliarse con una distincion.

No admitiéndose dicha distincion la semiplena debe ser muy cumplida para aplicar la

pena extraordinaria.

no parece justo admitirla, sino quando es muy cumplida, de manera, que apenas falte sino algun quillate de prueba, y en términos, que solo parezca echarse menos la confesión del reo: ¿pues si tanto como esto se necesita segun el rescripto de Adriano, ley 1. §. 1, *Dig. de Quæst.*, para sujetar un esclavo al tormento, que no se aplica aun como pena, sino como apremio para la averiguación de la verdad, quanto más deberá necesitarse, para que se aplique alguna pena? Debe tenerse bien presente la sabia ley 26. tit. 1. part. 7. y sus palabras: *La persona del ome, dice, es la mas noble cosa del mundo: e por ende decimos, que todo judgador, que oviere á conocer de tal pleyto, sobre que pudiese venir muerte, ó perdimiento de miembro, que debe poner guarda muy afincadamente, que las pruebas, que recibiere sobre tal pleyto, sean leales e verdaderas, e sin ninguna sospecha, e que los dichos, e las palabras, que dixeren firmando, sean ciertas e claras como la luz, de modo, que non pueda venir dubda ninguna.*

SECCION II.

De la prueba ordinaria y privilegiada, y de la qualidad de prueba, que de ambas resulta.

Qual es la prueba ordinaria, qual la privilegiada.

La plena prueba debe subdividirse, quando se trata de materia criminal, en ordinaria y privilegiada. La ordinaria se entenderá la que en el juicio civil se llama plena probanza, como confesion del reo, instrumento público, y especialmente la de los dos testigos sin tacha, ni excepcion, conformes en declarar algun hecho: porque éste es el modo

ordinario y regular de justificarle: prueba privilegiada se entenderá la que se funda en indicios ó testigos singulares: tres testigos, de los cuales cada uno deponga de su hecho, concurriendo varias presunciones bastan algunas veces para aplicar la pena al reo: otras veces con indicios solos puede condenarse: á estas dos especies pueden reducirse las pruebas privilegiadas: yá ellas me parece, que las reduce la pragmática del 28 de abril de 1757 sobre desafios, diciéndose en ella, que puede probarse dicho delito con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera que las probanzas sean tan privilegiadas, como en delitos de lesa magestad.

2 En el mismo tiempo de hablar de la plena prueba en el juicio civil dixe, que de diferentes especies de probanza, presunciones y adminículos reunidos y combinados puede formarse una especie de plena prueba, dependiendo esto del arbitrio del juez: y parece, que esta prueba, que llamamos privilegiada, puede comprehenderse ya en la ordinaria, de que tratamos allí: pero, como rarísima vez, ó casi nunca sucede en materia civil, que puedan reunirse los indicios y testigos singulares para el grande efecto de formar ellos solos ó combinados entre sí plena prueba, y como el orden regular de probanzas es el de testigos, instrumentos ó confesion de la parte, por estos dos motivos se habrá dado á la plena prueba, de que hablamos ahora, el nombre de privilegiada, y no en el sentido, de que menor prueba baste para condenar al reo.

3 A dar á la reunion de indicios y testigos, de que hablamos, el efecto de plena prueba muchas veces en materia criminal, habrá precisado la naturaleza del asunto y la vindicta pública: pues, si no se admitiesen estas pruebas, muchos deli-

Razon porque la prueba privilegiada no se tiene por ordinaria.

Razones porque se ha admitido la prueba privilegiada.

tos, en que suelen cautelarse los hombres, acostumbrándose siempre á cometerlos en la obscuridad y secreto, como son todos los de lascivia, venenos, homicidios alevosos, hurtos, desafíos y otros de semejante naturaleza, quedarían sin castigo, á pesar de tener el juez una moral certidumbre del reo, equivalente á la declaración de dos testigos contestes. Esto último es lo que principalmente ha de atenderse, porque lo primero de quedar sin castigo algunos delitos, en que veo, que generalmente estriban todos los autores, me hace muy poca fuerza: y en la triste necesidad de no poder conseguir el juez una moral certitud, de quien sea el delincente, me parece un grande absurdo, el condenar al reo con el motivo de que no queden impunes los delitos, exponiéndose á condenar á un inocente, y á aumentar con este horrendo sacrificio el número de los delitos, que tanto se desea quitar ó disminuir. Esto sería un remedio cruel, y cien veces peor que el mismo mal, que se pretende curar. Quanto mas atroz sea el delito tanto mas debe tener lugar lo que se ha dicho, porque es mayor la presuncion del reo, debiéndose suponer, que no le ha cometido hasta que esté probado, como peroraba Ciceron á favor de Sexto Roscio Amerino *cap. 24.*, diciendo, que casi es necesario ver las manos teñidas en la sangre del padre para creer el parricidio.

4 Dos casos deben en esta materia distinguirse segun mi modo de opinar: ó las sospechas, que dan los indicios y testigos singulares, llegan á formar una prueba equivalente á la de dos testigos contestes, y á precisar el ascenso del juez del modo que lo hacen dos testigos sin tacha, ó no: si lo primero, no es justo eximir al delincente

del castigo por la sola razon, de que no puede hacerse contra él aquel género de prueba, que en algunos delitos, y generalmente en todas causas civiles, suelen servir para la justificacion de los hechos, y debe tener lugar la prueba conforme á lo que dicen los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio en la *ley ult. Cod. de Probat. : Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam rationem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel iudiciis ad probationem indubitatis, et luce clarioribus expedita*: si lo segundo, seria crueldad condenar el reo, ménos que sea con alguna pena extraordinaria, como se ha dicho al hablar de la semiplena: y debe en este caso seguirse la sentencia del grande Emperador Trajano en la *ley 5. Dig. de Poenis*: en ella se lee: *Tampoco ha de ser condenado alguno por sospechas, como respondió el Emperador Trajano á Asiduo Severo, porque es mejor, dexar sin castigo el delito del culpado, que condenar al inocente*: sentencia adoptada, y expresada casi con los mismos términos en la *ley 12. tit. 14. part. 7.*

5 Deben estas palabras gravarse profundamente en el corazon de todos los jueces: deben estos vivir en la inteligencia, de que si tienen bien ordenada la república, ocupados todos los individuos con su trabajo, cortado el luxo, zelada la conducta de los ciudadanos, sabido el destino y oficio de cada uno, evitadas las concurrencias en figones y lugares sospechosos, sin perjuicio de las recreaciones honestas, apénas habrá delito, que escape á su vigilancia y actividad, sin que deba llegarse al malísimo remedio de condenarse con poca prueba. Si á pesar de las mas vivas diligencias y cuidados queda algun delinquente ocul-

No llegando la prueba ordinaria ó privilegiada al grado, que corresponde, ha de absolverse el reo.

to ha de dexarse éste al castigo de Dios. Lo mismo, que dixo Trajano, se lee de Inocencio III. en el cap. 14. de *Praesumpt.* y hablándose de heregía: *quum propter solam suspicionem quamvis vehementem nolimus illum de tam gravi crimine condemnari.*

Cuidado que debe tenerse en el uso de pruebas privilegiadas.

6. Todos los autores al hablar de las pruebas privilegiadas inculcan el axioma, de que no han de quedar sin castigo los delitos. Este principio es verdadero: pero creeré, que muchas veces haya sido mal entendido; y quisiera verle yo trocado en él de que no han de quedar sin castigo los delinquentes, que es lo que significa el otro. En realidad sucede muchas veces, ó ha sucedido al cometerse un delito atroz, que se conmueve el ánimo de las gentes y de los mismos jueces con un justo deseo de la vindicta pública: empiezan á hacerse averiguaciones, y á recaer sospechas contra alguno: preocupados los ánimos con el mismo ardor y justo ódio del delito no tanto se fixa la atencion en exâminar bien, si los indicios son mas claros que la luz en la forma, que previenen las leyes, como en condenar á alguno, pareciendo en cierto modo, que por la atrocidad del crimen ménos prueba basta para condenar al reo, y que con tal que se conduzca alguno al suplicio queda expiada la maldad. Esto es lo que temia Ciceron en la causa de M. Celio: *Fácil es, dice en el capit. 12., acusar la injuria. Me faltarâ el día si intentare exponer todo lo que se puede decir de esta materia: el hablar de corrupciones, de adulterios, de protervia, de profusiones, es asunto inmenso. Aunque no te propongas ningun reo, sino los vicios, es esta una cosa, que por sí misma puede acusarse con gravedad y copia. Pero es propio de vuestra sabiduría ó jueces, no desviaros, del reo, ni echar contra él, ó un parti-*

cular los agujones de vuestra severidad y gravedad, despues que los ha erizado el acusador contra la cosa, contra los vicios, contra las costumbres y los tiempos. . . solo pido, que si hay en el dia un ódio comun, como en efecto veo, que le hay grande, contra las deudas, contra la petulancia y las liviandades de la juventud, no perjudiquen á este (Celio) los pecados de otros, ni los vicios de la edad y del tiempo. Lo que temia Ciceron en esta causa creeré que haya realmente sucedido en infinitas en todos tiempos, y en todos estados, sin repararse bien por la preocupacion, amontonamiento, prisa y enardecimiento, que poco ha indiqué, lo que se veria á sangre fria, y exâminando las cosas con sosiego y exâctitud: hallándose muchas veces entre manos el cuerpo del delito no se tiene mas que una sombra fugitiva del cuerpo del delinquente.

7 Pero veamos ya en que delitos pueden admitirse pruebas privilegiadas, que con la explicacion de esto, y lo que se dirá despues al hablar de testigos y presunciones, se verá, que la prueba privilegiada no debe dexar ménos convencido y necesitado el ánimo del juez al asenso, que la ordinaria. La regla general es, que en los delitos de difícil prueba se admite la privilegiada; y conforme á esto en la cédula de 16 de septiembre de 1784, hablándose de la prohibicion de un contrato por usurario, se dice: *bastando la prueba privilegiada de derecho, que es competente en todo contrato usurario y de difícil prueba* Se entienden por delitos de difícil prueba aquellos, en que los hombres suelen cautelarse, como el hurto, homicidio alevoso, lenocinio, todos los de luxuria, y otros de semejante naturaleza. Para esto, como se ha dicho en el cap. 3., no tanto debe mirarse la con-

En delitos de difícil prueba deben admitirse pruebas privilegiadas y en otros, en que lo mandan las leyes.

tingencia de un determinado caso, como la naturaleza de la cosa: de manera, que si algun delito de los que no suelen cometerse en secreto se ha hecho de este modo por casualidad, ó lance particular en algun caso, no debe juzgarse de difícil prueba, ni entrar en la regla, de que aquí tratamos. En algunos delitos, aunque no sean de difícil prueba, se ha introducido por lo que interesa la quietud pública, y porque quieren acabar con él las supremas potestades, el mandarse por ley, que se admitan pruebas privilegiadas. La regla pues debe reducirse, á que se admiten pruebas privilegiadas en los delitos de difícil prueba, y en aquellos, en que se halla particularmente prescrito por los legisladores, que se admitan.

En particular se admiten en delitos de soborno, cohecho, simonía y usura.

8 Sobre esta generalidad puede servir la enumeracion de algunos casos particulares, en que determinadamente mandan las leyes, que se admitan pruebas privilegiadas. En el *cap. 9.* de la instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788 se previene, que en quanto á la prueba de sobornos y cohechos se observe la *ley 6. tit. 9. lib. 3. Rec.* Lo que esta dispone es, que con tres ó quatro testigos singulares, de los quales cada uno declare un hecho, de haber los mismos dado dones al juez, siendo personas de creer, y concurriendo otras presunciones y adminículos, se tenga por probado el delito, valiendo por prueba el testimonio de dichos testigos, y no pudiendo cobrar lo que diéron por el interes, que en dicho caso tendrian. Lo mismo se dice en quanto á la simonía en la *ley 18. tit. 26. libro 8. Rec.*, y en orden á la usura en la *ley 4. tit. 6. lib. 8. Rec.*, en la qual la cédula citada de 16 de septiembre de 1784 dice, que se admite prueba privilegiada.

9 La misma probanza debe admitirse en los falseadores de papel sellado, *ley 44. tit. 25. lib. 4. Recopil.*

en falseadores de papel sellado.

10 En orden á desafíos en la pragmática de 28 de abril de 1757 se previene, que debe probarse dicho delito con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera que las probanzas sean tan privilegiadas, como en delito de lesa magestad. Quando se trata de fallidos, como siempre se suele cometer fraude ú ocultacion, se admiten presunciones y conjeturas por legítimas probanzas, *Curia Filíp. lib. 2. Comer. ter. cap. 11. num. 16.* En el *capit. 14. del lib. 1. del Comer. ter. de la misma Curia num. 79.* se dice, que el fraude de alcabala puede probarse por conjeturas, y que basta probar el contrato por uno de los contrayentes ó por el corredor. En el *cap. 12. de la cédula de 5 de febrero de 1728* se manda, que en la contravencion á lo que en la misma se dispone sobre el estanco y administracion de la sal se admitan indicios, conjeturas, presunciones y qualesquiera pruebas, que el derecho admite en los casos mas privilegiados: y última y generalmente en el *cap. 25. de la instruccion de 22 de julio de 1761* se manda, que en todo fraude deben admitirse indicios, conjeturas y las probanzas mas privilegiadas, que en qualquier otro delito son admisibles por derecho.

en desafio, delito de lesa magestad, bancarrota y contrabando.

11 Aquí en parte correspondieria tratar de la razon y motivos, en que se afianza la plena probanza de los testigos singulares, y de los indicios y conjeturas en los términos, que he indicado de convencer con igual fuerza, que la prueba ordinaria: pero de esto se tratará oportunamente en la *sec. 4. y 6.*, adonde me remito.

En que se afianza la fuerza de la prueba privilegiada.

SECCION III.

*De la confesion del reo , y de la qualidad de prueba,
que de ella resulta.*

La confesion del reo no es plena prueba del delito. 1 **E**s propio de la causa criminal , el que no siempre al reo , á quien sin detencion ninguna se le cree quando confiesa en causa civil , se le dé fe y crédito con efecto de plena probanza , ley 1. §. ult. Dig. de Quæst. Por una parte bien parece , que debiera ser probanza plena la confesion del reo por él , *de ore tuo te iudico , serve nequam* , que se lee en el Evangelio de S. Lucas cap. 19. vers. 22. Además está el principio: *volenti non fit iniuria* : y el reo confeso , aunque sea inocente , no puede quejarse de nadie sino de sí mismo. El amor natural á la conservacion de la vida y de los bienes parece , que ha de hacer creer con la mas vehemente presuncion á qualquiera , que confiese un delito , viendo el que esto hace , que de su confesion se le ha de seguir la muerte , ó alguna pena corporal ó pecuniaria , que le mortifique : y no parece , que quepa defensa de un reo confeso , como cantó Ovidio libro 2. *Epist. ex Ponto epist. 2. vers. 56.*

Non est confessi caussa tuenda rei.

2 Pero estan llenas las historias de trágicos sucesos de haber confesado algunos sin miedo ni apremio , y solamente por frenesí , tédio , displiencia ó despecho , delitos sin haberlos cometido. Heineccio en la *Disertacion* 18. de la *Sylloge* 1. de *Relig. iudican. circa reor. confes.* desde el num. 3. hasta el 6. refiere tres casos de dicha especie; y en uno de ellos fué ahorcado el reo , por haber confesado la muerte de una viuda , que dos años

despues , que se habia esparcido la voz de que la habian muerto violentamente , y de executado el reo , compareció en el lugar. Tan intrincado es el laberinto del corazon humano , y tan difícil entrar en sus secretos : y lo que se dice en la *declam. 314. de Quintiliano* me parece á mí mas fundado aun , que la vehemente presuncion indicada , de que ha de decir verdad el reo. *Tal , dice , es la naturaleza de toda confesion , que puede parecer loco el que confiesa de sí. Uno lo hace impelido del furor , otro de la borrachera , otro del dolor , algunos por error , y otros por el tormento. Nadie testifica contra sí , no teniendo alguna cosa , que le obligue á hacerlo. Y aunque en los que profesamos la verdadera religion hay en esta misma un motivo , que obliga fuera de los que supone Quintiliano , no dexa de tener dicha sentencia gran parte de su fuerza en muchos por la flaqueza de la condicion humana.*

3 Con un buen conocimiento de todo esto nos dexáron los antiguos jurisconsultos y emperadores saludables avisos en quanto á no creer á los reos confesos , si por otra parte no hay alguna prueba , que afianze al juez. En el §. *ult. de la ley 1. de Quaest.* se lee lo siguiente : *Si alguno confesare voluntariamente algun delito no siempre se le ha de dar crédito : porque muchas veces confiesan los reos contra sí ó por miedo ó por otra causa.* En el §. 17. *ibid.* se lee lo que se sigue : *El Emperador Severo respondió , que no conviene tomar los delitos confesados por justificados , si ninguna otra prueba afianza al juez.*

4 Veamos pues cuándo podrá creerse al reo , que confiesa , ó qué circunstancias ha de tener su confesion para ser creida. Heineccio , que ciertamente es autor juicioso en materias legales , y que

La confesion para ser creida debe hacerse animo onerandi sin

frenesi nimis-
do.

supo unir felizmente la teórica con la práctica, nos podrá servir de guía. Dice pues este autor en la disertacion referida §. 31., que la primera circunstancia ó la principal, de que dependen todas, debe ser la de haberse hecho la confesion con ánimo de cargarse y obligarse el reo á las resultas, *animo onerandi*, excluyendo ya por este motivo las confesiones extrajudiciales, que hacen muchos hombres vanos y jactanciosos, no mas que por ligereza y petulancia, de lo que cita muchos exemplos. Es consecuencia de lo mismo, que no se haga la confesion por frenesí, displicencia de la vida, ó despecho, de lo que ya se han referido exemplos, ni por miedo, que pueda haber por otra parte, como el caso, que refiere Ulpiano en la ley 1. §. 27. *Dig. de Quaest.* de un esclavo, que confesó falsamente un homicidio, para librarse de volver á su amo, deseando mas perecer en manos del verdugo, que vivir atormentado por su dueño.

sin esperanza
de premio ni
aliciente.

5 Así como el miedo y la displicencia causa algunas veces la falsa confesion pueden en otros obrar el mismo efecto la esperanza del premio, ó de algun deleyte ó comodidad, con que se alhague al reo. En quanto á esto trae el mismo Heineccio en el lugar citado §. 33. un escandaloso caso, que refiere Paris de Puteo, de un juez, que á una muger acusada de un viricidio la induxo con acciones torpes, lisonjeándola con alhagos y esperanza de impunidad y de matrimonio, á confesar el delito. Abomina, como se debe, el citado autor de semejante modo de proceder, dando por sospechosa qualquiera confesion hecha con esperanza de premio ó de impunidad ó alhagos.

6 Es consiguiente tambien á todo lo dicho, que la confesion ha de ser libre. *La confesion he-*

cha por el reo, se dice en la *Curia Filipica Juic. crim.* §. 13. num. 15., estando injustamente preso en la cárcel es nula, por presumirse haber sido hecha por temor... y lo mismo se ha de decir en la hecha á persuasión del juez, ó por engaño ó promesa, que haga al reo, de que le libraré, por el fraude, que en ello hubo. Lo mismo puede verse en la decis. 22. de Calderó, y que siempre, que hubiere justa causa, habiéndose hecho la confesion de modo, que no correspondia, puede revocarse.

7 No debe faltar en la confesion ninguna de las circunstancias, que he puesto como necesarias en el *Juicio civil tit. 2. cap. 10. sec. 2.*, ni la justificación del cuerpo del delito: de modo que sin esta no sirve la confesion, como se ha visto en el *cap. 6. sec. 1.* De la confesion en el tormento hablaré después.

8 Así como en lo relativo á hechos y causas civiles dixe, que podia haber confesion tácita en juicios civiles fundándose en actos, que la inducen, del mismo modo debo advertir, que puede haber la tácita en causa criminal á mas de la regular y expresa. Una de estas es, quando el reo no responde jurídicamente preguntado con conminacion de ser habido por confeso, como se ha dicho en el *cap. 11.*

9 En los delitos, que tienen confiscacion de bienes, el darse la muerte el mismo reo por temor de la acusacion ó de la sentencia se tenia por confesion de delito, como se infiere de la *ley 28. §. 1. Dig. de Bon. libert.* y de la *ley 3. §. 1. Dig. de Bon. eor., qui ante sentent.*, exceptuándose los que por displicencia de la vida, furor ó motivos semejantes se mataban, *ley 1. cod. Eod.*: en consecuencia se adjudicaban en dicho caso los bienes al fis-

Deben en ella concurrir las demas circunstancias, que se exigen en causa civil.

Confesion tácita del reo que no quiere responder.

del que se mata á si mismo.

co. En el dia es muy raro este delito en España y en otras partes, en que domina la verdadera religion, moderando ésta al hombre en sus despechos.

del que se fuga.

10 La fuga parece, que se tiene en derecho romano por tácita confesion, como dicen los autores, fundados en la ley 28. §. 1. *Dig. de Bon. libert.* en la 7. §. 3. *Dig. de Suspec. tutor.* y en la novela 53. cap. 4.: con todo en esto no está conforme la práctica de nuestros tiempos, como nota sabiamente Heineccio en la disertacion citada de *Religion. iudicant. circa reor. confes.* §. 42., y la fuga dice él mismo, que no se tiene sino por un indicio y aun leve, á no ser que hubiese sido ántes de hacerse averiguaciones y pesquisas: aun en la citada ley 7. §. 3. *Dig. de Suspec. tutor.*, diciéndose que el tutor, que llamado á juicio de separacion por sospechoso por lo mismo que no comparece debe ser separado como tal, se añade: *quod et per raro, et diligenti habita inquisitione faciendum est.*

11 Peguera en la *decis. 1. tom. 1.* dice, que algunos ó muchos de la ley 13. *Dig. de Custod. reor.* quieren inferir, que los quebrantadores de cárcel se han de dar por presuncion de derecho por confesos del delito, y se han de castigar con la pena ordinaria de él aunque se hallen inocentes. No dice tal cosa la ley, y lo prueba Peguera; pero está concebida en términos, que no es de admirar se hayan equivocado algunos en entenderla de dicho modo.

del que transige sobre algunos delitos.

12 Confesion tácita tambien se entiende ser en derecho romano por las leyes 4. §. 5. *Dig. de His qui not. inf.*, la 2. *Dig. de Bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.* y otras el pacto ó transaccion de particulares en causas de hurto, rapiña y otros,

que no incluian los romanos en el número de delitos públicos, porque el que pacta y transige en estos casos viene á confesar el delito, suponiéndose, que si no le hubiese cometido no se allanaria el reo á transaccion: pero en las causas capitales no se juzgaba comprehender la transaccion quando se hacia confesion tácita del delito por el justo motivo, que trae el jurisconsulto en la ley 1. *Dig. de Bon. eor. qui ant. sent.*, de la qual se hablará largamente en el cap. 24. sec. 4., á donde me remito.

13 El resistirse al juramento purgatorio, quando éste se manda por el juez, parece que por la ley 38. *Dig. de Iureiur.* ha de ser y entenderse tácita confesion. del que se resiste al juramento purgatorio.

14 Sobre la confesion qualificada ó modificada, esto es hecha por el reo con la limitacion á cierta qualidad ó circunstancia, como por exemplo, quando confiesa, que mató pero en defensa, se duda, si puede obrar contra el reo la confesion, prescindiendo ó separándola de la qualidad, y quedando á cargo del reo el probar la limitacion. Sobre esto puede tenerse presente quanto dixé en el tit. 2. cap. 10. sec. 2. Nuestra Audiencia sigue la opinion, de que prueba plenamente para pena extraordinaria, pero no para la ordinaria, aunque contra la qualidad militen indicios, presunciones é inverosimilitud: en Calderó *dec. 21. num. 5. hasta el 10. num. 15.* al fin y desde el *num. 10. hasta el 15. ibid.* estan los fundamentos de la opinion contraria. La misma opinion de nuestra Audiencia se adopta en la *Curia Filipica Juic. crim. §. 13. num. 11. y 12.* De la confesion modificada ó qualificada.

15 La confesion extrajudicial hace prueba semiplena concurriendo adminículos, Peguera *tom. 1. Decis. cap. 17. num. 45.* Algunos la tienen por se- De la confesion extrajudicial.

miplena cabal y suficiente para la tortura, como Gomez, *Var. resol. tom. 3. cap. 13. §. 8.* citado por Heineccio en la *Exercitacion 18. sylloge 1. de Relig. iudican circa reor. confes.*, bien que parece, que pide dicho autor y otros criminalistas algunas limitaciones: pero ni con eso se resuelve á dar Heineccio tanta fuerza á la confesion extrajudicial, como se puede ver en el *num. 31. ibid.* Acaso no se da tanta fuerza en la causa criminal, como en la civil, á la confesion extrajudicial, porque la gente, en que suelen recaer sospechas de delitos, adolece por lo comun del vicio de jactancia y vanagloria: y suele ser mentirosa aun en punto de atribuirse algun delito de herida, homicidio, insulto, ó cosa semejante, para ganar los que así hablan fama de valientes, así como los mozos licenciosos, como de sí lo confiesa S. Agustín, suelen fingir maldades, que no se han hecho, por aquel género de aplauso y gloria, con que la juventud disoluta oye, que se ha rendido y conquistado alguna inocencia ó hermosura.

SECCION III.

De los testigos, y de la qualidad de prueba, que de ellos resulta, con distincion de hábiles é inhábiles y de los singulares.

De la edad del testigo en causa criminal, y del examen de los que no tienen la suficiente.

Supuesta ya la division de las tres clases de testigos, de que se ha hablado en el *tit. 2. cap. 10. sec. 3.*, solo añadido, que por la *ley 20. Dig. de Testib.* se necesita la edad de veinte años para hacer fé en causas criminales: lo mismo, y que sean cumplidos, se manda en la *ley 9. tit. 16. part. 3.*

2 En Cataluña no hay diferencia de causas ci-

viles á criminales, sino la que corresponde á la menor fuerza de advertencia, respecto de los mayores de veinte y cinco años, segun lo que pida la naturaleza de la causa atendidas sus circunstancias. Los menores de catorce años no dexan de examinarse en causas criminales para inquirir, y para informar el ánimo del juez, y para probar tambien, si tienen malicia, concurriendo otros adminículos é indicios, Calderó *decis.* 17. *num.* 16. y 17.: en este caso se les exige el juramento. De dos formularios, que he visto, parece que se les ha de preguntar en dichos casos la doctrina christiana, y que se les ha de advertir en el mismo acto la obligacion de decir verdad, y las penas, con que Dios castiga á los que faltan á ella: y á todos los testigos es del caso, que advierta el juez la religion del juramento, y la estrecha obligacion de él, segun lo que exija la rudeza, malicia ú otras circunstancias de los que se presentan.

3. En el *cap.* 13. de las cortes de 1599 de esta provincia, que es la *const.* 2. de *Testimonis*, se mandó, que el testigo en causa criminal ha de ser conocido del mismo juez ó de persona de crédito y satisfaccion. Calderó *decis.* 7. *num.* 14. dice, que esta circunstancia suele suplirse con la de ser el que declara vecino conocido del lugar, en que se forma el proceso. Peguera en la *Pract. crim. cap.* 12. §. 2. *num.* 5. hace mencion del capítulo citado de cortes, y de que en la diligencia de presentarse los testigos se acostumbraba poner en su tiempo la expresion de que eran conocidos de alguno en conformidad á dicha constitucion. Es muy conforme con lo dicho lo que se lee en la *ley* 22. *tit.* 16. *part.* 3.: *Otro sí decimos, que non debe ser recebido por testigo aquel, que non es conocido del judgador, ó de la*

El testigo en causa criminal debe ser conocido como persona fidedigna.

parte, contra quien lo dan, si éste á tal fuere ome vil, é muy pobre. Todo esto provendrá, de que el testigo debe ser persona idónea, y de que ha de constar al juez que lo es, para poderse afianzar en su dicho en la aplicacion de la pena, pareciendo del caso, que en esto no se dexé todo como en juicio civil á la solicitud de las partes.

Los esclavos no pueden regularmente ser testigos.

4 Los esclavos tampoco pueden ser testigos en causa criminal, sino en delitos de lesa magestad, ley 12. tit. 16. part. 3.: tampoco puede serlo el preso ley 10. *ibid.*

Los que declaran con esperanza de inmunidad son muy sospechosos.

5 Es consecuencia tambien del interés, que tienen los que declaran baxo esperanza de impunidad, el que se tengan por sospechosos: y casi nunca sus declaraciones parece que puedan servir sino muy adminiculadas, Calderó *dec.* 16. *num.* 31. hasta el 36. En algunas partes no hacen ninguna prueba. En Cataluña la hacen, pero muy poca, sin llegar á formar la que resulta de los cómplices del delito. Así lo dice Amigant *Compilatio Practicæ tit.* 40. *Animadversiones num.* 5.

El que tiene enemistad capital con el reo es testigo inhábil.

6 En orden á los que son inhábiles con respecto solamente á ciertas causas ó personas puede contarse el enemigo. El testigo, de quien se verifica enemistad capital, no hace ni semiplena prueba, ni indicio, ni presuncion: solo abre camino para inquirir, Calderó *decis.* 18. *num.* 5. En esta decision hay varias cosas, que pueden dar alguna luz, para graduar la enemistad de capital ó de ménos gravedad, dependiendo esto del arbitrio del juez segun las circunstancias. Esta excepcion de grave enemistad está bien fundada en el derecho civil, natural y divino. En el *cap.* 12. *del Eclesiástico vers.* 10. y 11. se lee: *non credas inimico tuo in aeternum... etsi humiliatus vadat curvus,*

adiice animum tuum, et custodite ab illo. 782. 35. 1581

7 El ofendido, ó herido tampoco prueba, ley 3. §. 1. *Dig. ad Senat. cons. sillan.*: y solo es indicio para inquirir, Peguera *cap. 17. num. 5. y 6.*: Calderó *decis. 14. num. 78. y 79.* dice, que para que la declaracion del que murió ó del herido obre gravemente contra alguno, como para tortura, deben concurrir siete circunstancias, esto es la de haberse hecho en el artículo de la muerte, haberse jurado estar el declarante en su entero y cabal juicio, ser hombre de buena fama, ser el delito de naturaleza, que no pueda probarse por otros, haberse cometido en tiempo, que no pudiese ser conocido el delinquente, y no concurrir circunstancias, que lo contradigan: á esto debe añadirse la renuncia de su interés, derecho y acciones. Los robados, no renunciando al interés, no pueden hacer fé en juicio: y aun renunciando no quedan del todo idóneos, por suponerseles concebido encono é indignacion contra los ladrones, de modo, que aun con dicha renuncia se necesitan tres para lo que bastarian dos testigos, Calderó *decis. 16. num. 37. hasta el 62.*

8 Los alguaciles y ministros de justicia en asuntos, en que puedan tener interés, como quando se trata de resistencia, no parece, que sean por las razones puestas en el *cap. 11. sec. 1.* testigos del todo hábiles respecto de los reos: Calderó *dec. 16. num. 62. y 63.* juzga, que se necesita de tres de estos testigos para hacer la prueba regular de los dos: y absolutamente en todos casos, siempre que el juez pueda valerse de otros testigos, es justo, que no se valga de los alguaciles, diciéndose por esto en la *Compilatio Practicallis* de Amigant *tit. 5. §. 9. num. 4. 5. y 6.*, que los mismos alguaciles

Tambien lo es el ofendido y herido: cómo y cuándo puede servir su declaracion.

Los alguaciles son testigos sospechosos en algunos casos: precaucion con que deben obrar.

han de ser advertidos y cautos en el tiempo de la aprehension de algun reo con armas, ó cosa hurtada, ó semejante, en llamar á otros testigos, que de vista puedan despues deponer lo que se halla en el reo, y que él vió, que suele errarse en la omision de esta diligencia por las rondas quando encuentran á alguno con armas prohibidas: en el c. 2. de la instruccion de 22 de julio de 1761 ya se ha visto en el cap. 11. sec. 1. la mayor razon, que hay para dicha diligencia en las causas de contrabando.

El reo confeso tampoco puede ser testigo hábil para declarar contra los cómplices, *ley ult. Cod. de Accusat.*, *ley 16. §. 1. Dig. de Quaest.*, cap. 10. y 20. de *Test.*, cap. 1. de *Confes.*, *can. ult. caus. 15. quaest. 3.*: Paulo en el *lib. 1. Sententiar.* cap. 12. *vert. 7.* trae la razon; como se dixo arriba, para que no ponga á otro en peligro de la vida el que se halla en estado de no poder salir de él. A esta razon debe añadirse la que indican los otros textos citados, de quedar el reo confeso infame, y de la mala qualidad, que resulta del delito, para no ser creído.

10 Con todo en los delitos graves, como de lesa magestad, falsa moneda, asesinato, salteamiento, sodomia, adulterio, lenocinio, parto supuesto, simonia, latrocinio, y otros semejantes, se les puede preguntar, *Peguera Pract. crim. cap. 12. §. 15. num. 16.* y siguientes, *tom. 1. Decis. cap. 5. 37.*, *Calderó decis. 16. num. 1.* hasta el 12. En el *cap. 18. de Confessis* y en el *can. ult. caus. 15. quaest. 3.* está expresa la excepcion en los delitos de lesa magestad. En el *cap. 5. de Haereticis in 6.* lo está tambien en delitos de heregía. Algunos en la *ley 6. §. 1. Dig. de Custod. et exhib. reor.* piensan hallar la excepcion en quanto al latroci-

Excepcion en algunos delitos.

nio: y de éste por equivalencia se habrá ido extendiendo á otros delitos. En dicha ley solo parece, que se habla de la confesion tomada por los irrenarcas ó ministros aprehensores de justicia para el efecto de inquirir y disponer la instruccion de la causa. Pero, sea esto como fuere, está generalmente recibido lo dicho. En el *Juic. crim. de la Cur. Filip. §. 15. num. 16.* se trae tambien la regla, de que el cómplice del delito no es suficiente testigo contra el compañero, salvo el delito de lesa magestad, falsa moneda, pecado nefando, hurto famoso, y en todos aquellos delitos, que no se pueden cometer sin cómplices y participes.

11 Pero el *cap. 5. citado de Hæreticis in 6.* nos debe guiar en este punto para la inteligencia de lo que se ha dicho en orden á los delitos exceptuados, en que pueda oirse el reo confeso sobre sus cómplices, siendo así que en él se trata de delito de lesa magestad divina, contra el qual se han armado las leyes y los cánones con la mayor severidad: no se dice, que se ha de admitir ó atender absolutamente la deposicion del reo confeso, que declara el cómplice, sino en el caso, en que por verisimiles presunciones y número de testigos, ó qualidad de personas, tanto de los declarantes, como de los que resulten reos de la declaracion y otras circunstancias, presuman los jueces, que el reo confeso no depone falso: *si ex verisimilibus coniecturis et ex numero testium, aut personarum, tam deponentium, quam eorum contra quos deponitur, qualitate ac aliis circumstantiis, sic testificantes falsa non dicere præsumantur.*

12 De la *Compilatio Practicæ* de Amigant *tit. 40. Animadversiones num. 6.* y de Peguera *tom. 1. Decis. cap. 5. num. 38. y 39.* parece, que á los reos,

Modificacion
con que debe
entenderse di-
cha excepcion.

que declaran cómplices con juramento y sin tortura, se les da en Cataluña tanta fe como á un testigo sin tacha ni excepcion, si por otra parte concurren adminículos, pero no de otro modo: por lo demas solo sirven para inquirir. Expresa dicho autor *ibid.* haberse esto introducido, porque nadie sabe, ni puede declarar mejor, que los córreos, y por lo que interesa la vindicta pública. Dice con todo, que la Sala del Crimen no suele aplicar la pena ordinaria á los cómplices, sino quando son tres los que declaran, y se hallan coadyuados con otros indicios ó adminículos, ó quando, siendo dos los cómplices que declaran, queda el delito mas claramente probado, que la luz del dia, de lo que trae un exemplo. Cita á varios autores, que tratan de la fe y crédito, que debe darse á los córreos en las causas criminales.

De la aptitud para declarar del compañero de viage.

13 En quanto al compañero de viage se duda, si es testigo idóneo en causa de su compañero, y pende esto de varias circunstancias, como se puede ver en Calderó *decis.* 15. : dice este autor, que es idóneo, si la compañía fué de casualidad, si el delito es de difícil prueba, si no tiene interes, ni ha dado parte, ó no se ha quejado dicho testigo.

De si el lego puede ser testigo contra eclesiástico.

14 En el Juicio criminal §. 10. num. 3. de la Curia Filip. se puede ver quando el lego puede ser testigo idóneo contra el eclesiástico.

Delitos en que se admiten testigos inhábiles y con qué efecto.

15 Todos los testigos, de que hasta aquí he hablado, son inhábiles, los unos absolutamente, y los otros con respecto á ciertas personas: pero aunque regularmente los testigos inhábiles, dice la Curia Filip. Juicio crim. §. 15. num. 17., no hacen probanza, háceula emperó en el delito de lesa magestad divina ó humana, salvo el enemigo capital, que aun en este delito no se admite. . . y lo mismo por la mis-

ma razon se ha de decir en el pecado nefando... y en delitos clandestinos y secretos, que no se pueden probar por otros. Tambien hacen probanza los testigos inhábiles para probar la inocencia del reo, como lo dicen Antonio Gomez y Julio Claro, segun los quales puede el reo probar, que cometió el delito en su defensa por presunciones y conjeturas, y prueba presunta á arbitrio del juez, y por testigos consanguíneos, afines, domésticos y familiares. Calderó en la decis. 7. num. 22. dice, que los infieles se admiten en delitos de difícil prueba, y no mas que para el efecto de formar alguna presuncion ó indicio. Amigant decis. 34. num. 34. dice tambien, que para defensa se admiten los testigos inhábiles, bien que no para hacer plena prueba, sino para la que hubiere lugar, y para mitigar la pena. Sobre el modo, con que se suple la falta de idoneidad de unos testigos por la de otros, me refiero á lo dicho en el tit. 2. cap. 10. sec. 1.

16 De dos testigos contestes y hábiles resulta plena prueba: y sobre esto debe tenerse presente lo dicho en el tit. 2. cap. 10. sec. 1. y 3. Un testigo solo por las mismas reglas allí dadas no puede hacer mas que semiplena: pero, hallándose administrado por las reglas allí dichas de formarse probanza plena de diferentes especies de prueba, es claro, que debe hacerla: y de la probanza plena formada de este modo se trata en la decis. 50. de Amigant. Calderó decis. 8. num. 44. y siguientes dice, que con un solo testigo y con otros indicios, que excedan ó sobrepuyen la eficacia de un testigo sin tacha ni excepcion ninguna, se aplica la pena ordinaria de homicidio en Cataluña. Peguera tomo 1. Decis. cap. 17. num. 44. y 45. dice, que siempre, que á un testigo de vista se unen

Los testigos contestes hacen plena prueba, y tambien uno administrado en Cataluña en el modo que se explica.

pruebas é indicios, perfectamente probados, que excedan á la deposicion de un testigo sin tacha ni excepcion, tiene lugar la pena ordinaria de muerte: y de este lugar parece, que dos semiplenas, aunque cada una sea perfectamente probada, no se unen para formar plena probanza, y aplicar la pena ordinaria sino concurriendo otros indicios. Trae dos exemplares. Lo mismo dice Cortiada *decis. 93. num. 38.* con otros dos, y Calderó *decis. 8. num. 44. y 45.*

Los testigos
singulares cómo y cuándo
se adminiculan.

17 Falta ahora hablar de los testigos singulares y diversos. Supuesto sobre esto lo dicho en el *Juic. civil tit. 2. cap. 10. sec. 3.* y especialmente sobre los testigos, que se adminiculan, es preciso advertir, que esto puede ser de dos maneras, ó declarando por exemplo tres testigos tres actos separados y distintos, de modo, que cada uno deponga sobre el suyo, que aunque sea especie distinta de los otros, queda con los mismos comprehendido debaxo de un mismo género, ó declarando tres actos relativos á una misma cosa en sus antecedentes, medios y fin de ella. Por exemplo declara cada uno de tres testigos un don recibido del juez, ó un pacto, ó un acto usurario ó deshonesto, ó una proposicion herética del reo. En estos y otros casos semejantes dice bien Fontanella *de Pact. nupt. claus. 5. glos. 5. part. 1. num. 61.*, como tambien en causas civiles de jurisdiccion, posesion y otras cosas de igual naturaleza, que los testigos no son singulares, porque, aunque cada especie sea distinta, en cada una se comprehende el género de cohecho, usura, lascivia y heregía. Viene la cosa, si se analiza bien, á reducirse á términos, de que todos declaran, que el reo por exemplo es herege, dando el uno por razon de

ciencia el haberle oido defender una proposicion herética , el otro otra , y el otro otra : la diversidad de razones de ciencia no quita ni embaraza el que los reos sean contestes en quanto al género: lo propio debe decirse de los otros tres casos de cohecho , usura y lascivia.

18 Puede ofrecerse á alguno , que segun este modo de racionar dos testigos singulares en dicho sentido pueden llegar á formar probanza plena: pero esto seria extenderlo demasiado: en realidad de verdad los hechos, sobre que declaran los testigos , son diversos , y las deposiciones de los testigos , por lo que se ha dicho arriba de la razon de ciencia , que deben dar en causa criminal , no tanto deben fundarse en lo que testifican , como en la razon de ciencia , que dan para ello : y , siendo diferente la que da uno de otro , es ó viene tambien á ser diferente lo que declara. Todo el cargo genérico de cohecho , usura , deshonestidad y heregía , se funda en la especie de proposicion ó acto , sobre que se depone : y , habiendo sobre esto diversidad , ó singularidad , debe tambien haberla en la substancia y en lo principal.

19 Lo exemplos , de que me he valido , son conformes á las leyes de la Recopilacion citadas en la *sec. 2.* : y las mismas pueden ser nuestra guia en esta delicada materia para determinar cuántos testigos , y con qué circunstancias se necesitan para formar esta prueba , constando de las mismas leyes , que los testigos en los casos referidos son los que se llaman singulares , declarando cada uno su hecho , y la prueba , que de ellos resulta , privilegiada. En la *ley 6. tit. 9. lib. 3. Rec.* , hablándose de la prueba extraordinaria , que en defecto de la ordinaria y cumplida pueda admitirse , se dice , que ha de ser de

Cómo y cuándo sirven para la prueba los testigos singulares.

esta manera, que sean tres ó mas los testigos, que juren haber dado dones al juez, siendo personas de creer, y habiendo algunas otras presunciones y circunstancias, por las quales vea el juez, que es verdad lo que dicen, advirtiéndose, que los testigos no pueden cobrar nada de lo que hubieren dado á excepcion del caso, en que lo justifiquen con prueba cumplida. Las otras leyes citadas allí casi hablan en los mismos términos: y algunas se refieren expresamente á esta *ley sexta*. No bastan dos testigos: se necesitan tres ó mas: cada uno ha de ser persona de creer, y ni esto basta por otra parte: es menester, que haya presunciones y circunstancias, que hagan ver al juez, que dicen verdad en lo que deponen los testigos. Cotéjese todo esto, lo que se ha dicho sobre reunirse los testigos singulares en el género, y léase la fuerza grande de las presunciones é indicios, y como debe cada uno probarse perfectamente, y se verá, que esta prueba privilegiada en los términos, en que la admiten las leyes, no cede en la fuerza de convencer á la ordinaria, y que el privilegio solo consiste en formarse una especie de justificacion, que no es la ordinaria de los juicios civiles, ni de muchos delitos.

20. Quando se trata de actos diferentes, que no sean comprehendidos como especies en un mismo género, aunque se encaminen y dirijan á un mismo fin, no cabe el modo de discurrir referido: y por esto no se reunen para hacer plena probanza, sino semiplena mayor quando llegan á ser tres. Calderó en la *decis. 41. num. 29. hasta el 34.* dice, que tres testigos singulares de indicios próximos, que se dirigen á la integridad de un todo, como un testigo, que oyó á otro, que el que hirió era Pedro, otro que vió éste huyendo con la espada desenvaynada y

ensangrentada, y otro que le vió esconderse en un bosque, se reunen para la tortura, que es decir que hacen mas de semiplena probanza. Amigánt en la *decis.* 27. num. 12. hasta el 24. dice, que los testigos singulares de varios actos, que se dirigen á un mismo fin, se reunen, pero no para aplicar la pena ordinaria: y aun lo dicho debe entenderse siendo cada uno testigo sin tacha, como se supone: de la fuerza de los indicios, y de quales deban entenderse próximos para necesitar el asenso, hablaré en la *sec.* 6., cuya explicación puede dar mucha luz para entender la fuerza de los testigos singulares en quanto á dichos actos.

SECCION V.

De los instrumentos.

En quanto á esto no se ofrece cosa particular en materia criminal, debiéndome referir únicamente á lo dicho en el juicio civil.

De los instrumentos.

SECCION VI.

De las presunciones ó indicios.

ARTÍCULO I.

De la necesidad y justicia, en que se funda la prueba de las presunciones ó indicios, y de las circunstancias, que han de tener para formar probanza.

Los textos, que han aprobado la prueba de indicios, los han autorizado con mucha circunspeccion.

Por lo dicho en el título 2. cap. 10. sec. 5. es evidente, que esta es una prueba subsidiaria ó supletoria, de que no se puede echar mano, sino en defecto de otras pruebas regulares, precisando á ello la necesidad en delitos de difícil prueba. Por esto mismo y lo demas, que signifiqué en dicho lugar, debe mirarse arriesgada esta prueba; y se ha de proceder en esta materia con la mayor circunspeccion y exâctitud, no admitiendo presunciones ó indicios para efecto de aplicar la pena, ya sea ordinaria, ya extraordinaria, que no los autorize la legislacion. Si consultamos á esta hallaremos, que han sido muy atentados y prudentísimos los legisladores, en cuya autoridad se ha fundado el derecho de condenar en fuerza de presunciones ó indicios. De Trajano ya vimos en la ley 5. Dig. de Poenis, que advertia, que por sospechas no se ha de condenar á nadie, y de Inocencio III. en el capit. 14. de Praesumpt., que por sospecha, aunque sea vehemente, no se ha de dar por convicto al reo de heregía. En la ley última Cod. de Probat. los Emperadores Valentiniano y Teodosio previniéron, que toda causa criminal debia instruirse con tes-

tigos idóneos, ó con pruebas de indicios indubitados, y mas claros, que la luz, *indiciis, ad probationem indubitatis, et luce clarioribus*. En la ley 34. Cod. Ad leg. iul. de adult. Teodosio, Arcadio y Honorio suponen claramente, que para condenar han de ser evidentes los indicios: *manifesta fide, atque indiciis evidentibus publicabunt*: y en la ley 6. Cod. de Dolo malo, que el dolo se ha de probar con indicios claros: *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*.

2 Y no tiene duda, que algunas veces lo son en tanto grado, que pueden decirse mas claros, que la luz, y que aseguran mas el golpe, que la probanza de dos testigos de vista: pues, aunque de estos no se sepa tacha, pueden en realidad tenerla, mayormente no siendo dable, que sean Cantones los que se hallan presentes en el tiempo de cometerse los delitos, que las mas de las veces han de ser conocidos, amigos, y camaradas del mismo delinquente, y de su misma clase y ralea. Quando se trata de hechos, en que se funden las presunciones, han de juntarse mas testigos: unos, que viéron salir del figon al delinquente; otros, que le oyéron amenazar, y otros, que declaren cosas semejantes, debiendo cada indicio ser perfectamente probado por dos testigos, como se verá en los siguientes artículos. Supóngase que dos en la averiguacion de un homicidio declaran la mala fama del reo: otros dos, que tuvo enemistad con el difunto: otros dos, que le oyéron que queria matarle, y que á este fin tenia un puñal, que les enseñó: otros dos, que le viéron salir de la casa del difunto, estando reciente aun la herida, ó le cogiéron allí mismo con el puñal en-

Es mucha la fuerza de prueba que resulta en dichos casos.

sangrentado, y huyendo con apresuramiento y turbacion: dos peritos, que afirman ser acomodado el puñal, y propio para la herida, sin desvanecer nada de esto el reo, y quedando convencido de falsedad en su confesion. ¿Quién no dirá por todas las reglas de prudencia y certitud moral, de que se ha hablado en el *tit. 2. cap. 10. sec. 1.*, que en este caso, siendo todos los testigos sin tacha, el ánimo del juez ha de quedar tan sosegado, y cierto del homicidio, como si dos testigos de vista lo declarasen? No quiero decir por esto, que deban concurrir precisamente todos los indicios especificados, para aplicar la pena: pero lo pongo por exemplo para sentar en general la fuerza de los indicios: y como este caso pueden figurarse otros muchos, en que los indicios dan, ó forman probanzas indubitadas, mas claras que la luz: si no son de esta especie no deben admitirse, á lo ménos para la pena ordinaria.

En los mismos y en otros se afianza la plena prueba por indicios.

3 Quanto he dicho lo convencen tambien, á mas de la regla general, que afianzan las leyes citadas, los casos particulares de algunos textos, en que se aprueba alguna presuncion, recayendo sobre indicios manifiestos y evidentes, como se puede ver en el *cap. 12. de Praesumpt.*, sobre la que convence el adulterio para el efecto del divorcio, conviene á saber la de testigos, que aseguraban con firmeza haber visto *consanguineum viri eiusdem solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto iacentem*. Esta especie de indicios son ciertamente indubitados, y mas claros que la luz segun la expresion de la ley: y, si quando se verifican, no se admitiesen para la aplicacion de la pena ordinaria, sería mucha la impunidad de los delitos,

y muy perniciosa , porque lo que buscan los delin-
 quientes es la soledad , el secreto y las tinieblas , y
 que no haya testigo de vista , ya porque qualquie-
 ra hombre , por malo y perverso que sea , quiere
 parecer bueno , ya tambien , porque teme y busca
 todos los medios , con que pueda huir , y escapar
 del castigo. ¿ En tantos millares de lances , que se
 proporcionan , y en tantas horas de descanso y de
 noche quán fácil es al delinquente escoger , ó apro-
 vechar una , en que se salga con la suya , sin que
 nadie le vea? Por la misma razon , por que en el
tit. 2. cap. 10. sec. 5. he dicho , que por la *ley 11. tit. 4. part. 3.* las presunciones de hombre , siendo
 manifiestas ó grandes hacen plena probanza en
 causa civil , parece que deben hacerla en causa
 criminal. Si no sirviesen los indicios para el casti-
 go , y para la aplicacion de pena , creceria la mal-
 dad hasta lo sumo : y la espada en manos de la
 justicia , léjos de infundir respeto y terror , cau-
 saria irrision y menosprecio. En Cataluña no solo
 debe admitirse dicha prueba por las leyes citadas ,
 sino tambien por el *usage 1. de Probas.* En él se
 dice , que las probanzas consisten en testigos ó ins-
 trumentos ó en argumentos ó indicios verisímiles:
 y luego despues veremos la constante práctica ,
 que sobre esto ha habido.

ARTICULO II.

De lo que es indicio y presuncion, y en particular de las de derecho, y qualidad de prueba, que de todo resulta.

El indicio es presuncion, y esta debe dividirse en distintas especies.

I Veamos ahora ya, qué cosa es indicio y presuncion, y cómo estas especies de pruebas deben distinguirse. Amigant en la *decis.* 40. *num.* 1. hasta el 4. dice, que indicio es una señal, que induce el ánimo del juez á sospechar, ó creer alguna cosa, y que el testigo de vista no es indicio. En la *decis.* 41. *num.* 47. dice, que toda presuncion es indicio, pero que no todo indicio es presuncion, ni de las que llaman *juris*, ni de las, que suelen decirse *iuris et de iure*: dice que, para graduarse alguna cosa de presuncion de qualquiera de estas dos especies referidas, ha de ser ella expresamente aprobada por ley. De esto resulta, que el indicio es lo que he llamado presuncion de hombre en el *tit.* 2. *cap.* 10. *sec.* 5., al qual me refiero, y ya viene á decirse esto en el mismo lugar citado de Amigant: hablaré aquí distintamente de indicios, como de presunciones de hombre, ó como que forman el objeto y fundamento de las presunciones de hombre, en que ha de afianzarse el juez, quando no las hay de derecho, que determinen el grado de fuerza, que deba darseles, notando primero lo que corresponde á presunciones de derecho, sobre cuya difinicion y division debo remitirme tambien á lo dicho en el juicio civil.

De las presunciones iu-

2 Presunciones de las que se llaman *iuris et de iure* no hallo en causa criminal, sino que sea

alguna de las indicadas al hablar del civil, y la del título del Digesto del *Senadoconsulto Silanianus*, en fuerza del qual todos los esclavos, que se hallaban en una misma casa ó cubierto, en que se hubiese muerto á su amo, de manera que hubiesen podido oír la voz de él, se sujetaban á cuestión de tormento, para averiguar el delinquente, y no constando de él se les aplicaba pena de muerte, ley 1. en el principio, y §. 25. 26. 27. y 30. ley. 5. §. 2. Dig. *Ad senat. cons. syllan.*, por la presuncion, entiendo yo, de que, si no declaraban al agresor, los mismos esclavos fuéron los executores de la maldad: la pena ha de entenderse por dicha presuncion, ó por la terquedad en no declarar al reo: y una cosa semejante puede decirse de los soldados en quanto á las palabras sediciosas, de que se ha hablado en el cap. 5. sec. 2. art. 2. §. 2. A las presunciones *iuris et de iure*, que gradúa el derecho de vehementes, no parece que tenga duda, que se les debe dar la fuerza, que se les ha dado al hablar de las presunciones en el juicio civil. Amigant *decis.* 41. num. 33. y 34. dice, que con la presuncion *iuris et de iure* se puede aplicar la pena ordinaria.

3. Por la sola presuncion *iuris* dice Amigant *decis.* 41. num. 41. hasta el 47., que no se puede aplicar la pena ordinaria: pero dice que tiene varios efectos, y entre estos el de cargar al reo con la obligacion de probar lo contrario de lo que influye la presuncion, como si consta, que ha dado el reo la herida por las espaldas se presume alevosa la herida ó el homicidio, y el reo debe probar lo contrario. Estas presunciones de derecho son, como queda dicho, las que trae y aprueba alguna ley: de estas unas son generales,

ris et de iure, y la prueba, que de ellas resulta.

Presunciones de derecho, y qual es la fuerza de su prueba.

ó correspondientes á muchos delitos , otras á delitos determinados.

Presuncion de inocencia en lo que puede hacerse sin malicia.

4 Del número de las primeras son la presuncion de la inocencia en los actos , que pueden hacerse sin malicia , hasta constar con indicios evidentes , ú otro género de pruebas , lo contrario , ley 6. *Cod. de Dolo malo.*

Presuncion de la fama, y qué prueba de ella resulta.

5 Peguera tom. 1. *Decis. cap. 17. num. 13. hasta el 23.* dice , que la fama , de haber alguno cometido un delito , es por sí ligero indicio , pero que con todo basta para la tortura en los siguientes casos : en primer lugar , quando el reo es de mala qualidad y condicion *in eodem genere mali*: en segundo , quando la fama está muy valida y autorizada : en tercero , quando consta haberse originado de personas honradas y fidedignas : en quarto lugar , quando se une la declaracion de algun ministro de justicia , que lo denuncia con juramento : en quinto , quando hay fuga : en sexto , quando consta de enemistad , ó de otra causa semejante , de que se originó la fama : *ibid. n. 23. hasta el 28.* se dice , que la fama ha de probarse , declarando los testigos haberlo oido á muchos , nombrando algunos , que lo hayan oido á la mayor parte del pueblo , en que se cometió el delito , y expresando la causa , que dió motivo á la fama , y que precedió á la acusacion.

De lo mismo en quanto á la fuga.

6 En este número de presunciones de derecho , generales á todos delitos , puede contarse la fuga , hecha antes de la acusacion , inquisicion y citacion : pues la que se hace por temor de los procedimientos de la justicia mas debe fundarse en el miedo de sus resultas , por inocente que sea el reo , que en remordimiento y reconocimiento de delito. En dichas circunstan-

cias dice Peguera *tom. 1. Decis. cap. 17. num. 31. hasta el 34.*, que da la fuga bastante indicio para la tortura : pero parece , que esto solo puede ser, quando hay otros indicios ó sospechas , y quando no se puede colorear la fuga , *ibid.* En la *Curia Filipica Juicio de Residencia §. 2. num. 2.* se dice , que el residenciado , que durante el término de los treinta dias , que tiene obligacion de estar en residencia , hiciese fuga , es habido por confeso en todas las causas de ella : pero allí mismo se indican los muchos títulos , con que puede pretextarse la fuga , para que no tenga estos efectos , como si huye por temor de enemigos , del juez apasionado contra él , ó para irse á presentar á su superior , y por otros semejantes motivos.

7 En esta clase de presunciones puede ponerse la de que en riña no se presume ánimo deliberado de dañar , herir y matar , así como se presume quando se daña , hierde ó mata fuera de riña , y de hallarse uno provocado , Calderó *decis. 39. num. 10. hasta el 26.*, el que en Cataluña el calor de la riña se presume durar veinte y quatro horas , Calderó *decis. 42. num. 20.*, y el que se ha de estar á relacion del perito , aunque no haya mas , que uno , Calderó *decis. 11. num. 6. y 7.*

8 Las amenazas , si no son de hombre , que acostumbre ponerlas en execucion y de mala qualidad , no son indicio para tortura : *nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est* , dice el Jurisconsulto en la ley 7. §. 3. *Dig. Ad leg. iul. maiest.*, Peguera *tom. 1. Decis. cap. 17. num. 11.*

9 En orden á la presuncion de confesar el delito , sobre que no quiere responder el reo legi-

De lo mismo en quanto á la riña.

en quanto á amenazas.

á no responder el reo.

timamente preguntado, me refiero á lo dicho en el cap. 11.

10 De la ley única §. 2. *Cod. de Raptu virg.* veo, que comunmente derivan los autores la presuncion, de que en delitos de lascivia, como se ha dicho en el cap. 5. sec. 2. art. 3. §. 4., los hombres seducen á las mugeres, *Cancér de Sponsal.*

Presuncion de calumnia en el que no justifica su acusacion.

Escala de indicios ó presunciones por Amigánt.

num. 41. hasta el 54. numer. 128. hasta el 132.

11 De la presuncion de calumnia en el, que no justifica la acusacion, ya se ha hablado en el cap. 5. sec. 2. art. 3. §. 16.

12 En esta materia hay una larga decision de Amigánt, que es la 40., en la qual se forma una escala de indicios, por donde se va subiendo de grado en grado, empezando por los antecedentes á los delitos, siguiendo por los concomitantes y coherentes, y concluyendo por los subsiguientes. No es fácil reducirlos á método, ni expresar el grado de probabilidad, que corresponde á cada uno: pero puede servir dicha decision á quien tenga tino y juicio, ya por lo que allí hay brevemente de dichos indicios en general y en particular, ya por los autores, que se citan.

Presunciones de si fué voluntario ó casual el homicidio.

13 Se encuentran otras presunciones propias de delitos determinados, como por exemplo del homicidio. La ley 1. §. 3. *Dig. Ad leg. corn. de sic.*, con la qual concuerda la ley 2. tit. 31. part. 7., hablando en caso de duda, de si un homicidio causado con herida ó golpe fué casual, ó voluntario, dice, que esto puede juzgarse por el instrumento, de manera, que si se dió la herida con espada debe tenerse por indubitado el ánimo de matar en el que dió el golpe, y al contrario graduarse de casual, quando se causó con algun ins-

trumento, que no es apto, ni destinado regularmente para dar muerte. Lo mismo prueba la *ley unic. Cod. de Emendat. servor.* y Peguera tom. 1. *Decis. cap. 78. num. 18.*

14 Es cierto, que en defensa propia, estándose á los debidos límites, sin excederse en ella, puede justificarse la accion del que mató á otro: pero muchas veces queda la duda, de si el homicidio fué realmente en defensa, y de si se guardó la moderacion en no ofender, ni dañar mas de lo que precisa el lance. Calderó en la *decis. 65. numer. 15. hasta el 43.* trata de esta materia, y dice, que con tres cosas se justifica haberse hecho en defensa: si ésta es en continente; si es en el mismo acto de insultar el agresor, no pudiéndose escapar de otro modo el insultado, que dando la muerte; y si el modo de defender ha sido proporcionado á el de ofender: *num. 43. y 44. ibid.* dice, que la qualidad de la edad puede influir para el concepto, de si se observó la debida moderacion en la defensa: *num. 48. hasta el 63.* dice, que si el que mató hacia cosa prohibida, *si dabat operam rei illicitae*, se presume ser él el agresor: *item si* llegó armado al lugar de la defensa: tambien si fué mas fuerte, que el otro, por su mayor robustez ó por las armas: que lo mismo debe juzgarse si es hombre de riñas ó quimeras, ó si perseguia al que huia ó imploraba auxilio, si la fama está contra él: estas y otras congeturas dice, que las admiten en contrario, y se destruyen por las de mayor número ó peso, debiéndose juzgar en igualdad de circunstancias á favor del reo.

15 Por la pragmática de 28 de abril de 1757 qualquier homicidio, que sucediere despues del tiempo de riña, y en otro lugar fuera de poblado

de si se excedió el que le hizo en defensa.

de si el homicidio fué con desafío ó sin él.

ó en poblado en puesto retirado, ó á deshora, en que sobreviniéron las palabras ú otra cosa, que dió motivo á la riña, se debe tener por desafio: y solo puede minorarse la pena, quando por vehementes congeturas ó presunciones se pruebe, que no precedió desafio ó convencion de reñir.

Presunciones
relativas á
adulterio.

16 En quanto al adulterio ya se han dicho las presunciones vehementes, que le inducen por el cap. 12. de *Praesumpt.* Algunos pretenden, que el solo ósculo debe probarle. De dicho modo lo dice Peguera en el tom. 1. *Decis. cap. 7. num. 26.* y en la *Práct. crim. cap. 25. num. 19.* citando á Gomez y á otros autores: pero en el cap. 95. num. 3. dice, que Julio Claro para el efecto de aplicar la pena ordinaria del delito nunca seguiria esta sentencia, que en realidad parece muy errada, hablándose de penas y de delito gravísimo. En Pradilla *Sum. de ley. pen. caso 16. n. 15.* se citan autores por ambas partes, pareciendo seguir él la opinion benigna de aplicar pena extraordinaria. En la novela 117. cap. 15. se gradúa tambien de vehementemente presuncion de adulterio la de hallarse la muger en lugares sospechosos con hombre sospechoso al marido despues de tres avisos formales por escrito: lo mismo se lee en las *leyes 12. tit. 14. part. 3. y 12. tit. 17. part. 7.*

relativas á
hurto.

17 Por la ley 2. y 5. *Cod. de Furt.* es claro, que el hallar en poder de alguno la cosa hurtada es indicio de que él la hurtó: y lo es en términos, que algunos prácticos, y entre otros Gomez citado por Peguera tom. 1. *Decis. cap. 73.* dicen, que basta para la tortura. *Ibidem* Peguera dice, que la fuerza de este indicio solo puede tener lugar quando aquel, en cuyo poder se encuentra la cosa, es sujeto de mala condicion y fama, ó quando no ma-

nifiesta de quien la ha recibido. Si justifica de quien la tiene por algun título, ó el reo es persona de buena qualidad, cesa la fuerza de la presuncion. Por la ley 5. *Cod. de Furt.* parece, que no sirve la salida de decir el reo, que compró la cosa á quien nó conocia, ó á algun transeunte: esto puede aplicarse á muchos delitos, como el de contrabando y otros.

18 Las presunciones hasta aquí referidas las llamo de derecho, porque en él las fundan los autores, aunque en algunas no hay tal vez ley terminante, dependiendo la qualidad, que se les atribuye de derecho, de varias combinaciones y reflexiones sobre el mismo derecho: por esto he citado los autores, en quienes puede verse quando ocurra alguna dificultad. No dudo, que tal vez habrá alguna presuncion mas de derecho: las que he puesto las he hallado en los que compiláron las decisiones de nuestra Audiencia, habiéndome precisado á leerlos la orden, con que S.M. en la *Nueva Planta* nos mandó aplicar las penas y estimar las probanzas, segun la práctica, que ántes habia en Cataluña: y la misma puede servir en mucho para otras partes, por fundarse en principios del derecho comun, generales, y admitidos en los estados, notándose ya como particular, quando se trata de cosa propia de Cataluña.

19 La fuerza de dichas presunciones es la que se indica en cada una de ellas, y la general de obligar al reo á probar lo contrario, de lo que supone ó induce la presuncion, como se ha dicho arriba. Para quando el reo no destruye con prueba contraria la presuncion, que hay contra él, me parece, que queda dificultad en quanto á lo que obra, ó de quanta parte de probanza forma la pre-

Todas las presunciones referidas son de derecho.

Prueba que resulta de dichas presunciones.

suncion de derecho, no pareciendo posible, pongo por exemplo, que si hay fuga, y no destruye el reo la presuncion de ella, deba condenarse como convicto en fuerza de la presuncion. Estoy, en que en este caso, y en otro qualquiera, en que alguna ley apruebe alguna sospecha ó presuncion contra reo sin determinar el grado de probanza, que debe aquella formar, que es lo que regularmente sucede, nos hemos de gobernar por las reglas generales, que dan las mismas leyes sobre los indicios ó presunciones de hombre: materia mas general aun, mas indefinida é interesante, de que voy á tratar, empezando por la division de dichos indicios.

ARTÍCULO III.

De presunciones de hombre, que regularmente se comprehenden en el nombre de indicios, con varias distinciones, y expresion de la qualidad de prueba, que de ellos resulta.

Indicios necesarios, y los que no lo son.

1 De los indicios, cuya definicion queda ya puesta en el artículo antecedente, unos son necesarios, otros no. En el primer número cuentan algunos los que son consecuencia tan indefectible del hecho, que no podria ser separado de él sin un imposible ó físico ó metafísico ó moral. De este modo el parto es un indicio necesario de haber tenido ayuntamiento la muger con algun hombre: pero son pocos los indicios de esta naturaleza. Los no necesarios son todos los demas.

Indicios indubitados y dudosos.

2 La division, que tiene mas uso, es la de indicios indubitados y dudosos. Calderó *decis.* 41. num. 3. 4. y siguientes habla de los indicios, y dice,

que son señales del delito cometido: los indubitados, dice, que son los que necesitan el ánimo del juez al asenso, bien que esta certeza ó necesidad basta, que sea moral y no metafísica: el exemplo, que se pone de esto por algunos autores, como parece *ibidem num. 10.*, es quando de una casa, en que se cometió una muerte, no teniendo mas que una salida, se vió salir al reo pálido, y con la espada desenvainada, aunque pueda haber sucedido, que él solo hiriese, y otro matase, y aun que el matador fuese otro, y que el que se vió saliese para vengar la muerte, ó para perseguir al delinquente, habiéndole tomado la misma espada: cita á un autor, que refiere haber esto sucedido. Añade, que á aplicar la pena en fuerza de semejante indicio obliga la necesidad de castigar delitos, y la de no poderse conseguir certidumbre metafísica. Amigánt en la *dec. 40. num. 4.* tambien pone esta division de indicios indubitados y dudosos; y añade, que á los primeros algunos los llaman plenos indicios, y á los otros semiplenos. Los indicios dudosos, dice Calderó en la citada *decis. 41. num. 19.*, son los que mueven el ánimo del juez, però no de modo, que quede del todo quieto y tranquilo en el juicio de quien es el reo.

3 Además se dividen por el mismo autor *ibid. n. 20. 21. 74. hasta el 83.* los indicios en próximos y en remotos. Los primeros, dice, que son los que se dirigen al mismo cuerpo del delito, visto ú oído, como la declaracion de un testigo, que le vió ú oyó segun la materia, de que se trata. Los segundos los que solamente versan sobre las circunstancias del delito, como fama, fuga, enemistad y otros de igual naturaleza: los remotos se subdividen en vehementes ó de naturaleza, que se infiera mucho de

Indicios próximos y remotos.

ellos el delito, como la confesion extrajudicial, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del reo siendo de mala fama, y en no vehementes, que no influyen mucho, como la enemistad y fuga. Amigánt *decis.* 40. *num.* 4. trae tambien la division y explicacion de indicios próximos y remotos; y en la misma está la de antecedentes, concomitantes y consiguientes al delito.

Cada indicio debe ser perfectamente probado para que resulte prueba.

4 Antes de expresar la fuerza de cada indicio, ó la fe, que se merece, hemos de sentar algunas reglas generales en esta materia. En primer lugar todos y cada uno de los indicios ó hechos, en que se han de afianzar las presunciones de hombre, de que hablamos, han de ser perfectamente probados, como ya se ha dicho tambien de las presunciones de derecho. En esto pueden muchos fácilmente equivocarse. Es evidente el principio: previene esta doctrina Amigánt en la *decis.* 40. *num.* 7., y que quando solo hay media prueba, como la de un testigó de algun hecho, no se llama entónces indicio, sino adminículo. Dice, que este es el modo, con que se entienden los indicios y adminículos en los tribunales. Lo mismo parece de Peguera en el *tom.* 1. *Decis.* *cap.* 17. *num.* 41. hasta el 45.

5 Calderó en la *Decis.* 41. *num.* 22. hasta el 29. trata de la qualidad de los testigos, con que se han de probar los indicios: es claro, que han de ser sin tacha ninguna, ni excepcion, para darse por plenamente justificado el indicio, como lo habrian de ser los de vista, que testificasen algun delito, bien que no es necesario articular esta qualidad en los testigos.

Un solo indicio no basta

6 La segunda regla consiste, en que, para formar una probanza plena ó superior, no basta

un solo indicio, sino que han de ser diferentes. *para formar prueba.*
 La ley 6. *Cod. de Dolo malo* dice: *indiciis perspicuis*:
 la 34. *Cod. Ad leg. iul. de adult.*: *indiciis evidentibus*:
 la ley ult. *Cod. de Probat.*: *indiciis indubitatis*: todas
 hablan en plural: y la razon persuade lo mismo.
 Si un testigo de vista sin tacha ninguna ni excep-
 cion no basta para formar probanza plena, tam-
 poco parece, que deba llegar á tanto un solo indio-
 cio ó un hecho, que en buenos términos viene á
 ser un testigo, que mudamente declara contra el
 reo. Solo puede haber de esto una excepcion en el
 indicio, que hemos llamado necesario, por la im-
 posibilidad de haberse hecho la cosa de otro mo-
 do de lo que persuade el indicio. Aunque en el
 caso propuesto en el num. 2. de indicio indubitado
 no parezca haber mas, que un indicio, no dexan
 de hallarse en él dos con la palidez: y sin ésta,
 y aun con ella, no habiendo mala qualidad de
 reo, enemistad, riña ú otra semejante, no me pa-
 receria muy seguro el dar por hecha la proban-
 za plena del delito.

7 Es consecuencia de la regla antecedente, *Tampoco la forman dife-*
 el que los indicios, que forman prueba superior ó *rentes indici-*
 plena, no solo sean mas de uno, sino que tambien *cios si no son*
 sean distintos é independientes, concurriendo con *distintos é in-*
 diferentes hechos y modos á convencer el delito. *dependientes.*
 De esta suerte, si dos testigos declaran haber visto
 al reo, que alquilaba una caballería para marcharse,
 y otros dos, que le viéron ya huir, estos dos
 hechos no forman dos indicios distintos é independen-
 dientes, sino que se reducen á uno, que es el de
 la fuga: del propio modo puede discurrirse de
 otros muchos casos, en que los hechos bien exá-
 minados se reducen á uno.

8 Puestas estas reglas debe tenerse presente *Cómo se ha*

de graduar la prueba que ha de formarse de indicios.

lo que se dixo en el *tit. 2. cap. 10. sec. 1.* sobre la balanza, peso y cuerpos, que pueden formar la libra, y lo que allí mismo se advirtió sobre la probanza plena, que la forman dos testigos sin tacha ninguna ni excepcion. Esta es la prueba regular en los delitos ordinarios: en los de difícil prueba, no siendo fácil, que haya habido testigos de vista, debe admitirse, como se ha dicho en la *sec. 2.*, la prueba privilegiada de los indicios: pero estos han de ser equivalentes á la prueba, que resulta de dos testigos contestes, ó á la fuerza, que estos hacen al juez, obligándole al asenso: pues de otro modo no se verificaria el *indiciis perspicuis, evidentibus, indubitatis*, y el *lucé clarioribus* del *art. 1.*: y todo quanto he dicho al hablar de probanzas en general, tanto en juicio civil, como en criminal, convence, que sin probanza plena no es justo condenar á nadie. Confirma este modo de explicarnos el *art. 48. del tit. 5. trat. 8. Ord. mil.*, en donde se dice, que en delito de asesinato, robo ú otro, quando no hubiere confesion ó prueba de testigos, que se estime concluyente, ó indicios vehementes y claros, que correspondan á la prueba de testigos, y convenzan el ánimo, se acordará el tormento por el Consejo de Guerra: de donde se vé, que en el ánimo de nuestros legisladores, para obrar los indicios el castigo y aplicacion de pena, han de ser vehementes, claros y correspondientes, ó equivalentes á la prueba de testigos.

9 Aun hay dificultad en si en dicho caso pueden servir para aplicar la pena ordinaria ó extraordinaria. En Cataluña tenemos inconcusa práctica, como consta de todos nuestros autores, y se verá por los lugares, que citaré despues, de que se

En Cataluña la prueba en los términos expresados ha servido siem-

aplica la pena ordinaria del mismo modo, que si hubiese testigos de vista del delito: y esto parece conforme á las leyes y textos citados y á la razon: ¿pues si se trata de indicios, que ponen los delitos tan claros como la luz, que motivo hay para no aplicar en los casos indicados la misma pena, que en otros, en que, á pesar de ser convicto el reo con testigos, no será tal vez tan claramente probada su maldad, segun lo que se ha dicho en el art. 1.

10 Calderó *decis.* 41. num. 34. lleva, que por indicios indubitados en delitos de difícil prueba debe aplicarse la pena ordinaria: lo mismo Cortiada *decis.* 93. num. 35., excluyendo los delitos, que no sean de difícil prueba. Calderó *ibid.* num. 36. y siguientes trae algunos casos de penas ordinarias aplicadas por indicios, cuya lectura puede servir para gobernar el juicio. Amigant en la *dec.* 27. num. 24. sienta la conclusion, de que nuestra Audiencia puede condenar á pena ordinaria, si hay indicios indubitados, que de tal manera estrechen el ánimo del juez, que no le quede hesitacion actual, aunque le oprima alguna duda virtual, considerando, que es posible lo contrario: dice, que lo que falte por razon de la duda lo suple la ley, mandando, que en este género de dudas en delitos de difícil prueba tales indicios se reputen por probanza plena. En Calderó en la *decis.* 8., citándose la *decis.* 17. de Peguera del tom. 1., se dice, que en delitos de difícil prueba se aplica la pena ordinaria, constando el delito de indicios indubitados.

11 No solo se aplica en Cataluña la pena ordinaria, quando hay indicios indubitados en el modo referido, sino tambien, quando hay muchos

pre y cómo para la aplicación de pena ordinaria.

indicios dudosos, que formen uno indubitado con otras pruebas y adminículos en los delitos de difícil prueba. Así lo dice Cortiada *decis.* 93. *num.* 36. La misma conclusion sienta Amigant *decis.* 27. *n.* 29., trayendo despues un exemplo, que puede servir para formar juicio: en la *decis.* 30. hay otro. Calderó *decis.* 8. *num.* 61. citando la 17. del *tom.* 1. de *Decis.* de Peguera sienta la misma doctrina.

12 No solo en dichos casos bastan los indicios, sino que quando hay un testigo de vista, juntándose con él otros indicios perfectamente probados, que sobrepujen la eficacia de un testigo sin tacha ninguna ni excepcion, se aplica en Cataluña la pena ordinaria, Calderó *decis.* 8. *num.* 44. y siguientes. Lo mismo se lee en Peguera *tom.* 1. *Decis.* *cap.* 17. *n.* 40. hasta el 45. y en Cortiada *decis.* 93. *num.* 38.

Tambien se admite la prueba por indicios en causa de hurto hecho en la corte.

13 En el *auto* 19. *tit.* 11. *lib.* 8. *Aut. Acord.* hallo, que con pragmática de 23 de febrero de 1734, con la qual se agravó la pena de hurto en la corte, y cinco leguas en contorno, se mandó, que para la justificacion del crimen de hurto en dicho lugar, y para imponer la pena ordinaria capital en el reo, debe bastar la probanza de un solo testigo idóneo, aunque sea el robado ó cómplice confeso de sí y purgada la infamia, añadiéndose otros dos indicios ó argumentos graves, que conspiren al mismo fin, y persuadan la prudente racional credulidad, de ser el reo el delinquente.

14 Hasta aquí he hablado de derecho comun y de Cataluña, por lo que toca á indicios.

De la prueba por indicios en quanto á Castilla.

15 En quanto á Castilla en la *ley* 12. *tit.* 14. *part.* 3. se dice: *criminal pleyto. . . debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por cono-*

encia del acusado, é non por sospechas tan solamente; despues se dice, que hay algunos delitos, como el adulterio, que pueden ser probados por sospechas: y, aunque por esto y otras razones pudiera haberse interpretado en general lo mismo en quanto á delitos de difícil prueba, parece que generalmente se ha excluido la prueba de indicios para el efecto de aplicar con ella, como con plena prueba, la pena ordinaria. Así parece de Gomez Var. resolut. tom. 3. cap. 12. num. 25. : y en la Curia Filip. Juicio crim. §. 15. num. 18. se lee lo siguiente: aunque haya un testigo de vista con semiplena probanza de diverso género, ó dos semiplenas probanzas de ello en causas criminales, no es bastante para condenar en la pena ordinaria. Y lo mismo se entiende de otros indicios ó presunciones; y así por ellos, siendo justificados para poderse dar tormento, se ha de dar. Y, no se pudiendo dar, segun el caso ó calidad de personas, se ha de imponer menor pena de la ordinaria arbitraria, conforme á la culpa, segun Antonio Gomez. Lo propio se puede ver en el num. 1. del §. 17. ibid., en donde tambien se dice, que para condenar al reo la prueba ha de ser cierta, plena y clara, como la luz meridiana, en que no haya duáa alguna, por ser la persona del hombre la mas noble cosa del mundo. Todo esto debe entenderse sin perjuicio de lo dicho en quanto al robo hecho en la corte, y de lo relativo á militares, desafios y otros delitos, en que hemos visto, que por leyes particulares y posteriores al tiempo, en que se escribió la Curia Filípica, se han de admitir pruebas privilegiadas de presunciones é indicios, expresándose en la pragmática de 28 de abril de 1757, que en causas de desafios se pueda probar el delito con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera, que las

probanzas sean igualmente privilegiadas, que en delito de lesa magestad. Por esto mismo, y otras muchas leyes, no puede tampoco dudarse, que en este horrendo delito de lesa magestad tambien debe admitirse en Castilla esta prueba privilegiada de indicios para el efecto de la aplicacion de la pena ordinaria.

SECCION VII.

Del juramento y qualidad de prueba, que de él resulta.

Del juramento purgatorio y su fin.

Así como en el juicio civil se ha advertido, que es preciso algunas veces llegar á la prueba del juramento por faltar otras especies de probanza, ha habido tiempos, en que en el criminal se ha llegado al juramento, que se llama purgatorio, especialmente en tribunales eclesiásticos, sin dexarse de haber acomodado lo mismo á los seculares. Sin hablar ahora de los tiempos de media edad, en que se autorizó la purgacion vulgar del duelo, del fuego, de agua fria é hirviente, y de otros modos vanos y supersticiosos, con que se tentaba á Dios para la averiguacion de un delito oculto, aprobáron los cánones en tiempos posteriores el medio, que suele llamarse purgacion canónica, esto es una prueba supletoria de inocencia sobre crimen opuesto, hecha segun las reglas prescritas por los cánones. Estas se reducen á jurar el acusado, contra quien hubiere vehemente sospecha, que no cometió el delito, y á dar testigos de abono de su buena vida y conducta, *can. 5. 7. 8. 9. y 10. de Purgat. canon.* El fin de esta purgacion se reduce á defender el honor y la fama á los calumniados, ó

á descubrir el delinquente, porque el que rehusa dar el juramento purgatorio, ó no halla testigos de abono, se tiene en derecho por convicto, como prueban los capítulos citados, de un modo semejante á lo que se ha dicho del juramento en el *tít. 2. cap. 10. sec. 6.*

2 Esta purgacion es propia para personas eclesiásticas á fin de conservar ileso su honor, aunque en algunas partes se ha aplicado á personas ilustres y libres de la tortura por derecho civil en opinion de algunos, á quienes favorece la *novela 124. c. 2.*: pero en el dia ni aun en tribunales eclesiásticos, á no ser que sea en los del santo oficio, se estila esta purgacion, sino ó la aplicacion de pena extraordinaria, ó la absolucion de la observancia del juicio, de que se tratará despues.

Qué personas son las que deben prestar dicho juramento.

SECCION VIII.

Del tormento.

ARTÍCULO I.

Del tiempo, en que corresponde darse el tormento, y de las autoridades y razones, con que algunos impugnan esta especie de prueba.

La prueba supletoria, mas digna de particular atencion y exámen, es el tormento. Despues de hecha publicacion, se dice en la *Curia Filípica Juicio crim. §. 16. num. 1.*, el acusador alega de bien probado: y si lo está pide se condene el reo definitivamente: y si no lo está pide se le dé tormento, de que se da traslado al reo, y se concluye la causa, y conclusa, constando de ella, que no hay plena probanza

Quando corresponde poner al reo en quæstion de tormento.

para condenar en la pena ordinaria al reo , sino otra menor suficiente para dar tormento en caso y contra persona , que se pueda dar , el juez puede y debe mandar darle , ora proceda de oficio , ora á pedimento de parte , ora se pida por ella , ó no se pida , porque ántes de este tiempo no puede constar legítimamente de los méritos de la causa. Es esto conforme á lo que dice la ley 26. tit. 1. part. 7. : pero aquí debe tenerse presente lo que se ha dicho en el cap. 17. en quanto á variacion de la práctica del tiempo de la Curia Filípica , y lo que luego se dirá en este mismo artículo , que se usa ya muy poco del tormento en los tribunales de España : de consiguiente , si alguna vez ha de mandarse , será en el tiempo de verse la causa para la sentencia , concurriendo las circunstancias de hallarse adelantada la prueba en los términos , que explicaré en el artic. 2. , y de guardarse en todo la moderacion , que allí mismo y en los artículos siguientes se dirá.

En qué consiste el tormento , y autores , que le imbugnan , ó debilitan su prueba.

2 Con esto hablaremos ya del tormento , que es un apremio fuerte y sumamente doloroso , con que á fuerza de pesos extraordinarios , palancas , garruchas , cordeles , cadenas , ú otros instrumentos , y medios de causar dolores agudísimos , se aflige al reo , atormentándole para obligarle á confesar la verdad. Este espectáculo ha movido el corazon sensible de algunos filósofos antiguos y modernos , cuyas autoridades y razones expondré aquí , reservando para el artículo siguiente , el hablar de una sentencia media entre los que defienden y impugnan el tormento , que parece conforme al espíritu de las leyes.

3 Quintiliano en el lib. 5. de sus Instituciones orat. cap. 4. , hablando del tormento , y de la falibilidad de la prueba , que resulta de él , dice que de

esto estaban llenas las oraciones de los antiguos y nuevos oradores: señal evidente, de que se altercaba mucho, y contrastaba el uso del tormento, en que se hacia dicha prueba. Cicerón claramente dice, que entre las angustias y dolores de la tortura no se dexa ningun lugar á la verdad. *Tormenta*, dice en el *cap. 28. pro P. Sylla*, *gubernat dolor, moderatur natura cuiusque, tum animi, tum corporis: regit quaesitor, flectit libido, corrumpit spes, infirmat metus, ut in tot rerum angustiis nihil veritati loci relinquitur.*

4 De las mismas leyes romanas, con las quales se ha autorizado sin duda la práctica del tormento, consta, que opinaron de un modo semejante de esta terrible prueba aquellos antiguos jurisconsultos, cuya filosofía y conocimiento del derecho natural está tan acreditado. Ulpiano en la misma *ley 1. Dig. de Quaest.*, de que se han valido los intérpretes para el uso del tormento, dice en el *§. 23.*, que la cuestión del tormento es cosa frágil, peligrosa y que dexa burlada la verdad, porque muchos con el sufrimiento y robustez en aguantar los tormentos los desprecian de tal suerte, que de ningun modo se les puede arrancar la verdad, y otros son tan sensibles, que en qualquiera cosa mas quieren mentir, que padecer el tormento, y que de esta suerte confiesan los reos con variedad, de modo, que no solo se culpan á ellos mismos, sino tambien á otros.

5 S. Agustin en el *lib. 19. de la Ciudad de Dios cap. 6.*, aunque allí solo se dirige su solicitud á probar las miserias de la vida humana, valiéndose para esto del tormento, y suponiéndole necesario para la averiguacion de los hechos, le desautoriza bastante, diciendo con su penetrante inge-

nio, que se atormenta con agudos dolores por medio de la tortura á un hombre, no por saberse, que haya cometido un delito, sino por no saberse, que le ha cometido. Luis Vives en los escolios al citado cap. 6. del lib. 19. se declara bien contra el uso del tormento.

6 En quanto á críticos y filósofos de estos tiempos seria largo el catálogo de los que declaman contra la tortura: y casi todos á una levantan la voz en grito contra este género de prueba: en España son bastantes en número y autoridad los que han escrito contra ella, como D. Alonso María de Acevedo en un tratado particular, impreso pocos años ha en Madrid, el P. M. Feijoo en su *Teatro crítico tom. 6. disc. 1. paradoxa 10.*, y el Sr. Lardizabal en el cap. 5. §. 6. de su *Discurso sobre penas.*

Legisladores
que le han a-
bolido.

7 No falta tampoco un buen número de legisladores, que han autorizado este modo de opinar. Del num. 40. del citado lugar del Sr. Lardizabal consta, que nunca fué admitida la tortura en Inglaterra; que queda en estos últimos tiempos abolida en el Imperio de Rusia, en Suecia, en Prusia, en Ginebra y en Francia. En Francia se abolió con cédula de 24 de agosto de 1780, la qual trae el Sr. Elizondo en el tom. 7. de su *Práct. univ. pag. 118. y 119.*: y en la misma se puede ver, que ya en el año de 1670 varios magistrados, recomendables por su gran capacidad y consumada experiencia de aquel reyno, tenían por inútil el tormento, fundados en que rara vez se lograba sacar con él la verdad de la boca del acusado, y en otras razones fuertes, para abolirle: se puede ver tambien en dicha cédula, que en 1670 solamente se conservó por un género de respeto á la

antigüedad. En España, dice en el lugar citado el Sr. Lardizabal, que se usa ya muy pocas veces en los tribunales el tormento.

8 Las razones, en que puede fundarse esta opinion, son las siguientes. En primer lugar no puede darse ciertamente el tormento como pena, porque, ó está convencido el delito del modo, que se debe dar por probado para castigarse, ó no? si lo primero, no hay mas que aplicar la pena; y sería crueldad, añadir á mas del castigo, que ya la ley ha declarado, que es proporcionado, el dolor del tormento: si lo segundo, se ha de seguir la regla general, de que no probando el actor se ha de absolver el reo, sin poderse con un color y nombre especioso de prueba aplicar pena, y dar ó causar una afliccion mas atroz y cruel que la misma pena: se dice, que no es pena sino prueba: y en realidad aun despues del tormento se aplica pena extraordinaria: ¿pero se ha de atender, quando se exáminan las cosas, á los nombres ó á la realidad de ellas? ¿será pena dar ligeramente doscientos azotes, y no lo será el colgar pesos extraordinarios de los pies de un reo, retorcerle los brazos por las espaldas, estirar los miembros, y descoyuntar los huesos en un potro, ó caballete? ¿Será castigo encarcelar un hombre en un presidio, y aun el solo privarle de la patria, y obligar á vivir fuera de ella, y no lo será el sujetarle á un dolor, á cuya vista se horrorizan tanto algunos, que confiesan el delito, que no han cometido, sujetándose voluntariamente á la pena ordinaria del delito, para no sufrir esta prueba, como indica el juriconsulto en la ley 1. §. 23. *Dig. de Quaestion.*?

9 En segundo lugar toda jurisprudencia aborrece justamente en los jueces el modo de pregun-

Parece resistirle el derecho que tiene el reo á ser absuelto.

Tambien parecen resistir-

le las leyes,
que prohiben
sugestiones al
declarante.

tar á los reos sugiriendo, segun se ha dicho al hablar de la confesion, y se puede ver en lo que dice el Sr. Lardizabal *ibid. num. 16.*: y parece que pueden graduarse como dirigidas á sugerir las preguntas hechas en el tormento: se da éste, dice el citado autor *ibid. hasta num. 20.*, para que el reo diga precisamente, que ha cometido el delito: ¿y si de los dolores se puede temer, que declare contra sí mismo el reo un delito sin haberle cometido, cuánto mas puede temerse que lo haga contra otros? Es verdad, que despues quitados de la vista del reo los instrumentos de la tortura se le hace ratificar la confesion por si no qu'e estar á ella: pero tambien sabe el reo, que si no se ratifica se le ha de volver hasta tercera vez á atormentar.

y el no ser
justa causa
para él la ig-
norancia del
reo.

10 En tercer lugar el no saber el juez quién cometió el delito no es justa causa, dicen, para atormentar, ántes lo es para no hacerlo con nadie, segun se puede colegir de la autoridad citada de S. Agustin.

No parece
cierta la nece-
sidad de la
tortura.

11 En quarto lugar, dicen, es vano el pretexto de la necesidad de la tortura. ¿Qué necesidad es esta, dice Luis Vives, citado por el Sr. Lardizabal *ibid. num. 39.*, tan intolerable de una cosa, que no es útil, y que se puede quitar sin daño de la república? ¿Cómo viven si no tantas gentes, aunque tenidas por bárbaras de los griegos y latinos, las quales miran, como una cosa fiera é inhumana el atormentar á un hombre, que no está convencido de un delito? ¿Cómo viven (añade el Sr. Lardizabal) puedo yo decir ahora con mas razon, que Vives, tantas gentes y naciones, no ya bárbaras, sino cultas, y muy ilustradas sin el tan decantado remedio de la tortura? Nunca fué admitida en Inglaterra, ha sido abolida en el imperio de Rusia, en Suecia, en Prusia, en

Ginebra. Finalmente, Luis XVI., Rey Christianísimo de Francia, convencido por las reflexiones, y experiencia de sus magistrados, de que en la tortura hay mas rigor, que proporcion para descubrir la verdad, la abolió en sus estados por una declaracion de 24 de agosto de 1780. En España mismo se usa ya muy pocas veces en los tribunales: y no estamos ya gracias á Dios en tiempo, de que se aprecie tan poco la vida del hombre, que aunque muera del tormento, ó se le destroze un brazo, ó otro miembro del cuerpo, no se haga aprecio de ello, como refiere Bobadilla haber sucedido en su tiempo. Prueba el Sr. Lardizabal *ibid.* num. 30. hasta el 37., que ni aun el modo, con que se usa, está tan autorizado por las leyes de Castilla, como vulgarmente se cree. Heineccio en el *lib. 3. Elem. iur. german. tit. 9. §. 335.* cita autores en prueba, de que no se estila el tormento en Inglaterra, ni en Suecia, y á Gomez *Var. resol. tom. 3. cap. 13.* en prueba, de que no se usa tampoco en Aragon. En Cataluña solo se da en pocos casos, y en el modo y forma, que diremos despues, muy modificado ciertamente respecto de otras partes. Que otras naciones hayan usado del tormento no puede probar necesidad, mayormente constando lo que acabamos de decir de otras, en donde se ha conservado la quietud y tranquilidad del estado, sin admitir tal género de prueba en los juicios.

12 Por quinta razón puede darse la de la falibilidad de la tortura: este es un defecto grande de este medio, que casi todos reconocen. Son muchos los inocentes, que por no poder sufrir los dolores intolerables de la tortura se han imputado crímenes no cometidos, contentándose de sufrir primero la muerte, que el dolor de los tormentos,

las leyes en
mandar el tor-
mento.

hallo la primitiva, con que se mandase el tormento. En los fragmentos de los jurisconsultos romanos, de que se formaron las Pandectas, se habla del tormento, suponiéndole ya autorizado, y con relacion á la costumbre y al arbitrio del juez: lo propio debe decirse de las leyes de los emperadores en el Código. Figúrese pues que desde principio se hubiese mandado, que al testigo ó al reo vario en sus dichos, y de quien se tengan graves y fundadísimas sospechas, de que oculta la verdad, con una prueba, que ya casi llegue á ser plena del delito, faltando poco para completarla, se le diese un moderado apremio, á fin de obligarle á revelar lo que se viese con presuncion vehemente que se ocultaba. Esto, aunque puede ser tambien impugnado con alguno de los argumentos del artículo antecedente, no parece, que tenga nada de cruel, especialmente si se guarda la debida moderacion y prudencia en el apremio, sin llegar por ningun término á igualar la pena regular del delito por que se da, ni la de otros graves. No parece, que pueda presumirse otro el principio, de que se ha autorizado el tormento, sino que el enardecimiento natural contra los delitos, y el deseo de castigarlos, incitaria á los hombres, que siempre van por extremos, á exasperar y agravar el apremio en el modo, que le vemos generalmente introducido.

Autoridades
que lo prue-
ban.

3 Aun en las leyes romanas, ó en los fragmentos de los jurisconsultos, á que dió fuerza de ley el Emperador Justiniano, que con relacion á la costumbre y al arbitrio del juez suponen una cosa muy terrible el tormento, no se vé, que se hayan de descoyuntar los huesos de los hombres en la tortura: no se lee en ellos, que haya de

quedar lisiado el cuerpo del reo, ó exponerse á que lo quede: no se lee, que el tormento haya de causar mas afliccion, que la pena, que correspondiera aplicar probado el delito. En la ley 7. *Dig. de Quaest.* se dice expresamente, que el modo del tormento depende del *arbitrio* del juez. En la ley 10. §. 3. *Dig.* del mismo título se dice, que no se ha de dar el tormento del modo, que pide el acusador, sino con los *temperamentos*, que correspondan á una prudente *moderacion*. En la ley 4. *tit. 30. part. 7.* se dice, que si el atormentado muriere, ó perdiere algun miembro de resultas del tormento, debe el juez recibir otra pena, como aquella, que hizo dar ó mayor. Con esto consta, que aun supuestas las leyes favorecedoras del tormento, ó que le autorizan, hallamos en ellas *arbitrio* de juez: hallamos, que el tormento se ha de dar con prudencia, con moderacion, con temperamentos: hallamos, que el juez, que mandare dar el tormento de modo, que quede lisiado el atormentado, ha de pagar el exceso con la pena de *talion* ó mayor: ¿y cómo puede decirse dado con prudencia y moderacion un dolor, que estremezca la humanidad; un dolor tan vehemente, que por él muchos quieran sujetarse á la pena ordinaria del delito, confesándole sin haberle cometido; un dolor como el que explican ó suponen los autores en el artículo antecedente? El abuso en el *arbitrio*, que se ha dado á los jueces, la casualidad de haberse empezado el uso general del tormento por los romanos con los esclavos, á quienes se trataba como á bestias de carga con la mayor dureza ó crueldad, la falta de cultura en los siglos bárbaros despues de la ruina del imperio romano, han influido mucho, en que fuese el tormento tan terrible como es

Abuso de los autores en interpretar los casos en que corresponde tormento.

4. No solo se ha abusado del arbitrio en el modo de apremiar, sino tambien en determinar los casos, en que habia de tener lugar el apremio. Aun con los esclavos no se usaba de tan dolorosa y sensible prueba, sino en el caso de estar tan sumamente cargado el reo, que casi no faltase nada para completar la prueba, como se verá despues. Tampoco se usaba entre los romanos de la tortura sino con los esclavos, y con los hombres de baxa condicion, como se demostrará en el *artíc. 4.*

5. Cotéjese esta moderacion en el uso del tormento con el abuso, que se ha hecho despues, extendiéndole los intérpretes, y fundados solamente en la legislacion romana, á muchas personas, que no debian comprehender, y á muchos casos, en que la contradiccion é inconstancia del reo, su mala fama y qualidad, la sospecha de si cometió otros delitos, ó tuvo otros cómplices, ha sido y es la única causa impulsiva de atormentar á un hombre con agudísimos dolores.

De lo que puede en general pensarse de esta materia y de su gravedad.

6. Yo prescindo, y dexo á la superior inteligencia y autoridad de los sabios y de los legisladores la decision de si, no obstante la modificacion, que he indicado, es justo abolir la prueba del tormento, á cuyo favor está lo que he dicho en este artículo, y la práctica de muchos siglos, con apoyo en la jurisprudencia romana, que es cosa siempre respetable, y por otra parte ó en contra estan las razones referidas en el artículo antecedente, y la dificultad, de que se regule bien el arbitrio de los jueces en el apremio, viendo que por espacio de tantos siglos se ha abusado de él á juicio de graves autores. De lo que no puede prescindirse es de la gravedad del asunto, y de qué moderados y circunspectos han de ser los jueces

en el uso del tormento aun en donde está autorizado, teniendo bien presentes las modificaciones y limitaciones puestas por las mismas leyes, de que de poco en poco se han ido olvidando los intérpretes y magistrados, dexándose llevar muchos de un excesivo y mal regulado enardecimiento en castigar los delitos.

ARTÍCULO III.

- De los diferentes modos y efectos, con que se da el tormento.

1. El tormento puede darse de dos modos, ó *ad eruendam veritatem*, como dicen, contra el mismo reo, que se atormenta, y entónces se reduce á confesion apremiada, ó *in capita sociorum* como testigo en los casos, en que el reo puede serlo, ó valer su dicho como parte de probanza para condenar á otro.

El tormento puede darse para averiguarse el delito del mismo reo ú otros.

2. *Ad eruendam veritatem* puede darse tambien de dos maneras, ó sin perjuicio de la prueba, ó con perjuicio de ella, purgando la negacion en el tormento qualquiera sospecha, que pueda haber contra el reo. En realidad, así como se debe creer, que si el reo, atormentándosele confesará el delito si le cometió, tambien debe presumirse, que, si persiste negativo á pesar de atormentarle, es por no haberle cometido: y por otra parte, si es verdad, que sea reo, bien paga la pena con el mismo tormento. Heineccio al titulo de las penas en su *Elem. iuris secund. ord. Pandect. part. 7. §. 243.* dice, que el reo negativo en la tortura se entiende haber purgado la sospecha, que contra sí tiene, y que se ha de absolver: cita las *leyes últ. Dig. de*

con perjuicio de la prueba ó sin él.

Calumn. y la 4. *Cod. de Eden.*, que no parece lo digan claramente, sino por la regla general, de que no probándose el cargo se ha de absolver el reo. Pero, sea lo que fuere de derecho comun, es esto corriente y perpetuamente observado en Cataluña, de biéndose en esta provincia absolver definitivamente el reo sin poderse proceder contra él aun en caso de mayores indicios y de evidente probanza: y esto aunque el juez diga ó decreta: *sin perjuicio de la prueba*. Consta esto de Calderó *decis.* 14. num. 8. hasta el 14. Lo mismo se lee en Peguera *Práct. crimin. cap.* 12. §. 12., trayéndose una decision acerca de este punto, sobre la qual, y sobre la propia materia, puede verse el mismo Peguera *tom.* 1. *Decis.* c. 70., en donde se habla de un caso bien raro de una muger, que estuvo negativa en el tormento: se absolvió, y despues los homicidas y asesinos confesáron haber hecho la muerte por mandato de dicha muger: cita una ley, y á muchos autores, y entre estos á Gomez *cap.* 13. *Delictor. n.* 18. Cortiada tambien en la *decis.* 277. num. 93. hasta el 101. dice, que por derecho comun se duda, pero que por el de Cataluña es cierto, que no se puede proceder contra el que estuvo negativo en el tormento, aunque sobrevenga plena probanza contra el reo.

Duda sobre si puede darse diferentes veces el tormento.

3 Por derecho comun no es lo que acabo de decir: pues de las *leyes* 16. y 18. §. 1. *Dig. de Quaest.*, con las quales concuerdan las *leyes* 4. y 6. *tit.* 30. *part.* 7., consta, que se puede dar segunda vez el tormento, de modo, que si por derecho romano la negacion en el tormento purga al reo de los indicios y sospechas, que hubiere contra él, como dice Heineccio, ha de ser esto con respecto á las antecedentes, sin librarle del cargo, que pueda otra

vez formarse con las que sobrevengan. En Cataluña es derecho particular el que he referido; y se habrá fundado en el vehemente dolor de la tortura, que puede equivaler á la pena, que se debe al delito, y en la fuerza de la sentencia, y del principio cierto, de que por una misma cosa no ha de haber dos juicios: tal vez lo que se lee en las citadas leyes de la repetición del tormento debe entenderse en la misma causa, y con relación al tiempo intermedio de diligencias, y curso de ella, ántes de proferirse la sentencia: esto parece muy regular, y que á su tiempo tenga el reo derecho á que ó se le condene, ó absuelva definitivamente, y á no ser juzgado dos veces.

4. De la referida regla tenemos también por nuestro derecho municipal excepción en delito de lesa magestad *in primo capite*: se da entonces el tormento sin perjuicio de la prueba, como consta en Cortiada *decis.* 277. num. 92.

5. De la Curia Filípica *Juic. crim.* §. 16. num. 2. y 19., citándose á Gomez y á Covarrubias, es manifiesto, que se da en Castilla el tormento sin perjuicio de la prueba, y que no purga la sospecha del modo que ántes dixe de Cataluña.

6. En dónde, ó cuándo se da la tortura sin perjuicio de la prueba, se suele condenar el reo negativo á pena extraordinaria, y menor de la que correspondiera probado el delito, porque siempre la negación disminuye los indicios, Cortiada *decis.* 277. num. 101. y 102.: *Ibid.* dice, que si no habiendo tortura por los indicios correspondiesen diez años de galera los baxaría él en fuerza de la negación á siete, los siete á cinco, los cinco á tres, y los tres á pena de relegación á isla. El Sr. Elizondo, en su *tom.* 4. de la *Práct. univ. for.* pag. 368. dice,

En Cataluña solo en delito de lesa magestad ha acostumbrado darse sin perjuicio de la prueba.

En Castilla regularmente se ha acostumbrado dar sin perjuicio de la prueba. Cuando se da sin perjuicio de la prueba, se aplica pena extraordinaria.

que si el reo persiste negativo en el tormento se le ha de absolver de toda pena corporal, pero no de otra arbitraria.

ARTÍCULO III.

De la prueba, que se necesita para dar tormento, y de los delitos, en que puede darse.

Debe estar sumamente cargado el reo para poderle atormentar.

1. Pero veamos, qué grado de probanza se ha de tener para apremiar al reo, á que confiese con el tormento ó declare los cómplices. Por lo que toca á este segundo caso debe él regularse por lo dicho de testigos: por lo que mira al reo para la confesion la ley en este punto bien clara es y justa: pero los autores la han extendido inhumanamente, apartándose de la decision de los legisladores, como puede verse de lo que dice el Sr. Lardizabal *Disc. sobre las penas cap. 5. §. 6. num. 3.* Es digna de tenerse presente en esta materia la sentençia del Emperador Adriano, de que hace mencion Ulpiano en la ley 1. §. 1. *Dig. de Quaest.*, esto es que entónces es conveniente llegar al tormento, quando el reo esclavo está cargado con tantos indicios y pruebas, que sólo parezca, que falte la confesion: es decir, á lo que parece, que solo falte, ó aun, que solo parezca faltar algun quilate de prueba. La ley 2. tit. 30. part. 7. dice: *É aun los juzgadores no los deben tormentar luego, que sean acusados, á ménos de saber ante presunciones ó sospechas ciertas de los yerros, sobre que fuéron presos.*

2. De la Curia Filípica *Juic. crim. §. 16. num. 6.* hasta el 12. se ponen varios indicios, como suficientes para la tortura, de los quales algunos parecen floxos, ó poco vehementes para darles tanta fuerza

y efecto. En la *Pract. crim.* de Peguera *cap.* 12. §. 9. se advierte, lo que nunca debe olvidarse hablando de indicios, que cada uno para obrar el influxo, de que se trata, ha de ser perfectamente probado. Calderó *decis.* 14. n. 16. hasta el 31. trata de los indicios, que deben preceder para la tortura: y aunque en el *num.* 21. confiesa, que ha de verificarse uno siquiera muy vehemente y próximo concurriendo otros remotos, ó que no se da en otros casos el tormento en esta provincia, con todo en el mismo hallo como en los demas, que no parece, que lo estreche tanto, como se debiera. *Ibid.* *numer.* 25. se dice, que no concurriendo indicios correspondientes no vale la confesion, ni puede hacerse válida con otros, que sobrevengan. Lo cierto es, que por la *ley* 20. *Dig. de Quaest.* por un solo testigo no se puede sujetar á nadie al tormento; que con esto solo es manifiesto, que no basta semiplena probanza, debiendo pasar á semiplena mayor; y que ésta ha de ser muy cumplida, constando por otra parte de la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Quaest.* y de la *1. tit.* 30. *part.* 7., que solo ha de parecer, que falte la confesion del delito. Esto es lo que literalmente dicen las leyes, no siendo justo con pretextos de castigar delitos extenderlo indiscretamente, como hacen muchos intérpretes sin autoridad legítima á casos, de que no hablan los legisladores.

3. No solo ha de haber sospecha vehemente, que pase de semiplena probanza, y llegue casi á completar la plena, sino que esto solo puede tener lugar en alguna especie de delitos, conviene á saber en los capitales y atroces y de difícil prueba. Así habla el edicto de Augusto en la *ley* 8. *Dig. de Quaest.*: *quaestiones haque semper in omni causa et persona desiderare debere arbitror: et quum capitalia, et*

Solo puede atormentarse el reo quando se trata de delitos atroces.

atrociora maleficia non aliter explorari et investigari possint, quam per servorum quaestiones, eas habendas censeo: lo mismo consta de la ley 1.^a tit. 30. part. 7. El tormento se dice en el Juic. crim. de la Cur. Fil. §. 16. num. 3., que solo puede darse en los delitos, en que se pueda imponer pena corporal: no declara ni estrecha esto bastante. No basta, que se pueda aplicar pena corporal, para poderse dar el tormento. Peguera en la *Práct. crim. cap. 12. §. 9. numer. 2.* dice, que no se puede dar sino en delitos, que merezcan pena mayor, que la de destierro ó relegación, como mutilacion de miembro, minas, y galeras, á fin de que no tenga mayor pena el reo no convicto que el convicto. Lo mismo Calderó *decis. 14. num. 4.* Peguera en el *tom. 1. Decis. capit. 16. num. 17.* dice, que por un hurto pequeño, por el qual no corresponde sino pena de azotes, y algun destierro, no se puede poner á nadie en questão de tormento, segun la práctica de nuestra Sala del Crimen. Bien claros son los términos, en que hablan las leyes, que son las que principalmente deben atenderse: segun ellas solo se puede dar tormento en los delitos capitales y de los más atroces y de difícil prueba.

ARTICULO V.

De las personas que se pueden atormentar.

Solo podian atormentarse los esclavos entre los romanos.

No solo está limitada la tortura á sospechas vehementes, y á delitos capitales y atroces, y de difícil prueba, sino tambien á determinadas personas. Si así como se guiaron las naciones por las leyes romanas en una cosa, lo hubiesen hecho en otra, no solo habria podido esto endulzar la amar-

gura de la prueba del tormento con la moderación sentada en quanto al modo de dar el tormento, y á los pocos delitos, de que ya se ha hablado, sino tambien con muchas excepciones de personas: pues es cierto, que no la usáron los romanos sino con los esclavos, de quienes era particularmente propio el tormento, *ley 1. §. 1. ley 19. Dig. de Quaest. ley 15. Cod. Eod.* Despues parece que lo extendiéron á las personas infames y de vil condición, *ley 21. §. 2. de Testib.*

2 En una legislacion, en que solo de su principio, según parece, se sujetáron los esclavos al tormento, bien claro es, que debian exceptuarse las personas ilustres, *ley 16. Cod. de Quaest. ley 10. Cod. de Dignitat.* De aquí es, que tambien se exceptuáron los soldados y sus hijos, *ley 8. Cod. de Quaest.*

3 Este privilegio se ha acomodado á los nobles, que son los descendientes de los que por servicios militares, ú otros comparados con ellos, han conseguido la hidalguía, y á los que de qualquier modo gozan de ésta, como son generalmente en todas partes los doctores, *Peguera Práct. crim. cap. 12. §. 9. num. 9.*

4 De la misma generalidad de personas ilustres ha de derivarse la excepcion de tortura en los presbíteros y obispos, *ley 8. Cod. de Episc. et cleric.*, en los decuriones, y sus hijos, ó descendientes hasta el tercer grado, *ley 11. y 16. Cod. de Quaest.*

5 Por razon de la edad se exceptúan generalmente los impúberes ó menores de catorce años, *ley 10. ley 15. §. 1. de Quaest. ley 2. tit. 30. p. 7.* pero á los que están próximos á la pubertad se les puede amenazar con azotes, ó con otra mortificación, y aun usarse de ella moderadamente, *ley 1.*

En el dia no pueden atormentarse las personas ilustres.

Se comprehenden en dicha clase los nobles.

los presbíteros, los regidores, sus hijos y nietos.

Los menores de catorce años solo pueden apremiarse con moderado castigo.

§. 33. Dig. *Ad senat. cons. sillan.*, ley 7. tit. 30. part. 7. : y así se practica en esta provincia segun Calderó *Decis.* 14. num. 34. y Peguera *Práct. crim. cap.* 12. §. 9. num. 9.

Los viejos no pueden atormentarse.

6 Así como los impúberes por poca edad por mucha los viejos no pueden ser atormentados, ley 3. §. 7. Dig. *Ad senat. cons. sillan.* Segun Calderó *decis.* 14. num. 35. pende del arbitrio del juez el graduar el tiempo de la vejez para dicho efecto, citando á Narbona, que aprueba la regla, de reputar por viejo á los septuagenarios y sexagenarios.

ni las mugeres embarazadas ó recién paridas.

7 Mucho mas justa aun es esta excepcion en las mugeres embarazadas, ley 3. Dig. *de Poen.* ley 2. tit. 30. part. 7. : ni aun despues de haber parido puede sujetárselas al tormento, sino han pasado á lo ménos quarenta dias desde el tiempo de la purgacion. Calderó *decis.* 14. num. 36. : y del num. 37. *ibid.* y de Peguera *Práct. crim. cap.* 12. §. 9. num. 9. consta, que tampoco pueden atormentarse las amas de leche.

Dichas excepciones se autorizan en la Curia Filípica.

8 Todas las excepciones referidas pueden verse autorizadas en la *Curia Filípica Juicio crimin.* §. 16. num. 5.

Tampoco pueden atormentarse los mudos y sordos de nacimiento.

9 Como la confesion del mudo y sordo ha de ser y considerarse siempre falible y defectuosa por la incertidumbre, en que ha de quedar el juez, de lo que quiso decir ó significar el reo, no pudiendo servir esta confesion para condenarle, sino concurre prueba por otra parte, dice bien Antonio Gomez *Var. resol.* tom. 3. cap. 1. num. 69. , que de aquí infieren los autores, que no pueden sujetarse los mudos y sordos al tormento : con este parecer se conforman casi todos los criminalistas, segun lo que leo en Heineccio *Exercit.* 18. *de Relig. iudicant.* §. 40. y 41. : por lo ménos consienten los au-

tores indicados, en que no se puede condenar al reo en fuerza de semejante confesion. No solo la incertidumbre, en que ha de quedar el juez, debe eximir á los sordos y mudos del tormento, sino tambien la imposibilidad de individualizar las circunstancias del hecho, que debe procurarse en la confesion.

10 De estas mismas excepciones, con que se eximen del tormento las personas referidas, hay excepcion en algunos delitos sumamente graves y privilegiados. En este número se incluye el de heregía, ley 4. §. 4. *Cod. de Haeret.*; el de hechicería, ley 7. *Cod. de Malef. et mathematic.*; el de lesa magestad, ley 3. y 4. *Cod. Ad leg. iul. maiest.*, ley 10. §. 1. *Dig. de Quaest.*, ley 3. §. 10. *Dig. de Re milit.*, ley 6. tit. 30. part. 7. En la *Curia Filíp. Juic. crimin.* §. 16. num. 5. se añade el pecado nefando, citándose á Gomez y á Paz.

11 Esta excepcion, con la qual decimos, que en los expresados delitos toda especie de personas se apremia á la declaracion con el medio del tormento, no ha de entenderse sino con los que por especie de privilegio y condecoracion estan exentos: pues en quanto á los que tienen falta de edad ú algun impedimento, que los dexen incapaces para la declaracion, ú otro motivo, como en las embarazadas, que los imposibilite por el perjuicio de tercero, es claro, que ni aun en dichos casos debe tener lugar la excepcion por razon de los delitos.

Las personas privilegiadas en quanto al tormento pueden sujetarse á él en algunos delitos.

ARTÍCULO VI.

Del modo, con que se ha de decretar, y dar el tormento.

Cómo se concibe la sentencia ó decreto del tormento.

1 Conocidos ya los casos, en que se puede dar tormento, de la solicitud, con que se pretenda, que se dé, ha de darse traslado á la parte, segun lo que se ha dicho del Juic. crim. de la Cur. Filip. §. 16. num. 1. y segun nuestra const. 3. de Penas corporals. No se puede sujetar á nadie al tormento sin haberle ántes plenamente oido, const. 3. de Penas corpor., Calderó decis. 14. num. 86. y 87. La fórmula de la sentencia del tormento es, segun el Sr. Elizondo tom. 2. Práct. univ. pag. 415. y 416., fallamos atenta la causa y sus méritos, que por la culpa, que de ella resulta contra N. le debemos condenar y condenamos, á que sea puesto á questão de tormento, cuya calidad y cantidad en nos reservamos, dexando, como dexamos, en su fuerza y vigor los indicios, probanzas, y demas autos de esta causa: y por esta nuestra sentencia así lo pronunciamos y mandamos con costas. Quando se da con perjuicio de la prueba ha de quitarse lo relativo á esto, y quando se da *in capita sociorum* condenando al reo, se ha de expresar esto mismo en la propia sentencia, con que se condena al reo á la pena del delito, de que él se halla ya convicto. En la ordenanza 206. de las de nuestra Audiencia se dispone, que no puede poner la Sala del Crimen á nadie á questão de tormento sin auto ó sentencia, que firmen los que la dieren.

El tormento debe ser el de costumbre y moderado.

2 El tormento, que ha de darse, es el que esté aprobado por costumbre, como el de agua, cordelles ó garrucha, segun dice la Curia Filip. Juic.

crim. §. 16. num. 3. El Sr. Elizondo en el tom. 1. Práct. univ. pag. 273. y 274. refiere varias especies de tormentos, de los quales dice, que en el dia solo se usa el de cordeles, y algunas veces con éste el de agua, echándola fria por la espalda, y espinazo al reo, estando en la cuerda, y habiéndolo tomado ya calor. Es arbitraria al juez la qualidad y cantidad del tormento, ley 7. Dig. de Quaest., ley 10. §. 3. *ibid.*, Curia Filip. Juic. crim. §. 16. n. 13. y 14., y ha de darse con moderacion, de manera, que no quede lisiado el reo, ya sea para el caso de ser inocente, ó para sufrir el castigo en el de ser culpado, ley 7., ley 10. §. 3. Dig. de Quaest. Si se hubiese tenido buena moderacion en esto podia quedar la cosa reducida al regular y justo apremio, que ántes se ha dicho haber sido el principio, de donde se habrá introducido este género de prueba.

3 Pero hablemos ya de quando se llega á la cuestión del tormento, y qué diligencias se han de practicar, quién debe asistir, por quién ha de empezarse, si puede repetirse el tormento, quando, cómo, dentro de qué tiempo se ha de ratificar la confesion, y si se ha de hacer ésta con juramento.

4 Al tormento, se dice en la Curia Filip. Juicio crim. §. 16. num. 16., solo se ha de hallar el juez, escribano, y verdugo, que le ha de executar, y el atormentado: y se ha de dar en lugar apartado, sin que otro se halle presente, ni lo pueda oír. Y el juez, se añade allí mismo, ha de preguntar al atormentado, qué es lo que sabe del delito, y de quién le cometió generalmente, y sin particularizar su nombre, ni otro, ni preguntar si él lo cometió: así lo dice una ley de Partida: cita la 3. tit. 30. part. 7., que en realidad previene esto y lo del lugar apartado. Se ha de preguntar solamente de lo que resultá de

De las diligencias que se han de practicar en el tormento.

Asistencia del juez, escribano y verdugo, sin amenaza ni sugestion.

autos en los términos, que se ha dicho al hablar de la confesion del reo; y ha de tener particular cuidado el juez en no inducir con sugestiones, amenazas ni alhagos, en no usar de palabras duras y ásperas, y en no permitir, que use de ellas el verdugo, á fin de que la confesion sea libre y espontánea, y recaiga en quien deba y corresponda, y no en quien quiera, desee ó piense el juez. Es esta una de las advertencias, que da Heineccio en la *Disertacion 18. de Relig. iudic. circa reor. confes. sylloge 1. §. 35.*, digna ciertamente de darse por la suma facilidad, con que se puede faltar y abusar en semejantes lances.

Siendo muchos los que se han de atormentar se empieza por el más débil, y no se da sino despues de mucho tiempo de haber comido.

5 *T* habiéndose de atormentar dos ó mas reos, se dice en el lugar citado de la *Curia Filípica*, se ha de empezar por el más débil de complexión y naturaleza, y cesante esto por el más indiciado, para que mas presto se sepa la verdad, sin que uno sepa lo que otro declara, y de suerte, que no muera en el tormento, el qual se ha de escribir de la manera, que pasó, para que verdaderamente conste de él y de su forma y cantidad, segun otra ley de Partida, y su glosa de Gregorio Lopez: cita la 5. tit. 30. part. 7. El Sr. Elizondo *Práct. univ. tom. 1. pag. 279.*, citando á varios criminalistas, dice, que no se pone el reo en cuestión de tormento hasta despues de ocho horas de haber comido, y que debe amonestar el juez al reo, á que confiese la verdad: y habla del tiempo, que se le puede tener en la cuestión de tormento.

De cómo se da en Cataluña.

6 Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 12.* trae el modo y forma, con que debe executarse, ó se executa en Cataluña la cuestión de tormento, que viene á ser lo mismo.

Si tiene con-

7 Si el reo tiene alguna congoxa en el tormen-

to, dice Calderó *dec. 14. num. 80. hasta el 83.*, que debe advertirlo el escribano poniendo todas las diligencias del modo, que se practican; que el juez debe mandar, ó proveer auto, de que cesando el impedimento se le volverá á sujetar al tormento: dice que si no se continuase dicha prevencion, no se podria repetir el tormento: no sé por qué: pero así dice que se practica. Pasado el desmayo, añade, que puede repetirse el tormento excepto si dicen los facultativos, que pelagra la vida ó el cuerpo del reo: *ibid. num. 84. y 85.* dice, que en el acto de la tortura no se exige el juramento, ni ha de asistir el curador. En la ratificacion dice, que se exige el juramento y la asistencia del curador.

8 Heineccio en la *Disertacion 18.* citada §. 35. trae tambien la advertencia prevenida con solicitud por todos los criminalistas de no valer la confesion del reo hecha en el tormento, si no se ratifica despues fuera de él y de la vista de los instrumentos, con que se atormenta, para que sea mas libre la declaracion. En la *Curia Filip. Juic. crim. §. 16. numer. 17.* se dice, que esta ratificacion ha de hacerse despues de pasado un dia natural de veinte y quatro horas de hecha la confesion en el tormento, y que en el Santo Oficio de la Inquisicion se suele diferir hasta tres dias pasados despues de la confesion. De Peguera en la *Práct. crim. cap. 12. §. 12.* consta, que disputan los autores sobre el tiempo, que ha de mediar de la confesion á la ratificacion: dice que algunos son de parecer, de que puede hacerse luego; otros de que ha de pasar un dia, y que esta opinion la tiene por comun Gomez *Variar. tom. 3. cap. 13. num. 24.*, y que en Cataluña no se observa esto, haciendo pasar al reo luego que le han sacado del tormento á otro lugar para

gosa el reo debe suspenderse y cómo, extendiendo todo lo que ocurre el escribano.

La confesion del tormento debe ratificarse fuera de él y cuándo.

la ratificación. *Ibidem* dice Peguera, que, si después de la confesion niega el reo lo que ha confesado en el tormento, se ha de volver á poner en él, y que, si esto sucede tres veces, no se ha de repetir el tormento, porque no se ha de proceder á lo infinito, y que, si tres veces en el tiempo de la ratificación hubiese negado, se ha de sobreseer.

De la retractacion del que en el tormento ha declarado contra alguno.

9 Si el reo fuera ya del tormento, después de haber culpado á alguno, le disculpa para descargo de su conciencia, se duda de la fuerza, que ha de tener la segunda declaracion. Calderó en la *decis.* 14. num. 69. hasta el 79. dice, que si el cargo contra el culpado no está adminiculado con indicios, ó lo está con leves, le destruye la segunda declaracion hecha en el patíbulo ó en la hora de la muerte: pero no le destruye, quando los indicios por sí solos ya son graves y suficientes para tortura: á mí me parece, que siempre los ha de debilitar, y que ya lo viene á decir allí mismo el citado autor. Dice *ibidem*, que no se oye á los reos, si después de evacuada la cuestión del tormento quieren variar, declarando inocentes á los que declaráron culpados. Parece esto bastante dureza, si no llega á oírseles para los efectos, á que pueda haber lugar: el mismo autor sugiere el medio, de que lo hagan en el patíbulo: á la declaracion contraria hecha en la cárcel fuera del artículo de la muerte se dice en el mismo lugar, que no se le da fuerza ninguna, por ser absurdo, que un acto extrajudicial debilite el judicial, y bien conocida la diferencia de presuncion, que milita á favor de la declaracion hecha en el artículo de la muerte.

Del modo de dar el tormento en los

10 En los capítulos 45. 48. 49. y 51. hasta el 56. de las instrucciones del Santo Oficio de la Inquisicion de 2 de septiembre de 1561, que trae Co-

varrubias en el *Apéndice de los documentos*, se halla el modo y forma de dar el tormento en los tribunales del Santo Oficio.

11 En quanto á militares en el *art. 49. tit. 5. trat. 8. Orden. mil.* se dice, que al tormento debe asistir con el sargento mayor el auditor de guerra, y que á cargo de éste estan todas las diligencias del tormento; que si confiesa el reo se ha de aplicar la pena ordinaria del delito, sino arbitraria. En el artículo antecedente se dice, que sin aprobacion del comandante general, ó del Consejo Supremo de Guerra en caso de no convenir dicho comandante, no se puede dar el tormento.

12 Heineccio en la *Disertacion 18. Sylloge 1. §. 38.* dice, que, quando se justifica causa de error en él que confesó en causa criminal, no puede haber reparo en revocar la confesion, siendo manifiesta la justificacion del error, que no parece fácil en hecho propio sobre que confiesa el reo: parece fundarse esto en lo mismo, que se dixo sobre la confesion en materia civil.

tribunales de la Santa Inquisicion.

Del modo de darle en los tribunales militares.

La confesion puede revocarse quando se hizo con error.

CAPÍTULO XX.

De las sentencias.

SECCION I.

De dichas sentencias, y cómo deben darse.

Las sentencias deben darse con citacion de partes con todas las formalidades correspondientes del modo, que se ha explicado al hablar del Juicio civil en el *tit. 2. cap. 11.*

Las sentencias deben darse con citacion de partes.

Constando del delito debe darse sentencia condenatoria con aplicacion de determinada pena.

2 Quando consta del delito tiene lugar la sentencia condenatoria, la qual ha de expresar la pena determinada, *Cur. Filip. Juic. crim. §. 17. num. 2.* Toda sentencia condenatoria en juicio criminal ha de comprehender las costas: y en conformidad á esto he leído carta de 16 de mayo de 1750 de los Directores Generales de Rentas al Administrador General de Cataluña, previniéndose, que en causas de rentas, siempre que se declaren contraven-tores los reos, debe en conseqüencia hacerse la condenacion en costas, y que no habiendo otros bienes, que los comisados, debe deducirse de estos el importe con el bien entendido, que ningun ministro asalariado por las rentas debe percibir derecho ninguno.

Habiéndose purgado el reo debe absolversele sin que se le pueda acusar en otro juicio.

3 Las sentencias ó han de ser condenatorias ó absolutorias ó formadas en un modo de medio término entre unas y otras. Quando el reo ha dado su descargo se ha de absolver, y dar por libre y quitto definitivamente. Así se dice en la *Curia Filip. Juic. crim. §. 17. num. 1.*: y entónces no puede volver á ser acusado el réo sobre el mismo delito, *ibid. §. 9. num. 14.*

Alguna vez solo debe absolversele de la instancia del juicio.

4 Quando el delito es atroz, y no está averiguado, se suele absolver de la instancia del juicio, para que, interviniendo despues nueva averiguacion, se vuelva á proceder sobre él contra el delinqüente. Así se dice en el num. 1. del §. 17. citado, en donde se expresa ser esto buena práctica.

Quando corresponde la absolucion de dicha instancia.

5 Covarrubias *lib. 1. cap. 1. num. 8.* trata tambien de esto, sin parecer, que dé una regla fixa, que pueda bien gobernar. Dice primero, que si el juez sabe por conocimiento ó ciencia particular, que el réo es el delinqüente, aunque no resulte serlo de autos, le ha de absolver de la instancia.

Despues dice, que la opinion, de que, aunque el delator no hubiere justificado en el término de prueba el cargo contra el reo, solo ha de absolverse á éste de la instancia, está generalmente recibida por práctica en las causas criminales con el efecto, de que, sobreviniendo nuevos indicios y pruebas, se pueda tratar otra vez del mismo delito, por lo que interesa la vindicta pública, y por lo que conviene obviar prevaricaciones: pero no explica Covarrubias, en qué casos se ha de hacer esto, y en qué casos se ha de absolver el reo definitivamente. En el n. 1. citado del §. 17. *Juicio crim. Cur. Filip.* tampoco parece, que se ponga claro, quando se ha de absolver el reo definitivamente, y quando solo de la instancia del juicio: pero es evidente, que quando el reo destruye el cargo tiene derecho á la absolucion definitiva: y que solo en el caso de no adelantarse las pruebas hasta lo que se debe para la condenacion, ni destruirlas por otra parte el reo, puede tener lugar la absolucion de la instancia. Sobre lo relativo á Cataluña pueden verse los lugares citados al hablar del modo, con que se ha de dar soltura á los reos, y lo que se ha dicho allí mismo en el *capit. 10. sec. 5.*, que se puede confirmar con lo que acabo de decir.

6 Los romanos tenian tambien antiguamente el medio término en causas criminales, pronunciando el *amplius*, de que entre otros trae un exemplo Ciceron en el *cap. 29. del lib. 1. de la Accion segunda contra Verres*. Con dicha fórmula ó provision se diferia el fallar definitivamente á otro tiempo, quando ni por una parte se podia condenar el reo, ni por otra quedaba tan justificada su inocencia, que debiese absolverse.

Fundado lo dicho en el estilo de los romanos.

Fórmulas de algunas sentencias.

7 El formulario de la sentencia del tormento ya le hemos citado arriba. En el Sr. Elizondo *Práct. univ. tom. 1. pag. 315.* hay formulario de sentencia de horca: y en el *tom. 2. pag. 416.* de la de deguello. En el *tit. 14. de la Compilatio Practicallis de Amigánt* hay fórmulas de varias sentencias en quanto á Cataluña. No ocurre cosa particular sobre esto: y basta citar dichos autores por si alguno quiere verlas.

Algunas sentencias en causa criminal deben consultarse.

8 Algunas de las sentencias, especialmente de pena corporal, deben ser consultadas ántes de publicarse, como todas las de los alcaldes ó justicias inferiores, segun queda advertido en sus lugares. Por el *cap. 17. de la pragmática de 17 de abril de 1774* todas las sentencias en causas de bullicio ó alboroto no solo deben consultarse con las Salas de Crimen ó de Corte, sino tambien con el Consejo, si la gravedad lo pide. Por la cédula de 18 de octubre de 1767 no pueden las justicias dar sentencia en causas de Jesuitas constituidos *in sacris*, ni aun hacer los procedimientos judiciales, sino que deben remitir el proceso de nudo hecho al Consejo. De las sentencias en punto de caza se ha de remitir testimonio al Consejo, conservando ínterin en depósito los instrumentos, *cap. 16. de la cédula de 16 de enero de 1772*, y en quanto á los eclesiásticos puede verse el *cap. 18. ibid.*

Las sentencias absolutorias de consejo de oficiales generales deben publicarse.

9 Las sentencias absolutorias y declaratorias de inocencia de algun reo, de que haya conocido el consejo de guerra de oficiales generales, se han de publicar en todas las provincias, *art. 23. tit. 6. trat. 8. Ord. mil.*

De las sentencias en general.

10 Todo lo demas relativo á sentencias debe tomarse del *tit. 2. cap. 11.*

De las sen-

11 En orden á los tribunales colegiados, ó

al número de individuos , que en ellos se necesita para formar sentencia en causa criminal , pueden verse los lugares para esto citados en el *tit. 2. capit. 11 sec. 1.* Lo que no debe aquí pasarse por alto es lo que sábiamente previene la *ley 18. tit. 22. part. 3.* , que en igualdad de votos deben prevalecer los que absuelven ó dan menor pena al reo.

tencias de tribunales colegiados.

SECCION II.

De los efectos de las sentencias , y especialmente de la execucion.

1 El efecto de las sentencias es limitado á las personas , en quienes recae : por consiguiente la sentencia , dada á favor ó contra alguno , no sirve contra otro , *Curia Filíp. Juic. crim. §. 17. num. 4.*

La sentencia, dada contra uno, no obra contra otro.

2 Para conocer el efecto de la sentencia limitado , como se ha dicho , á la persona , hemos de distinguir dos casos. El uno , en que se apele ó suplique de ella : el otro , en que no se apele ni suplique. Si hay apelacion , ó suplicacion interpuesta suspende qualquiera de estos remedios el efecto de la sentencia , y por consiguiente la execucion de ella , que es el mas principal , á excepcion de algunos casos , en que ninguno de estos , ni de otros recursos obra la suspension. De todo lo perteneciente á esta materia se tratará en el capítulo siguiente. El otro caso es , quando publicada la sentencia no se apele , ni se suplica , ni interpone recurso ninguno. Entonces , si es absolutoria la sentencia , obra el efecto , de no poder ser mas acusado el reo , siendo absuelto definitivamente , y si es condenatoria , tiene el efecto de que luego se execute el reo , con tal que no haya alguno de los motivos , que diré luego , que

Cómo se pone en execucion, no siendo apelada ni suplicada.

pueden suspender la execucion, aunque no haya apelacion, súplica ni recurso.

La sentencia debe executarse en público.

3 Todos los autores convienen, en que la execucion de las sentencias criminales ha de hacerse en público, como puede verse entre otros en el Sr. Lardizabal *Discurs. sob. pen. cap. 2. n. 19.* Hasta las defensas, acriminaciones, y otros muchos actos de los procedimientos de la causa criminal quisieron sabiamente nuestros legisladores en el establecimiento de las audiencias, chancillerías y consejos autorizados para obrar en nombre del soberano, que se hiciesen en audiencia pública: y en algunas partes se imprime la sentencia con algun extracto de la causa. Tanta es la satisfaccion, que se quiere, que tenga el público. Además el fin de las penas, que es el único en las capitales, y muy principal en todas las demas, conviene á saber, el escarmiento, quedaria ciertamente frustrado, si no fuese pública la execucion de la pena: *Paladinamente debe ser fecha, dice la ley 11. tit. 31. part. 7., la justicia de aquellos, que ovieren fecho, porque deban morir, porque los otros, que lo vieren, é lo oyeren, resciban ende miedo é escarmiento, diciendo el pregonero ante las gentes los yerros, porque los matan. La justicia del delinquente, dice la Curia Filíp. Juicio crim. §. 17. num. 3., ha de ser hecha en el lugar acostumbrado y diputado para ello. . . y se ha de hacer públicamente con voz de pregonero, que manifieste el delito para terror y exemplo de los demas, de dia, y no de noche, ni encubiertamente.*

algunas veces en el mismo lugar en que se ha cometido el delito.

4 En el mismo lugar se dice, que por la gravedad del crimen, y para infundir terror, se manda hacer, y se hace la justicia del delinquente en el mismo lugar del delito, como se dice, añade, en el derecho, citando la ley 28. §. 15. *Dig. de*

Poen., en donde se lee lo siguiente: *famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit.* Dice la ley, que se ha de hacer esto, para que se abstengan los otros de semejantes delitos, y para consuelo de los parientes de los que fuéron muertos. Confirma lo mismo la ley 3. *Dig. de Re milit.* En la real cédula de 1 de agosto de 1784, hablándose de la observancia de la pragmática de 19 de diciembre de 1783 sobre gitanos y contrabandistas, y de los desórdenes, que unos y otros causan, y encargándose el fenecimiento de las causas, se manda, que quando por delitos de salteamientos, robos, homicidios causados en ellos, ó en el contrabando, se hubieren de imponer penas capitales, se executen estas en todo el reyno en los pueblos, en que se hubieren cometido los delitos, ó en los inmediatos á los parages despoblados, en que se hubieren cometido.

5 Aunque con lo dicho se vé, que las penas se han de executar regularmente en público, con todo en la *Curia Filíp. Juic. crim.* §. 17. num. 3. se previene, que puede hacerse ocultamente la execucion, si hubiere de haber escándalo ó temor de que se ha de quitar el delinquente, ó de que se ha de estorbar.

En algun caso puede ser oculta la execucion de la sentencia.

6 Antes de hacer justicia del delinquente, dice la *Curia Filíp. Juic. crim.* §. 17. num. 14., se le ha de dar (al reo) sacerdote... que le confiese, y vaya con él hasta el lugar del suplicio, donde ha de fenecer la vida con la muerte, dándole para ello algun tiempo y espacio, en que se pueda prevenir para ella, y ayudándole á bien morir, hasta que acabe... y tambien se le ha de dar un dia ántes, que se execute en él la sentencia de muerte, el Santísimo Sacramento, como lo manda una ley de la Recopilacion, fundada en un

De la asistencia espiritual, que se ha de dar al reo de pena de muerte.

propio motu del Sumo Pontífice S. Pio V., y en los cánones, que sobre esto tratan. La ley, que se cita, es la 9. tit. 1. lib. 1. Rec. Lo mismo que la Curia Filippica dice Amigant en la decis. 17. num. 36., aunque de este mismo lugar, y de Calderó decis. 157. numer. 42. y 43. parece, que puede executarse la sentencia en el mismo dia en los casos, en que urge sumamente, como en campaña, debiendo procurarse siempre pasar las horas, que se pueda, por la reverencia debida al Sacramento: algunos quieren que á lo ménos han de ser quatro, otros siete.

7 La unción, segun se dice en el mismo lugar de la Curia Fil., no se debe dar á los reos, que se han de executar con pena de muerte. Este santo sacramento no debe darse en dicho caso, por ser instituido, no solo para la salud del alma, sino tambien para la del cuerpo, segun lo que se lee en la sagrada escritura: *infirmatur quis in vobis?* Iacob epist. cap. 5. vers. 14. Por este motivo no se da á nadie, que no esté enfermo, aunque vaya á entrar en batalla, ó al suplicio, segun el catecismo de S. Pio V. part. 2. cap. 6. num. 9.

No debe executarse la pena de muerte en dia festivo.

8 Por el cap. 1. de Fer. y la ley 12. Dig. de Publ. iud. no se han de executar sentencias capitales en dias festivos, Calderó decis. 157. num. 24. y 25. Amigant decis. 98. Quando todos los obreros cesan de su trabajo no parece decente, que solo se ocupe el verdugo en destruir al hombre, esto es, la imagen de Dios. Desde el num. 28. hasta el 37. de la citada decis. 157. se habla, de que no queda en dichos dias impedida de obrar la jurisdiccion criminal en los demas actos propios de aquel juicio.

De la humanidad, con que

9 En la execucion de sentencias capitales solo se ha de atender á la religion con respecto á

los días , y al alivio espiritual del reo , sino también á la humanidad , procurándole todo el alivio posible : la justicia , por aplicar algun castigo , no ha de dexar de ser humana y compasiva en todo lo que cabe : la pena , debe aplicarse de manera , que tanto los reos , como los espectadores , conciban la idea , de que ni los jueces , ni los executores obran en esta parte con complacencia de la suerte infeliz del reo , sino forzados por la ley : y con su debida proporcion debe valer esto mismo en qualquiera pena aunque no sea capital. *Prohibenda autem maxime est ira in puniendo* , dice Ciceron en el *cap. 25. del lib. 1. de Officiis : numquam enim* , añade , *iratus , qui accedit ad poenam , mediocritatem illam tenebit , quae est inter nimium et parum.*

10 En órden al tiempo , que debe mediar desde la notificacion de la sentencia hasta su execucion , no parece que haya cosa particular prevenida. En el *art. 60. tit. 5. trat. 8. Orden. mil.* se manda en quanto á militares , que en el dia inmediato al de la notificacion de la sentencia debe executarse la pena , y que en campaña puede abreviarse segun lo que exijan las circunstancias. En los demas lo regular es , que entre el dia de la notificacion y el de la execucion medie un dia entero , á no haber alguna circunstancia particular , que obligue á variar : y así se practica en Cataluña.

11 En la *Curia Filip. Juic. crim. §. 17. n. 15.* se dice , que la execucion de la pena capital , y de otras corporales semejantes , se ha de hacer por el verdugo , y que no habiendo verdugo puede la justicia compeler á un esclavo ó persona vil , y no á otro de otra calidad. Dice allí mismo , que puede la justicia á quien deba ser condenado á

se ha de tratar al reo de muerte.

Del tiempo , que ha de darse al reo.

De quién debe executar la pena no habiendo verdugo.

muerte, ó que ya lo esté, conmutarle la pena en que sea verdugo, citando autores: pero esto deberá entenderse, quando de ningun otro modo se encuentre. Dice tambien, que para la execucion de la sentencia puede el verdugo tomar la bestia, de que se necesite, á su dueño, pagándole el jornal, citando á Gomez *tom. 3. cap. 14. num. 7.*, con tal que no sean yeguas de casta: cita para esta excepcion la *ley 3. cap. 5. tit. 17. lib. 6. Rec.*

De lo mismo
en quanto á
militares.

12 En quanto á militares, quando debe aplicarse pena, en que se necesite de verdugo y no le hay, debe el reo ser pasado por las armas, previniéndose esto mismo á continuacion de la sentencia, *art. 69. tit. 5. trat. 8. Orden. mil.* El Sr. D. Pedro de Lerena en 9 de junio de 1785 participó al ejército, haber mandado S. M. para evitar algunas dudas, que en los casos, en que se condene algun reo militar á la pena de horca, y no hubiere executor en el pueblo ó guarnicion, en que existiere el cuerpo, se conmute la sentencia en la de pasarle por las armas, á ménos que el delito fuese de tal gravedad, que por la vindicta pública sea preciso el castigo de horca ú otro, en que se necesite traer de fuera verdugo; que en este caso deba satisfacer la real hacienda de la provincia los gastos, que se ofrecieren, con las mismas formalidades, que se abonan los diez pesos señalados al verdugo por la execucion en el *art. 68. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.*; que, si se ha de levantar patíbulo, debe hacerlo á su costa la justicia ordinaria, si fuere en parage, en que se acostumbre hacer por otros; y que, si acaeciére en pueblo pequeño, en que nunca haya habido horca ni cadalso, se satisfagan los gastos por la real hacienda.

13 En la *Curia Filíp. Juic. crim. §. 17. num. 15.* se pone la diferencia, de sacar y llevar al suplicio los reos entre los que son del estado general y los que gozan de hidalguía: los primeros se sacan en bestia de albarda, y los segundos en bestia de silla. En la *Compilatio Practicallis* de Amigánt *tit. 14. Animadversiones num. 18.* se dice, que en Cataluña los plebeyos van descalzos al suplicio y con la túnica, que suelen llevar, los nobles con el vestido regular.

14 Algunas veces, como en delitos feos y atroces, debe preceder á la execucion de la sentencia de penas capitales la degradacion: esta siempre es necesaria en los eclesiásticos condenados á muerte, de que se ven poquísimos casos en España por las buenas costumbres del clero. Las formalidades de la degradacion en los eclesiásticos se pueden hallar en el *cap. 2. de Poen. in 6.*, en el *Conc. trident. session 13. cap. 4. de Reform.*: y en el *Pontifical romano* se prescribe lo siguiente: primero el degradando se viste con las vestiduras sagradas correspondientes á su órden: despues se presenta al obispo, por el qual en presencia de otros obispos ó abades, ó en defecto de estos de personas constituidas en dignidad eclesiástica, y del juez seglar, se le quitan todas las insignias de las órdenes, empezando por la última, que haya recibido, baxando de grado en grado hasta la primera, que es la sobrepelliz de la tonsura: se le corta el pelo á navaja, para que no le quede señal ninguna de clérigo; y el obispo pronuncia estas palabras: *auctoritate Dei omnipotentis Patris et Filii, et Spiritus Sancti, ac nostra auferimus tibi habitum clericalem, et deponimus, degradamus, spoliamus et exuimus te omni ordine, beneficio et privilegio clericali.* Degradado de este modo se

Del modo de executar la pena de muerte en quanto á nobles y á los que no lo son.

De la degradacion que debe preceder siendo eclesiástico el reo.

entrega al juez seglar, intercediéndose para que no aplique pena de muerte.

De lo mismo en quanto á militares. 15 Quando un oficial es condenado por detestable delito á pena de muerte, ó degradacion, se executa ésta en la forma prevenida en el *tit. 9. trat. 8. Ord. mil.*, quitándosele el sombrero, la espada y el uniforme con las fórmulas, que allí se leen.

De lo mismo en quanto á nobles. 16 De la degradacion de nobles no he visto nada: pero es regular, que se haga con ceremonias, y actos semejantes, alusivos á quitar el privilegio de hidalguía.

Del bando, que se ha de publicar en la execucion de reo militar. 17 En la execucion de la sentencia de un reo militar se publica con bando por el sargento mayor pena de la vida á qualquiera, que apellide gracia, *art. 61. tit. 5. trat. 8. Ord. mil.* En 31 de octubre de 1786 el Sr. D. Pedro Lerena participó al ejército, haber resuelto el Rey, que quando concurra un piquete ó mas tropa de qualquiera nacion, que sea, á la execucion de alguna sentencia de muerte, no se publique mas bando, que el del cuerpo del reo, segun se previene en el *art. 61. tit. 5. trat. 8. de las Ordenanzas del ejército*, y que, si los xefes de los cuerpos extrangeros quisieren instruir á los de la tropa de su mando, lo pueden hacer ántes de salir del quartel.

De la privacion de sepultura á los cadáveres de los ajusticiados. 18 Casi en todas las naciones del mundo á execpcion de la hebrea se estiló antiguamente el privar de sepultura á los cadáveres de los ajusticiados, como se puede ver en el P. Marquez en su *Govern. christ. lib. 2. cap. 19. y 20.*, en donde se prueba esto mismo con mucha erudicion. Se dexaban los cadáveres en los mismos patíbulos, ó lugares destinados para ello, á ser pasto de las fieras ó de las aves, á fin de que la vista continua del cadáver, y

el horror de verse despedazadas sus carnes, y de carecer de sepulcro, inspirase mas temor, y enmienda en los que se queria escarmentar. Las leyes de los romanos privaron tambien de sepultura á los cadáveres de los reos executados con pena capital: pero daba permiso facilmente la justicia de enterarlos á los parientes ó á qualquier otro, que lo pidiese, como se puede ver en las tres leyes del título del *Digesto de Cadaver. punit.* En el dia en muchas partes carecen de sepultura los ajusticiados; y alguna vez se conceden á los cirujanos para hacer de ellos anatomía, y enseñarse á las operaciones y conocimientos convenientes. En España, segun la *Curia Filíp. Juic. crim. §. 17. n. 16.* se observa el derecho romano, pudiendo dispensar en esto la justicia, y dar permiso para el entierro de los cadáveres: pero no acostumbra darse en los delitos atroces.

SECCION III.

De los motivos, que pueden obligar alguna vez á suspender la execucion de la sentencia, aunque no haya apelacion, suplicacion ni recurso contra ella.

Entre los motivos, que indica este título, el primero y mas principal de todos es el de hallarse embarazada una muger condenada á pena capital. Esta es claro que de ningun modo puede executarse, hasta que esté la muger desembarazada del parto, y convalecida de él, quando se trata de otra pena corporal, que no sea de muerte, *ley 18. Dig. de Stat. homin., ley 3. Dig. de Poen., ley 11. tit. 31. part. 7., Curia Filíp. Juic. crim. §. 17. num. 17.*

La sentencia de muerte no puede executarse en una muger embarazada.

Sobre si puede diferirse por poco tiempo en el que está obligado á dar alguna cuenta.

2 En el n. 18. *ibid.* se dice, que en el que está obligado á dar cuenta de alguna administracion de bienes se ha de suspender la execucion por un moderado tiempo. Lo mismo se dice en el *tom. 1. Decis. cap. 69.* de Peguera, tratándose de esto, y de si la sentencia de destierro y otras semejantes debe suspenderse en los deudores demandados en fuerza de instrumento guarentigio.

De lo mismo quando el reo condenado es acusador en otra causa.

3 En el *num. 19. ibid.* del citado §. de la *Curia Filip.* se dice, que lo mismo se ha de practicar, quando el reo condenado es acusador, debiéndose suspender la execucion de la sentencia capital hasta que acabe la acusacion, siendo el delito grave: dudo mucho, que por esto se suspendiese en estos tiempos ninguno.

De lo mismo quando el reo es algun artífice singular.

4 En el *num. 20. ibid.* se dice tambien, que quando se ha proferido la sentencia contra alguno, que sea peritísimo é insigne en su arte, se ha de suspender y consultar con el príncipe, citando la *ley 31. Dig. de Poen.*, con la qual concuerda la *ley 1. tit. 32. part. 7.* y los autores.

De lo mismo quando quebrada la soga se cae el reo.

5 En el *num. 22. ibid.* se dice, que quando el ahorcado cae en tierra quedando sano, y se quiebra la soga en caso de no haber fraude, por atribuirse á milagro se ha de suspender la execucion hasta consultarlo con el príncipe, porque lo que raras veces sucede contra lo que es natural mas á milagro que á otro hecho se ha de atribuir, y así no es debaxo de ley: se cita á *Gomez Var. tom. 3. capit. 13. num. 37. sextus casus est.* En estos tiempos no se oye hablar de esto: y, si hubiese prevalecido esta opinion, estoy que los verdugos harian muchos milagros de los que parecerian serlo á Hevia Bolaños y á Gomez: y en algunas partes para evitar inteligencias, cohechos y colusiones con los execu-

tores de justicia, que habria en esto, y que indica puede haber el mismo Hévia, se conciben las sentencias de horca en términos, de que en la execucion deba separarse el alma del cuerpo.

6 En el num. 23. *ibid.* se dice, que, quando es condenada á muerte alguna persona constituida y puesta en dignidad, se ha de suspender la execucion de la sentencia hasta consultarla con el príncipe, sino obliga á otra cosa el temor de tumulto ó escándalo: se cita para esto la *ley penúlt. Dig. de Leg. corn. de sicar.* y sus comentadores.

De lo mismo quando el reo está puesto en gran dignidad.

7 En el num. 24. *ibid.* se dice, que quando el príncipe con iracundia manda dar mayor pena, que la que por derecho es impuesta al delito, se ha de suspender la execucion por treinta dias, y consultar con el príncipe: cita para esto la famosa *ley 20. Cod. de Poen.*, de que se ha hablado en el *capit. 6. sec. 4.*, y la *ley 4. tit. 14. lib. 4. Rec.*

De lo mismo quando se trata de irregular castigo.

8 En el num. 13. del mismo §. 17. del *Juicio crim. Curia Filíp.* se dice, que no ha de suspenderse la execucion de sentencia capital, aunque el reo diga, que tiene, que revelar al príncipe: cita la *ley 6. Dig. de Poen.*, que es terminante para esto. Lo mismo Calderó *decis. 14. num. 73.* Es claro, que muchos reos han pretendido y pretenderian valerse de este efugio.

De lo mismo quando el reo dice que tiene que revelar al príncipe.

SECCION III.

De los remedios del derecho para los que se tienen por agraviados con las sentencias.

ARTÍCULO II.

De dichos remedios en general.

De los remedios contra la sentencia en general.

Sobre la justicia de estos remedios y nulidad de las sentencias me refiero á lo dicho en el juicio civil, repitiendo aquí, que en esta materia tambien las sentencias interlocutorias ó decretos, que tengan fuerza de definitiva, ó que causen daño irreparable en la definitiva, han de graduarse por definitivas, como la del tormento y otras: se puede ver esto en la *Curia Filip. Juic. crim. §. 16. num. 15.* en *Peguera Práct. crim. cap. 12. §. 10.* y en *Cancér de Sentent. n. 163. hasta el 167.*: y lo persuade todo quanto dixé en el lugar citado.

ARTÍCULO II.

De la apelacion.

Es natural y justo el remedio de la apelacion.

El remedio de la apelacion se considera de derecho natural: y por consiguiente no es justo, que se niegue en causa criminal, así como no se niega en la civil, á cuyo juicio me remito en quanto á la definicion de este remedio, á los motivos, y al modo de su introduccion y uso. En las *leyes 6. Dig. de Appell. et relat. y 29. Cod.* del mismo título se puede ver expresamente aprobada la apelacion en causas criminales: y de la *ley 14. Cod. de*

Apell. consta, que puede hacerse la apelacion de viva voz.

2 Van-Spen en la *part. 3. tit. 10. cap. 1. num. ult. del Jus ecclesiasticum* traslada una autoridad de Covarrubias en las *Questiõ. pract. cap. 23. num. 5.*, la qual dice así: *El uso del foro en España, y casi en todo el mundo christiano, hasta aquí ha obtenido, que en causas criminales, siempre que se ha de aplicar pena corporal, no se admite apelacion para impedir la execucion, ley 110. del Estilo, ó ya se condena el reo por propia confesion, ó ya solamente sea convicto con testigos: este es uso, que no puedo yo aprobar, ni juzgo, que pueda probarse en derecho. Por esto advierto á los juecès, que ántes de executar las sentencias criminales sean cautísimos en exáminar cada cosa: porque podrá suceder, que alguno quede convicto ó inducido y forzado á confesar con un cruel tormento un crimen falso de sí, pudiendo despues manifestarse la verdad ante el juez de apelacion. Con todo, concluye, si es manifesto, que el reo condenado á muerte, ó á otra pena, está justa y verdaderamente convicto, no se ha de diferir la execucion con el motivo ó pretexto de una apelacion injusta.*

Generalmente no suele admitirse en causa criminal, y advertencia, que por esto debe tenerse.

3 Fontanella en la *decis. 120.* se queja tambien, de que en Cataluña tampoco hubiese antiguamente apelacion en causas criminales, como dice, que no la habia ántes de las cortes de 1599: y de dicha *decis.* y de la *Práct. crim. de Peguera cap. 12. §. 10.* consta, que por el *cap. 15.* de dichas cortes se dió lugar á la apelacion en los tribunales ordinarios, y á la suplicacion en la Audiencia. Por la *const. 18. de Suplicació de sentencias* se vé, que de las sentencias definitivas, y de las provisiones de tormento, es lícita la suplicacion: y por la *const. 19. ibid.* se vé tambien, que en los mismos casos es lícita la

Sobre si en Cataluña se admite apelacion y suplicacion en causa criminal.

apelacion de las sentencias criminales proferidas por los barones y ordinarios, y que se podía apelar de ellas *mutato assessore*. En la *const.* 18. se exceptuáron algunas causas de apelacion, de que se hablará despues; y generalmente se mandó que no se admitiese apelacion, ni súplica en las causas criminales, en que por derecho comun no la hubiese: en el *cap.* 17. de la *Nueva Planta* de 16 de enero de 1716 nos mandó el Sr. D. Felipe V., que en las causas criminales haya apelacion ó suplicacion de la sentencia de los jueces ordinarios á la misma Sala: pero añade, que si las probanzas fuesen claras, y en delitos graves, convendrá no dilatar el castigo, y que en la sentencia de tormento se observará lo dispuesto por derecho.

Generalmente se admite la apelacion y suplicacion ménos en delitos exceptuados.

4 En el día está autorizada en el reyno, y en todas partes la apelacion en causas criminales, ménos en los delitos exceptuados. La regla pues, afianzada en el derecho natural, en la *ley* 6. *Dig. de Apell.*, en la 20. *Cod.* del mismo título, y en las demas citadas, es de que se ha de admitir apelacion y suplicacion en causas criminales, ménos en los delitos, en que con ley particular se prohíbe la apelacion, Calderó *decis.* 52. num. 1. hasta el 6. Regularmente, dice la *Curia Filíp. Juic. crim.* §. 17. num. 6., en el fuero secular de la sentencia dada en causas criminales ha lugar apelacion. . . salvo en los casos expresamente exceptuados, como está definido en el derecho civil y real: cita la *ley* 1., y todo el título del *Digesto* y *Código de Apellat.* y todo el *títul.* 21. *part.* 3., en el qual desde la *ley* 13. y siguientes puede verse la doctrina, que él sienta.

Sobre si denegada la apelacion y su-

5 Fontanella en la *decis.* 120. dice, que nuestra Audiencia es inexorable en no admitir apelacion ni suplicacion en los casos, en que no corres-

ponde por derecho, sin dar oídos á querrela de nulidad, y recurso de injusticia notoria, ni otros semejantes, con que á veces suelen templarse semejantes estatutos, y como lo habia procurado templar Cancer en Cataluña. Tiene él por muy rígido este derecho, como puede verse en dicho lugar. Veamos pues qualés sean las causas, en que se niega la apelacion.

uplicacion lo es tambien la querrela de nulidad é injusticia notoria.

6. En la Curia Filip. Juic. crim. §. 17. num. 11. se dice, que no tiene lugar la apelacion en el crimen de heregía. Lo mismo dice Calderó en la *decis. 52. al fin*, y que tampoco la hay en delitos de simonia, blasfemia y excomunion. Por la ley 2. *Cod. Quor. appel non recip.* no tienen apelacion los hechiceros. Tampoco hay apelacion en las causas de excomunion, suspension, entredicho y semejantes, *cap. 20. de Sent. excom. in 6.*, ley 6. *tit. 18. lib. 4. Rec.*

No se admite apelacion en crimen de heregía, simonia, blasfemia, magia, excomunion, &c.

7. La traicion contra el rey ó el reyno no admite apelacion, ley 16. *tit. 23. part. 3.* Lo mismo consta de Cataluña en Calderó *decis. 52. numer. 17*, expresándose, que en el *cap. 15. de las cortes de 1599* están literalmente exceptuados los reos de lesa magestad *in primo* y *in secundo capite*. Todas las otras excepciones, que luego pondré, por serlo de delito menor, justifican la referida de los mayores.

Ni en crimen de traicion contra el rey ó el reyno.

8. Por la ley 16. *Dig. de Appellat, la 6. §. 9. Dig. de Iniust. rupt. et irritotest.* y la citada 16. *tit. 23. part. 3.* parece, que están exceptuados tambien los capataces de sedicion, Calderó *dec. 52. num. 32. hasta el 36.*: de los que siguen á los tumultuados dice Calderó *ibid*, que solo están privados de apelacion ó suplicacion en caso de no ser la sedicion contra el príncipe: lo mismo

De si se admite, y en quanto á quienes en crimen de sedicion.

Cortiada *decis.* 104. *num.* 28. y 29. En la *Curia Filípica* se leen excluidos los sediciosos, revolvedores de los pueblos, y sus caudillos, y en realidad éstos están expresamente exceptuados en la *ley 16. tit. 23. part. 3.* Los que siguen segun Calderó serán los inconsiderados en acto menos malo, ó explicado del modo de nuestra cédula de 1774, en que se perdona á los que han seguido ántes á los amotinados, si se retiran despues del bando á sus casas, con tal que no hayan sido cabezas ó motores del tumulto.

No se admite
en crímenes
de violencia.

9. Tambien se excluye el beneficio de apelacion en los crímenes de violencia, quando resulta muerte, *ley 6. Cod. Ad leg. iul. de vi pub. seu priv.*, Calderó *decis.* 52. *num.* 25. y 26., *Cur. Filíp. Juic. crim. §. 17. num.* 10.

ni en casos de
hermandad.

10. En los casos de hermandad tampoco hay apelacion de la sentencia, que confirme la primera en los términos, que puede verse en la *ley 9. tit. 13. lib. 8. Rec.*

ni en falsa
moneda.

11. Por la *ley 1. Cod. de Falsa moneda* y la *16. tit. 23. part. 3.* se excluyen del beneficio de apelacion los reos de falsa moneda, *Curia Filíp. Juic. crim. §. 17. num.* 10. Lo mismo dice Cortiada *decis.* 87. *num.* 42.: Calderó *decis.* 52. *num.* 18. 19. 20. y 21. los excluye tambien, por ser expreso en el *cap. 15. de las cortes de 1599:* pero dice, que á los cercenadores y expendedores no se les niega en esta provincia, y que se ha declarado esto alguna vez. Peguera en el *cap. 85.* dice, que tambien á los dichos debe negarse la apelacion, porque la *ley 1.* habla de los que *exercent adulterinam monetam*, y que esto se verifica de los cercenadores, porque defraudan el peso legitimo: dice que asi se votó: la *ley 16. citada tit. 23. part. 3.*

habla de falseadores de moneda.

12. No tiene lugar la apelacion en homicidio alevoso, *ley 16. tit. 23. part. 3.*, Gomez *tom. 3. cap. 3. num. 5.* Lo mismo en Cataluña, Calderó *decis. 46. num. 1. 3. 4. 6. y 11.*, y *decis. 52. numer. 14. y 15.* dice, que por el *cap. 15.* de las cortes de 1599 no hay apelacion, ni suplicacion en las causas de homicidio proditorio. De la misma decision consta, que si solo resulta justificando consentimiento en la muerte no se excluye la suplicacion. Cortiada en la *decis. 96.* al fin dice, que en muerte alevosa no se admite apelacion, ni súplica, y que resuelta y constantemente se observa de este modo en Cataluña. La *ley 2. Cod. Quor. appel. non recip.* parece, que aun á los simples homicidios se priva del beneficio de apelar y suplicar: pero por leyes de Castilla y Cataluña parece limitado esto á homicidio alevoso.

13. Se excluyen del beneficio de apelacion los forzadores ó robadores de vírgenes, ú otras mugeres honestas, *ley unic. in princ. Cod. de Raptu Virginum, ley 16. tit. 23. part. 3.*, Calderó *dec. 52. num. 23. y 24.*

14. Quando se trata de pecado nefando no hay apelacion, mandándose en la *ley 1. tit. 21. lib. 8. Rec.*, que se proceda en este delito, como en los de lesa magestad divina y humana. Calderó *decis. 52. num. 22.* por el *cap. 15.* citado de las cortes excluye tambien en este caso en Cataluña la apelacion.

15. Por la *ley 2. Cod. Quor. appel. non recip.* parece, que los adulteros tampoco tienen beneficio de apelacion: y de esto mismo se infiere por equivalente, ó por mayor razon, la excepcion en el pecado nefando.

ni en homicidio alevoso.

ni en fuerza ó raptado de mugeres.

ni en pecado nefando.

ni en adulterio.

ni en hurto
de ladron fã-
maso.

16 Por la ley 16. Dig. de Appel. y la 16. tit. 23. part. 3. los ladrones famosos no tienen apelacion. En Cataluña tambien está prohibida especialmente la apelacion y suplicacion á los ladrones y salteadores de camino por el cap. 15. citado: la constitucion dice *lladres ó saltejadors*, y en el nombre de *lladres* se comprehenden los reos de simple hurto. La *ó* de *lladres ó saltejadors*, parece puesta para explicar ó corregir, y que debe entenderse dicho capítulo de ladrones famosos, como que los ladrones exceptuados fuesen los salteadores: de este dictámen en una consulta de la Audiencia fueron hombres grandes, como Peguera, Oliva, Astort: otros estuviéron en contra, cuyos nombres no me parecen, ni con mucho, de tanta autoridad: á los últimos adhirió el Lugar Teniente General de Cataluña: y de este modo dice Cortiada *decis.* 106. num. 115. hasta *et* 118. quedáron comprehendidos los reos de simple hurto en la excepcion del referido capítulo.

ni en plagio.

17 Calderó *decis.* 52. num. 8. y 9. dice, que los plagiarios no pueden suplicar: lo mismo Amigánt *Compilatio Practicallis* tit. 14.

La apelacion
no impide la
execucion en
quanto á va-
gos.

18 En los cap. 17 y 18. de la ordenanza de 7 de mayo de 1775 se dice, que la apelacion de la declaracion de vago no impide la execucion, debiéndose dar testimonio de ella al reo, al padre, deudo, maestro ó amo, y al procurador síndico personero del pueblo; y que tampoco impide la execucion de la sentencia la apelacion del síndico.

Lo mismo en
quanto á mul-
tas por con-
travencion á
órdenes de
policia.

19 El Sr. Marqués del Campo de Villar con carta de 24 de mayo de 1764 participó al Sr. Gobernador del Consejo, que en atención á lo expuesto por la Ciudad de Barcelona, que los contraventores á bandos de policia y economía elu-

dian las multas, poniendo demanda judicial, vino S. M. en mandar, que en semejantes casos se cobren las multas, y executado se admita el recurso. Esto es conforme á la otra providencia general, que citaré luego en orden á multas.

20 Explicadas ya las causas de delitos en particular, en que no se admite la apelacion, ó en caso de admitirse solo se admite para el efecto devolutivo, añadiré ahora algunas prohibiciones de apelacion en general. De ninguna sentencia interlocutoria hay apelacion ni suplicacion, como en las causas civiles, militando las mismas razones, y mucho mayores por la vindicta pública. En Cataluña hay de esto antiquísima costumbre, Calderó *decis. 52. num. 55. hasta el 65.* En el *cap. 15.* de las cortes de 1599 está ya expresamente prohibida la apelacion y suplicacion en todas causas criminales, que lo esté por derecho comun, como se ha dicho ántes, Calderó *decis. 52. num. 23.*

21 Es general tambien en esta materia, que en casos de visita de los obispos no hay apelacion, *cap. 10. ses. 24. Concil. Trid. de Reform., Cur. Filip. Juic. crim. §. 17. num. 5.*

22 En conformidad á esto, tampoco hay suplicacion en causas de residencia, sino en dos casos, como se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 10.:* y segun la *ley 3. Cod. Quor. appel. non recip.* no la tienen los oficiales condenados por su propio juez en cosas de oficio, Calderó *decis. 52. num. 27. hasta el 32.*

23 En el §. citado de la *Curia Filip. num. 9.* se dice, que no hay apelacion quando el reo está condenado por testigos y su confesion, citándose la *ley 2. Cod. Quor. appel. non recip.* Lo mismo dice Pradilla *Suma de leyes pen. part. 2. caso 57. nu.*

Prohibida la apelacion y suplicacion de decretos interlocutorios.

En casos de visita no hay apelacion.

Quando hay ó no apelacion en casos de residencia.

Sobre si hay apelacion quando el reo está confeso.

mer. 154., y Calderó *decis.* 52. num. 36. hasta el 39. A esto tal vez deberá reducirse lo que dice Amigánt *decis.* 41. num. 38. hasta el 41., que no se ha de admitir apelacion en caso, que se hubiere condenado á alguno en fuerza de presuncion *iuris et de iure*: pero yo en la ley 2. *Cod. Quor. appel. non recip.*, en que veo que se fundan todos los autores, no hallo tal cosa. *Observare curabis*, dice la ley, *ne quis homicidarum, maleficorum, adulterorum, itemque eorum, qui manifestam violentiam commisserunt, argumentis convictis, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, audiatur appellans.* El *confessus* parece claro, que ha de referirse unicamente á los delitos, de que se ha hecho ántes mencion. No obstante veo, que los intérpretes no se detienen en esto extendiéndolo á todos: lo que sea mas fundado podrá juzgarlo el prudente lector.

En Cataluña no hay recurso de la sentencia sobre si una causa es civil ó criminal.

24 Segun Calderó *decis.* 52. num. 54. tampoco hay apelacion en Cataluña en las causas de declaracion sobre si una sentencia es civil ó criminal, *const. unic. Com se deu declarar lo dupte*, sin admitirse ningun recurso por via de restitucion, ni otra ninguna.

En algunos de dichos casos puede admitirse la apelacion en quanto al efecto devolutivo.

25 En los casos referidos parece, que no puede ó no debe admitirse apelacion por el juez, porque no dan lugar á ella las leyes: pero tampoco parece, que haya reparo en admitirla en quanto al efecto devolutivo solamente, ó que en caso de duda, de si no debe admitirse, ó de si solo debe concedérsele el efecto devolutivo, el modo mas seguro, y urbano de obrar, es admitir la apelacion limitada á dicho efecto.

En quanto á multas no se

26 En las condenaciones de multas ya se ha visto en el *tít. 2. cap. 11. sec. 3. art. 3.*, que no se

admite en causas civiles, ni criminales ningun recurso, sino haciendo primero el depósito, *auto 2. tit. 26. lib. 8. Aut. Acord.*

admite recurso sin hacer el depósito.

27 De la *decis. 55. de Amigánt*, parece, que no hay apelacion de la sentencia, con que se declara, que alguno goza, ó no goza de inmunidad eclesiástica, y cita exemplares: pero *num. 1.* dice, que ha de entenderse esto, si no hay fundamento prudente para apelar, tanto en el reo, como en el fiscal.

Sobre si se admite apelacion en causas de inmunidad.

28 Sobre quando la apelacion en causas de residencia suspende la execucion puede verse la *Curia Filípica Quart. part. de Residencias §. 5. numer. 3. 4. y 5.*

Sobre si la apelacion suspende en causas de residencia.

29 Constando ya por lo dicho aquí y en el *tit. 2. cap. 12. sec. 3.* lo que es el remedio de la apelacion, y en qué causas tiene lugar, queda por decir el tiempo, en que ha de interponerse la apelacion. *Peguera Pract. crim. cap. 12. §. 10. num. 4.* dice, que para apelar ó suplicar de las sentencias hay en Cataluña tres dias, contados desde la notificacion de las sentencias, aunque solo parece, que habla de las interlocutorias, ó de la sentencia del tormento, no dexando por otra parte de haber motivo de duda, y pareciendo del tenor del *num. 2. ibid.*, que habla generalmente de interlocutorias y definitivas. Y en realidad me informan abogados instruidos, que la práctica es de reputarse de tres dias el término para apelar de qualquiera sentencia criminal, sin saberse ley expresa, que así lo determine.

Del tiempo en que se ha de interponer la apelacion por derecho de Cataluña.

30 En quanto á Castilla se ha de regular esto por lo dicho en el juicio civil, no hallándose cosa particular en orden al criminal.

por derecho de Castilla.

31 Segun el *Juic. Crim. de la Cur. Filíp. §. 17.* De la deser-

cion en causas criminales. num. 8. no se practica en causas criminales lo que se ha dicho de la desercion en quanto á las civiles, oyéndose siempre al reo.

El juez admitida la apelacion no puede conocer. 32 En el Juic. Crim. §. 17. num. 12. Cur. Fil. se dice, que si el juez en causa, en que no se puede admitir apelacion, la admitiere, no puede despues de admitida mandar la execucion de la sentencia, quedando suspendida la jurisdicción desde el punto, en que se admitió.

De la apelacion quando se trata de diferentes delitos. 33 En la *Compilatio Practicallis* de Amigánt al fin de las *Animadversiones del tit. 14.* y en Cortiada *decis. 106. num. 118.* se dice, que quando la sentencia recae sobre dos delitos, de los quales el uno admite apelacion, y el otro no, todos ó toda la sentencia puede ser apelada ó suplicada.

En Cataluña no podía antes apelar el fiscal. 34 Antiguamente en Cataluña no podía apelar el fiscal, Peguera *tom. 1. Decis. cap. 196.*, por una constitucion, que es la 7. de *Apellacions*, bien que, segun se puede ver en *Cancer de Appellat. num. 15.* se limitaba este derecho, por ser exorbitante, y contra el comun y regular, en los casos de quedar notoriamente agraviado el fisco, y de padecer daño de consideracion. Fontanella *decis. 122. y 123.* dice, que aunque no pudiese apelar ó suplicar el fiscal podia adherir á la apelacion, ó suplicacion de otro, y instar que se agravase la pena: pero que quando el menor pedia comutacion de sentencia, implorando el beneficio de la restitucion *in integrum*, no podia aprovecharse de esto el fiscal. En el *tit. 2. cap. 11. sec. 3. art. 3.* ya se ha visto, que queda esto variado.

En Cataluña en la suplicacion se ha de 35 Calderó *decis. 48. num. 5. y 41.* dice, que en Cataluña, quando hay suplicacion en causas criminales, ha de juzgarse *ex iisdem actis*, tanto

para la ofensa , como para la defensa , por pre- *conocer ex iis-*
venirse así en el *cap. 15.* de las cortes de 1599, in- *dem actis.*
dicándose allí mismo , que de esto solo puede haber
excepcion á favor del reo , quando tuviere pruebas
relevantes por la regla general , que he sentado en
el *cap. 13. sec. 1.*

36 En la *ley 6. tit. 23. part. 3.* se dice , que en *Los parien-*
caso de reo condenado con pena de sangre no so- *tes del reo*
lo puede el mismo reo apelar , sino tambien un pa- *pueden ape-*
riente , y aun un extraño , ratificándolo despues el *lar.*
principal interesado.

ARTÍCULO III.

De la suplicacion.

1 En quanto á esta me remito á lo que ya re- *De la supli-*
sulta de la seccion antecedente y al juicio civil: so- *cacion en cau-*
lo es propio del criminal , el que no tenga en él *sa criminal.*
lugar la segunda suplicacion segun la ley de Seg-
ovia , *ley 11. tit. 20. lib. 4. Rec., ord. 137.* de las de la
Audiencia de Cataluña : y en la 211. *ibid.* se dice,
que en las causas criminales , en que sea permitido
por derecho , ley y práctica municipal , habrá supli-
cacion á la misma Sala.

2 En todos los casos referidos en la seccion *No se ad-*
antecedente , en que no tiene lugar la apelacion , *mite suplica-*
mucho ménos podrá tenerla la suplicacion por la *cion en los ca-*
mayor dignidad y autoridad del juez , de quien se *sos en que no*
suplica , respecto del otro , en quien se admite la *tiene lugar la*
apelacion , y por todo lo dicho en este capítulo y *apelacion.*
en el 11. del *tit. 2.*

ARTÍCULO III.

Del recurso de notoria injusticia, y de la suplicacion de mil y quinientas.

En causa criminal no se admite recurso de injusticia notoria.

Martinez Salazar en el cap. 10. de su *Colec. de mem. y not. del Cons.*, refiriéndose al archivo del mismo Consejo, dice que aquel Supremo tribunal en 30 de junio de 1758 representó á S. M. el inconveniente de admitir recursos de notoria injusticia de las sentencias de causas criminales de chancillerías y audiencias, y que S. M. resolvió y declaró, que en los *autos 6. y 7. tit. 20. lib. 4. Aut. Acord.*, que establecen dichos recursos, solo se comprehendan los pleytos, y causas civiles, pero no los de causas criminales, y que por punto general no se admitiesen semejantes recursos. En la *ley 11. tit. 20. lib. 4. Rec.* ya estaba expresamente declarado, que las causas criminales no admiten segunda suplicacion con la pena y fianza de la ley de Segovia, que es la que suele llamarse de mil y quinientas.

CAPÍTULO XXI.

De los indultos, y otros medios, con que se pueden condonar ó extinguir los delitos, sin lugar á la sentencia, ó á la execucion.

SECCION I.

De los casos, en que pueden concederse indultos.

I La muerte, de la qual dicen bien, que *omnia solvit*, extingue tambien el delito, y corta los progresos de la causa criminal en qualquier caso ó estado, en que se hallare al tiempo de morir el reo: es esto en tanto grado verdad, que aunque muera el reo despues de proferida la sentencia queda el delito extinguido, segun se dice en la *Curia Filip. Juic. crim. §. 9. num. 12.* Es esto muy conforme á lo dicho en varias partes de esta obra, que la sentencia en causa criminal no pasa en cosa juzgada, y que en qualquiera lugar y estado de la causa pueden presentar los reos probanzas relevantes. Algunas excepciones, que hay sobre esto en quanto á delinquentes, que pueden ser acusados despues de su muerte, y condenada su memoria, pueden verse en el cap. 8. *sec. 3.*

2 En consecuencia de la potestad, que tienen los príncipes, de hacer leyes, derogarlas y dispensar en ellas, no se les puede negar la facultad de conceder indultos, perdonando á los reos la pena correspondiente. Así lo defienden generalmente los autores, y entre estos Grocio y Heineccio en el *lib. 2. de Iur. bel. et pac.* en el cap. 20. §. 24. hasta el 28., sentando ambos contra la inflexibilidad de los

Con la muerte se extingue toda causa criminal con alguna excepcion.

Solo S. M. puede conceder indultos.

Stoicos, ridiculizada en esto y en otras muchas cosas por Tulio en la oracion *pro L. Murena*, que la clemencia debe tener lugar algunas veces, y remitirse la pena á quien hubiere incurrido en ella. Pero de esto mismo, y de llegar á disputar algunos al príncipe la potestad de conceder indultos, como parece de lo dicho, y del Sr. Lardizabal *Disc. sobre pen. cap. 2. num. 26.*, es evidente, que las facultades de un magistrado no alcanzan á poderlos conceder. En conformidad á esto con auto acordado del Consejo de 5 de mayo de 1766 se declararon nulos los indultos ó perdones concedidos, y que en adelante se concediesen por los magistrados en asonadas y alborotos. Y en el *cap. 18.* de la pragmática de 17 de abril de 1774 se dice, que las concesiones hechas por via de asonada ó conmocion no deben tener efecto alguno, expresándose estar esto declarado varias veces, y que ni aun pueden pedir las los bulliciosos hasta haberse retirado.

Casos en que pueden concederlos los magistrados.

3 De esta regla debe exceptuarse el caso, en que los magistrados tengan ya por ley la facultad de hacerlo. De esto puede servir entre otros de exemplo lo que se dice en el *cap. 7. y 12.* de la misma pragmática de 17 de abril de 1774: en ellos se previene, que en caso de conmocion se eche bando, para que se separen las gentes, apercibiéndoles que serán tratados como reos y autores del bullicio los que se encuentren despues unidos en número de diez personas, y que todos los que se retiren pacíficamente luego que se publique el bando, quedan indultados, á excepcion de los que resulten autores del bullicio. En este caso no dispensa el magistrado sino la ley, ó mediante ella el príncipe. Lo propio debe decirse de la facultad,

que tienen comunicada alguna vez los tribunales superiores, de prometer á algun reo la impunidad en caso de descubrir cómplices, de admitir pacto voluntario, de que se hablará despues, ó de conmutar la pena, como la tenian en algun tiempo las chancillerías y audiencias, quedando esto derogado en el dia, como se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 2.*

4 Aunque no se pueda disputar á la suprema potestad la regalía de conceder indultos todos los autores contestan, en que se ha de usar de ella con mucha templanza y moderacion, porque la esperanza del logro de un indulto, si ven los ciudadanos, que facilmente se logra, induce á delinquir. Tulió en la *Action 2. in Verrem lib. 5. cap. 6.* dice, que el abuso de indultos suele ser señal ó efecto de una ciudad perdida á remate. *Perditae civitates, dice, desperatis omnibus rebus hos solent exitus exitiales habere, ut damnati in integrum restituantur, vinciti solvantur, exules reducantur, res iudicatae rescindantur. Quae cum accidunt, nemo est, quin intelligat, ruere illam rempublicam. Haec ubi eveniunt, nemo est, qui ullam spem salutis reliquam esse arbitretur.* La ciencia cierta, dice el Sr. Lardizabal en el *num. 25. del cap. 1. de su Discurso sobre penas,* de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun quando las penas sean moderadas. Por el contrario la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito, y hace despreciar aun las mas rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad, á que es acreedor el reo ántes de ser legitimamente convencido, debe convertirse despues de su conviccion en inflexibilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer

Circunspeccion con que deben concederse los indultos.

otra cosa. No pretendo excluir por esto absolutamente los indultos y clemencia del príncipe.

Inconvenientes que hay en conmutar las penas corporales en pecuniarias.

5 Algunos quieren conceder indultos conmutando la pena en pecuniaria: pero Calderó *decis.* 33. *num.* 3. 4. y 5 dice, que el conceder perdón por dinero tiene muchos inconvenientes, citando algunas autoridades: perdonándose de dicho modo se hace grangería de las leyes; y estas son únicamente para los pobres, desenfrenándose la insolencia de los poderosos con la esperanza de salir de todo con dinero.

Casos y modificaciones con que suelen concederse los indultos.

6 En dos casos principalmente parece, que pueden concederse los indultos, conviene á saber en el de hallarse el reo con raros méritos, siendo su delito mas ímpetu de pasión, que efecto de corazón depravado, y en el de delinquir toda una población: en este caso, castigándose á los autores, se puede, y aun parece que se debe, perdonar á los demas, siendo esto conforme á la razón y á lo que he dicho de la pragmática de 17 de abril de 1774. Otras excepciones, ó casos de indultos traen varios autores, como si hubiere algun peligro en la execucion del castigo, ó en no conceder indulto; si faltan muchos en el reyno, que puedan y deban atraerse, especialmente quando se trata de delinquentes contra economía y policia; si se verifica algun suceso feliz y próspero para la república, en el qual parece que el júbilo universal, y la alegría de la nación pide, que nadie esté afligido. De estos suelen concederse muchos en todos los estados: pero por lo mismo, que se ha dicho del mal exemplo, que pudieran causar, casi todos se modifican en términos, de no perdonarse los delitos, cuya impunidad pueda traer inconvenientes, y los en que hay instancia de parte. Nuestros Reyes suelen cada año

perdonar un reo de muerte, en que no haya instancia de parte, asesinato, robo, ú otro de aquellos delitos feos y enormes, é indignos de perdon por sus circunstancias, turnando en este beneficio las provincias del reyno, y remitiendo la audiencia respectiva el proceso: hay en esto consulta de la Real Cámara, mediante la qual S. M. en el acto de adorar la santa reliquia de la Cruz en el viérnes santo indulta un reo, poniendo su real mano sobre el proceso, y expresando perdonar al delinquente, para que Dios le perdone á él. Así lo trae el Sr. Elizondo *Práct. univ. tom. 5. pag. 256.* El indulto, que particularmente desaprueban algunos, es el que se promete al que descubra el delito, porque los mas malvados suelen de este modo escapar de la pena, y con la confianza pueden animarse muchos á delinquir, haciendo la esperanza de la impunidad un efecto contrario á lo que quieren las leyes.

7 Veamos ya quién puede pedir indulto, cuál es su efecto, á quién comprehende, qué condiciones implícitas trae consigo, y por quién debe executarse.

Del órden con que se tratará de esta materia.

SECCION II.

De las personas, que pueden pedir indulto, del efecto de los indultos, de las personas, que comprehenden, y de las condiciones, que ellos contienen.

1 En 24 de febrero de 1776 el Sr. Conde de Riela participó al ejército, haber resuelto S. M., que por ninguna persona se pueda hacer instancia ninguna, pidiendo gracia para los reos militares

Solo puede pedir indulto por reo militar el que tie-

ne accion para representar.

procesados ó sentenciados á pena capital, sino por quien tenga accion para representar. Parece que esto lo motivarian algunos recursos, y que puede tambien entenderse en general, y que para pedir debe haber accion en el que solicita, pidiendo en nombre propio por su interes, ó en nombre de otro con mandato expreso, ó tácito ó presunto, como le tienen los parientes.

Efectos del indulto.

2 En quanto al efecto, dice la *Curia Filíp. Juc. crim.* §. 17. num. 25., que la remision especial ó general, que hace el príncipe del delito y su pena, siendo hecha ántes de la sentencia, libra de la pena corporal, de la infamia y de la pérdida de bienes: pero, siendo hecha despues de dada la sentencia, solo libra de lo primero, ménos que con el indulto se manden poner las cosas en el primitivo estado, que es la restitucion, que los autores y las leyes romanas llaman *plenisima*: entónces se libra el reo de todo, y se cita allí para esto la *ley 2. tit. 32. part. 7.*, que en realidad lo prueba.

Los indultos regulares no comprehenden á los vagos.

3 Parece que algunas veces se ha dudado, si los indultos generales, que suelen publicarse de tiempo en tiempo con motivo de sucesos prósperos de la monarquía, comprehendian á los vagos: pero ya se ha dicho en el *lib. 2. t. 9. cap. 12. sec. 1. ar. 7.*, que con provision de 6 de febrero de 1781 se declaró, que, considerándose la aplicacion de vagos, como disposicion paterna, y no como causa criminal, no los comprehenden.

Ni varios crímenes que aquí se especifican.

4 Tampoco comprehenden los indultos los crímenes de alevosía ó traicion ó muerte segura, *ley 1. tit. 25. lib. 8. Rec.*, ni los casos de hermandad, *ley 4. ibid.*, ni los delitos, en que haya parte agraviada ó perjuicio de tercero, *ley 3. ibid.* Del Sr. Elizondo en su *Práct. univ. tom. 5. pag. 261.*

hasta la 267. parece, que los autores suelen excluir de los indultos generales los blasfemos, los sodomitas, los reos de cohecho ó baratería, los falsarios, los que resisten á la justicia, los traydores y alevos, y reos de otros atroces delitos, los de lesa magestad divina ó humana, y los que tienen parte agraviada no condonando ésta la ofensa. En la decis. 297. de Fontanella se trata tambien de las excepciones, que tienen los indultos.

5 Todas estas y las antecedentes deben entenderse en caso, de que los indultos no comprendan expresa ni tácitamente dichos delitos, y como condiciones tácitas ó implícitas puestas por el soberano: pues de otro modo, si se incluyen expresa ó tácitamente dichos delitos, deben tambien comprehenderse en el indulto.

6 Igualmente ha de considerarse condicion implícita en quanto á desertores lo que en orden á ellos se halla prevenido. El Sr. D. Gerónimo Caballero en 16 de julio de 1788 con motivo, de que se abusaba de los indultos de S. M. en el delito de desertion, participó á los capitanes generales, inspectores y xefes de los cuerpos de la Casa Real de orden del mismo Soberano, el modo, con que deben entenderse los efectos de dichas gracias, esto es, que los desertores de primera vez vuelvan á sus regimientos, sin que hayan de sufrir mortificacion alguna, á cumplir el tiempo de su empeño, sin valerles los años, que hubieren servido para el goze de inválidos ni premios, sino quando habiendo cumplido honradamente quieran continuar el servicio, en cuyo caso se les manda abonar el tiempo para uno y otro; que los desertores de segunda vez, que tienen la pena de ir á Filipinas segun las últimas resoluciones, vuelvan tambien á

Cómo debe entenderse lo dicho.

Cómo deben entenderse los indultos relativo á desertores.

sus cuerpos á empezar el tiempo de su empeño, perdido el que hayan servido, y sin derecho á premios; y que á los de tercera vez se les destine á uno de los regimientos fixos de Orán ó Ceuta á servir á lo ménos ocho años, con el bien entendido, que si unos y otros tuvieren otros delitos, por los quales haya causa pendiente, han de correr la suerte, que á ella corresponda, dirigiéndose solamente la intencion de S. M. á perdonar la desercion.

SECCION III.

De las personas, á quienes toca la execucion de los indultos.

Quién debe executar los indultos.

Por lo que mira á la execucion Martinez Salazar en su *Colec. de mem. y not. del Cons.* en el cap. 46. dice, refiriéndose á documento del archivo del Consejo, que S. M. en 1727 resolvió, que por lo respectivo al indulto, que se concedió en aquel año con motivo del nacimiento de la Serenísima Sra. Infanta Doña María Teresa, como en los demas, que en adelante se ofreciesen, se observase como estaba mandado á consulta del Consejo, la práctica antigua de executar el indulto en las causas de todas las jurisdicciones los Ss. Ministros, que S. M. nombrase con cédula expedida por la Real Cámara, excusando participarlo á los tribunales.

Ni en los crímenes que aquí se ejecutan.

SECCION IIII.

*De las transacciones y pactos voluntarios
en delitos.*

1 **N**o solo puede quedar extinguido un delito con indulto, sino tambien con transaccion, que en donde se autorize puede y debe considerarse como una especie de indulto con algun gravámen y condicion. Muchos ó la mayor parte de los intérpretes del derecho civil creen, que por las leyes de Justiniano, señaladamente por la 18. *Cod. de Transactionibus*, en delitos capitales se puede transigir por las partes damnificadas con el delito, pero no en los otros, á que no corresponda pena capital. Esta sentencia ú opinion se ha autorizado con poca inteligencia del derecho romano, y sin reflexion á que entre los romanos habia una distincion de delitos públicos y privados, de poco uso para nuestros tiempos, y á que no se procedia por lo comun de oficio, sino á instancia del acusador.

2 Noodt parece, que es el que ha explicado bien con su crítica esta materia en un tratadito intitulado *Diocletianus et Maximianus*: en el capít. 5. 6. 7. y 8. de él sienta, y con razon, que en los delitos, que llamaban públicos los romanos, de que ya se ha tratado en otra parte, estaba reprobada qualquiera transaccion, pacto ó convenio entre las partes acusadora y acusada; y que lo mismo debe decirse en quanto á los delitos privados, con tal que por ellos se procediese criminalmente: pues en accion ó demanda civil de cosa debida por delito, ó de resultas de delito, no hay inconveniente, en que valga la transaccion, si se procede civilmente: le hay en caso de procederse

Errada opinion de que puedan extinguirse los delitos capitales con transaccion.

Explicacion crítica de Noodt en quanto á este asunto.

con instancia criminal , porque entónces interesa la vindicta pública , en orden á la qual no tienen arbitrio ni facultad los particulares : prueba dicho autor en los expresados capítulos , que semejantes transacciones son nulas y reprobadas por derecho , llamándose ántes corrupcion , que transaccion.

y en quanto
á la famosa
ley 18. de Có-
dice de Tran-
sac.

3. En el cap. 9. explica con la misma crítica y juicio la ley 18. *Cod. de Transactionibus* , que es la que ha hecho dar al traves á muchos intérpretes: dice , que no se contiene en dicha ley una doctrina ó constitucion de derecho nuevo , sino un rescripto á Valente , que habia consultado á los Emperadores Diocleciano y Maxímiano , no si era válida la transaccion en delitos , sino si con ella se incurria en la pena de falsedad , como ya se trasluce todo esto de la misma ley : de consiguiente respondieron bien los Emperadores lo que se dice en dicha ley , esto es , que en los delitos capitales no se incurre en crimen de falsedad con transaccion , que se hubiese hecho por las partes , y que en los otros delitos se incurre. Se reduce la explicacion á decir , que en los demas delitos la misma accion ó hecho de transigir sobre ellos es una tácita confesion del delito , como consta de la ley 5. *Dig. de His qui not. inf.* , que convence al delinqüente , y á él y al acusador , que se conviene con el reo , los sujeta á la pena de falsedad , ó de la prevaricacion , porque mediante lo que se les da con la transaccion hecha por los dos se abandona la acusacion sin causa verdadera para retirarse de ella : esta presuncion de confesion de delito no tiene lugar en la transaccion de delitos capitales , como consta de la ley 1. *Dig. de Bon. eor. qui ante sentent. mort. sibi cons.* , porque dice bien el jurisconsulto , que los príncipes *ignoscendum censuerunt ei , qui sanguinem*

sum qualiter qualiter redemptum voluit. Es natural en un hombre acusado, ó que se le quiere acusar, hallándose en peligro de pena capital, que tome y procure asirse de qualquiera cabo para librar su vida y honor, y que si vé, que el medio de una transaccion le puede servir para huir del peligro, la haga, debiéndose atribuir quando la ha hecho, no á confesion del delito, sino á la natural solitud de huir del riesgo por qualquiera parte y medio, que se le proporcione.

4 Gomez *Var. res. tom. 3. cap. 3. num. 54.*, siguiendo la comun opinion de los intérpretes, dice, que en los delitos capitales es licita la transaccion. Con todo en el *num. 55.* lo modifica, expresando que el valor de semejantes transacciones debe entenderse respecto de las partes acusadora y acusada sin impedir, que otro pueda acusar, ni que pueda el juez proceder de oficio: no obstante esto dice, que el proceso formado á instancia del acusador debe quedar nulo y de ningun efecto, sin poder servir para la sentencia: pero hasta la facultad, que por derecho comun dexa salva para un tercero, y para el juez á proceder de oficio, la pone en duda en el *num. 56.* por derecho de España en atencion á la *ley 22. tit. 1. part. 7.*, en la qual se dispone, que, hecha la concordia entre acusador y reo en causa capital, no se puede condenar al reo con pena capital ó corporal: por consiguiente parece, que no puede entónces ser acusado por otro, ni procederse contra el reo de oficio.

5 Esta ley ó se hizo con la equivocada inteligencia de las romanas, ó tuvo la desgracia de ser tan mal entendida, como aquellas. Ella es difícil, y los fundamentos, que hay en la misma para apoyarse dicha sentencia, los refiere Go-

Opinion de Gomez fundado en la comun opinion y en una ley de partida.

Dificultades que ocurren en quanto á dicha ley y declaracion en un caso raro

que pasó en
Valladolid.

mez *ibid.*: tambien pone allí los argumentos, que hay en contra: el primero es, que las leyes de las Partidas casi siempre concuerdan con el derecho comun: el segundo, que la *ley 24. tit. 4. part. 3.* prohibe, que en causas criminales, en que se trata de pena corporal, haya compromiso de partes: el tercero, que la ley diria y especificaria las personas, con quienes debiese ó pudiese concordar el reo, y no lo hace. Añade otra razon convincente, y es, que de esta manera estaria en mano de qualquiera del pueblo el absolver y librar al reo acusado, pudiendo y debiendo ser esto causa de muchos delitos y desórdenes. Refiere finalmente un caso, que pasó en Valladolid del modo siguiente: se cometió un homicidio: los hermanos ó parientes del difunto acusaron al reo: pendiente la causa concordaron y se amistaron: esto no obstante los jueces de la Chancillería le condenaron á muerte: al tiempo de prepararse la execucion algunos religiosos, instados por el mismo reo, interpusieron su mediacion, y hablaron á S. M. exponiendo, que la sentencia era injusta y contra la citada *ley 24. de la part. 3.* El Rey ó Emperador mandó suspender la execucion, y comparecer los jueces: estos dixéron, que la ley no debia entenderse en sentido literal, ó del modo, que parece, que suenan las palabras: mandó despues comparecer otros de los mas sabios de sus consejeros; y la mayor parte fué del mismo dictámen: adhiriendo á él S. M. mandó executar al reo, que en realidad fué ahorcado. A pesar de todo esto dice Gomez *ibid. num. 56.*; que aconseja, el que ántes que por el príncipe se declare la inteligencia de dicha ley no se aplique en el caso de transaccion pena de muerte ú ordinaria, sino arbitraria y menor de la

que corresponda ; que así él lo practicó varias veces, habiéndose conformado con esto la Chancillería de Valladolid y otros tribunales ; y que, aunque sea un error el entender la ley en dicho sentido , es error comun , reducido á práctica y costumbre , á la que se ha de estar : esto último me parece difícil , supuesto todo lo que pasó en Valladolid , y debiendo dar nueva fuerza en estos tiempos la genuina y crítica explicacion de Noodt en quanto al derecho romano , de donde se deriva la ley de *Partida*.

6 Después limita Gomez la misma doctrina y principio de la pena extraordinaria en el caso de transaccion de muchos modos , ó en muchos casos , en que á pesar de la transaccion dice , que debe aplicarse la pena ordinaria. El primer caso es , quando ha cedido y transigido el mismo ofendido ó sus parientes y no el acusador extraño : el segundo , quando el delito no se ha hecho inmediata y directamente en ofensa de la persona , sino de la cosa , con turbacion del orden público , como el latrocinio. En homicidio solamente é injuria ó delito semejante , dice , que puede embarrasar la transacción. El tercer caso es , quando el delito del homicidio está qualificado con alevosía , veneno ó incendio , porque la ley 1. y 2. *tit. 11. lib. 1. del Ordenamiento* limita tambien los indultos del Rey en estos casos : el quarto , quando el reo es reincidente , de manera , que antes hubiese cometido dos ó tres veces aquel delito. Son muy justas estas limitaciones , que trae dicho autor *numer. 57. hasta el 61. ibid.* , pero nada necesarias para quien lleve la opinion , de que los particulares en quanto á sus intereses pueden hacer lo que quieren , y nada en quanto á los de la república , y

Limitaciones con que modifica Gomez su opinion.

á la severidad de la disciplina, cuyo objeto principal en el castigo es el corregir al delinquente, siempre que no hay pena capital, y tanto en este caso, como en los demas, escarmentar á los otros. En esta materia debe decidirse por la regla del sabio Papiniano en la *ley 38. Dig. de Pact.*, que el derecho público no se puede alterar ó variar con pactos de los particulares, entendiendo la *ley 18. Cod. de Transactionibus* del modo, que la entiende Noodt, y la de Partida en los términos, que se interpretó en Valladolid, y en algun modo se declaró ya por la suprema potestad.

Varias cuestiones sobre quién, cómo y de qué modo puede transigirse en delitos.

7 En los números siguientes hasta el fin trata Gomez de varias cuestiones subalternas sobre quienes han de transigir, distinguiendo, si son muchos los herederos y parientes, y de qué modo debe hacerse la transaccion, como puede ver qualquiera, á quien le parezca justo seguir aquella opinion. Lo mismo, que Gomez, trae, aunque con alguna obscuridad, la *Curia Filip. Juic. crim. §. 9. num. 10.*

Opiniones y ley de Cataluña en quanto á lo mismo.

8 En Cataluña parece que tambien se admitió la jurisprudencia de extinguir los delitos con transacciones de particulares, como se puede ver en el título de *Composicions y averias*. En la *const. ult. ibid.* se previene, que no pueda haber transaccion en algunas causas como de ladrones, destruidores de caminos, incendiarios, matadores de ganado, asesinos, y los maliciosos destruidores de las viñas. En la *const. 1. de Falsif. de mon.* se prohibió tambien la transaccion en los reos de falsa moneda. Del *numer. 54. de la decis. 265. de Cortiada* consta, que no se podia transigir tampoco en crimen de poner violenta y sacrilegamente las manos en clérigos, ó religiosos hasta haber satisfecho cumplidamente y obtenido abolicion de la *Curia Romana*: es-

tá esto expreso en la *const.* 1. §. 8. de *Heretges*, confirmada con bula de Gregorio VIII. de 5 de las calendas de febrero del año quarto de su pontificado, que se lee á continuacion de dicha constitucion, citada por el mismo Cortiada. De la *decis.* 33. de Calderó consta, que algunos magistrados tenían en esta provincia facultades de admitir transaccion en algunos delitos: pero parece, que era en cosa de poca monta, y que aun se varió esto por Felipe III. con orden de 4 de marzo de 1656. De todas las constituciones del titulo de *Remisio de crims* y *compromisos del segundo volumen* parece, que quedó prohibida la transaccion en delitos, de que pudiese seguirse pena corporal afflictiva ó de muerte civil, y que en la 10. se prohibió expresamente la transaccion en homicidios.

9 Lo dicho hasta aquí puede y debe entenderse de transacciones de particulares: pero sin estas parece, que han de considerarse otras entre el reo y el fiscal, ofreciendo el primero algun pacto voluntario: esto puede alguna vez ser útil á los reos y á la causa pública por la falta de probanzas, que suele haber. De la *decis.* 44. de Amigant es claro, que nuestra Audiencia admite los pactos voluntarios. Dice este autor *n. 5.*, que sino estuviese autorizado este estilo muchos culpados quedarian sin castigo por falta de pruebas, y que es ménos mal, que tengan ménos castigo los reos, que el que no tengan ninguno.

10 Se duda, si por pacto puede obligarse el reo á mutilacion de miembro, ó á sufrir pena de muerte natural: no hay de esto exemplar en Cataluña: refiere el mismo autor el caso de un reo condenado á muerte, el qual, mejorada la sentencia con el pacto de no salir de ocho años de un

De otras transacciones ó pactos voluntarios entre fiscal y reo.

Sobre si puede el reo obligarse con pacto á mutilacion de miembro y muerte.

castillo so pena de ser executado en caso de contravencion, y quedando para dicho caso en su fuerza la primera sentencia, fué executado con pena de muerte por haber faltado al pacto, *ibid. num. 11.* pero entónces no se aplicaba la pena en fuerza del pacto, sino de la primera sentencia.

En pacto voluntario la pena debe ser menor que la de ley.

11 Quando se trata de pacto voluntario debe la pena ser menor de la que corresponde por ley, atendíendose la duda sobre el éxito de la causa: esto lo pide la naturaleza del pacto ó transaccion.

Miramiento con que se ha de proceder en la aprobacion de pacto voluntario.

12 El mismo autor en la *decis. 45. num. 37 y 38.* dice, que es tambien ventajoso el pacto voluntario para los reos, por evitar la pena mayor, que se les pudiera aplicar probado el delito, y la molestia de la cárcel; y que la Audiencia procede con mucho miramiento en esta materia, atendiendo la qualidad del delito, del reo, y de las probanzas, sin precisar á los reos á pacto, notificándoles solamente, si quieren ofrecer pacto voluntario, y que, si no le ofrecen, se instruirá y ampliará el proceso.

El temor, con que se hacen dichos pactos, no quita en ellos la voluntad.

13 En esta misma *decis. 45. num. 9.* y siguientes prueba, que no dexan de ser voluntarios los pactos referidos, aunque se hagan con temor de la cárcel. Del *tit. 14. de la Compilatio Practicallis* de Amigánt *Animadversiones num. 22.* consta tambien el uso de dichos pactos en esta provincia. Amigánt *dec. 49. n. 5. 6. 15. y 16.* confirma lo mismo; y dice, que se habia introducido en estos pactos voluntarios la práctica, de que á los reos se les cargase la obligacion de presentar en tiempo ó tiempos proporcionados certificacion de haber cumplido con lo que ofrecen, sujetándose á alguna pena en caso de contravencion, como de destierro, &c.

14 El mismo en la *dec. 51. n. 1.* y siguientes dice, que para que tenga lugar el pacto voluntario debe constar de alguna cosa substancial del delito, y concurrir indicios bastantes para la tortura.

15 Este pacto voluntario bien considerado es una especie de indulto modificado.

16 En orden á él puede ahora dudarse si tiene lugar, ó si se entiende igualmente comunicada esta regalía á la Audiencia, habiéndose reservado S. M. en la *Nueva Planta* de 1716 las regalías mayores. La comunicacion de dicha regalía ni ahora, ni ántes pudo jamas entenderse en términos de ser arbitraria para aligerar la pena á favor del reo, sino para sacar el partido, que se pueda á favor de la causa pública por parte del tribunal, castigando del modo, que permitan las circunstancias á los delinqüentes. Y ya se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 2. n. 33.*, que generalmente por ley muy reciente queda derogada en todas las chancillerías y audiencias la facultad de conmutar la pena de muerte en galeras ó en otra ninguna, siempre que ó por expresion literal de la ley ó por equivalencia de razon deba ella aplicarse.

17 En quanto á contravenciones, á formalidades de manifiesto y guias hay estilo en Cataluña de admitirse *allanamientos*, que dicen, y deben reducirse á pactos voluntarios, ó á indultos modificados y dependientes de circunstancias. En esto parece, que hubo alguna variacion á mediados de este siglo, y que luego se volvió á la antigua práctica: pues el Sr. Marques de la Ensenada en 28 de febrero de 1749 escribió al Administrador General de Rentas de Cataluña, participando haber resuelto el Rey, que sin embargo de lo mandado con decreto de 19 de noviembre de 1748 conti-

Para admitirse debe haber alguna prueba contra el reo.

son ellos una especie de indultos.

Sobre si la Audiencia de Cataluña puede admitirlos: y cómo con ellos ó de otro modo se ha podido conmutar la pena.

De los *allanamientos* en quanto á rentas en Cataluña.

nuase la observancia de las antiguas ordinaciones con que se gobernaban las rentas del principado de Cataluña, admitiendo los allanamientos, que se otorgaren por las personas, que contravengan en alguna de las formalidades de manifiestos y descargos de géneros y frutos y demas prevenidas en ellas, excepto quando fueren reincidentes y opinados defraudadores: en quanto á estos se expresa, que debe observarse el decreto de 1748.

18 De una representacion, que he leído de un Administrador General de Rentas de esta provincia, hecha al Superintendente General de Hacienda en 6 de octubre de 1779, veo que dichos allanamientos solo se admiten en la falta de formalidad de manifiesto en las líneas de mar y tierra, en defectos de guias, y en obligacion de responder de los frutos y géneros, que se conducen por aquellos distritos, y en los fraudes de puertas de Barcelona, por ser esto conforme á las ordinaciones de la antigua Diputacion de 1704, mandadas observar con varias órdenes, especialmente con la de 28 de febrero de 1749, y con el edicto de 28 de mayo de 1770, con motivo de la subrogacion de bolla, diciéndose en él, que las antiguas ordinaciones han de quedar en su fuerza y vigor por lo relativo al manifiesto. Todo lo dicho en éste y en el número antecedente es particular de Cataluña.

19 General á todo el reyno puede considerarse lo que he dicho en el *cap. 4. s. 5. art. 3. §. 6.* de orden de 28 de febrero de 1761 sobre el modo, con que en delitos, que no tengan nota de infamia, y que no sean de mucha gravedad, se pueda mediante el consentimiento de los reos destinarseles á servir en el ejército. Allí mismo ya se ha visto el modo, con que esto ha de hacerse.

SECCION V.

Del perdon de la injuria.

1 **D**el mismo modo, que se ha discurrido de la transaccion, puede discurrirse del perdon de la injuria, y ofensa hecha á la parte, bien que en esto tienen mas influxo los particulares, porque casi todo depende de ellos. Por el §. 12. *Inst. de Injur.* es claro, que la injuria se extingue ó queda abolida con el perdon, ó renuncia de la parte: en este caso queda poco que hacer al juez, á ménos que hubiese sido pública, y con escándalo la ofensa: entónces, por mas que la condonase el ofendido, bien podria castigarse el que injurió, aunque siempre mucho ménos.

2 Si en toda especie de injurias todo depende de la parte, y de si quiere usar ella de su derecho, quanto mas se ha de verificar esto mismo en las relativas á matrimonio, militando en este particular otra razon, de poder ser lo contrario muy funesto, tanto para lo espiritual, como para lo temporal. Por esto se ha visto, que no se puede proceder en esta materia sino á instancia de parte.

El perdon de la injuria corta los procedimientos con alguna excepcion.

Particularmente se verifica lo dicho en causas de matrimonio.

SECCION VI.

De la prescripcion de los delitos.

1 **T**ambien veo, que los autores y las leyes admiten la prescripcion en los delitos. La utilidad pública, que hay en cortar pleytos, induxo el derecho de prescripcion; resultando de la negligencia, con que el particular dexa por él tiempo, que pres-

Razon en que se funda la prescripcion de delitos.

criben las leyes, de pedir de otro la cosa, que sea suya, el que pierde el interesado su derecho y accion, quedando seguro el poseedor por la adjudicacion de dominio, que á favor de él hace la ley. Á semejanza de esto se estableció, que el acusador, que hubiese dexado pasar el tiempo prescrito por la ley, ó el fiscal, y el juez, que hubiese dexado de proceder de oficio, perdiesen la accion y derecho de acusar y proceder, quedando seguro el reo.

La citacion
y contestacion
corta la pres-
cripcion.

2 Así como en las causas civiles la citacion y contestacion de pleyto es una interrupcion civil de la posesion del que intenta prescribir, de manera que le queda ya cortada la prescripcion, y se perpetua al otro la accion, tambien parece, que esto ha de tener lugar en la causa criminal, de suerte, que si se procede contra el reo emplazado no pueda ya éste valerse de la prescripcion regular de la ley, perpetuándose al acusador, al fiscal ó juez la accion ó el derecho de proceder: y esta excepcion se prueba claramente con la *ley 2. Cod. e V. actig. et comis.*

Aunque el
fiscal no pue-
da obrar se
prescribe en
causa crimi-
nal.

3 Quando el actor no puede obrar no tiene lugar en quanto á las materias civiles la prescripcion por el axioma vulgar, y recibido por todos los intérpretes, *contra non valentem agere non currit prescriptio*: y por esto en un caso de delito atroz, cuyo autor quede oculto por mucho tiempo, y en otros semejantes, en que por mas solícitos, que sean el fiscal y el juez, no pueden obrar contra el delinquente, puede parecer, que no ha de quedar seguro el reo con la prescripcion. Píclér en el título de *Praescriptionibus num. 75.* dice, que no importa lo dicho, y que el delito sin embargo de quedar oculto se prescribe.

Tiempo con

4 Solo falta ver en quanto tiempo se prescri-

ben los delitos. Por derecho civil parece, que todos se prescriben en veinte años, *ley 12. Cod. Ad leg. corn. de fals.*, en donde se lee lo siguiente: *Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur nisi viginti annorum exceptione, sicut caetera quoque fere crimina*: lo mismo consta de la *ley 3. Dig. de Requir. vel absent. damn.*, y que el tiempo de los veinte años es el regular en las prescripciones de delitos, que no tienen otro tiempo determinado por alguna ley particular. Gomez *Var. res. tom. 3. cap. 1. num. 5. y 6.* tambien da por constante, que los delitos, ó el derecho de acusar y castigar por ellos, se prescriben en los casos, en que no hay ley particular, que prevenga otra cosa, en veinte años, citando la *ley 12. Cod. Ad leg. corn.* y muchos autores. Asegura, que esto no solo tiene lugar quando se trata de acusadores, sino tambien del juez, que procede de oficio, porque éste hace veces de acusador, y entra en lugar de aquel: aun en los *num. 7. y 8.* fundado en la *ley 25. Dig. de Poen.* dice, que si no está cumplido el tiempo de la prescripcion, pero ha pasado ya mucho tiempo despues de haberse cometido el delito, se puede minorar la pena, excepto quando hubiese habido reincidencia, ó quando se hubiese procedido ya contra el delinquente: la razon de la ley, que bien lo dice, será porque ya no urge tanto la razon de la enmienda, ni del escarmiento. Tanto de Gomez en el lugar citado, como de la *Curia Filip. Juic. crim. §. 14. n. ult.*, se vé, que en Castilla se prescriben por regla general los delitos en veinte años.

5 Hay algunos delitos, que se prescriben en ménos tiempo, como el de la injuria, la qual se prescribe en un año, *ley 17. §. 6. Dig. de Iniur. y ley 5. Cod. Eod., Cur. Filip. Juic. crim. §. 14. num.*

que se prescribe el delito por derecho romano y de Castilla.

De lo mismo en particular en quanto á la injuria.

ult. , disputando los autores , si ha de ser continuo ó útil , como se puede ver en los comentarios de Vinio al §. ult. *Inst. de Iniur.* , en donde se puede hallar lo que hay sobre esto , y si se ha de entender solamente de la accion pretoria y no de la civil , que compete por razon de la ley cornelia : pretende Vinio , que ésta ha de ser perpetua , no pudiendo en consecuencia prescribirse sino en veinte años. En la *Curia Filíp. Juic. crim.* §. 14 num. ult. se dice , que ha de ser continuo el año.

en quanto á delitos de lascivia, peculado, comiso y otros, en que se acusa la memoria del delincuente.

6 Por la ley 29. y siguientes *Dig. Ad leg. iul. de adult.* y la 4. tit. 17. part. 7. los delitos de adulterio y de lascivia se prescriben en cinco años , *Calderó decis.* 32. num. 54. , *Cur. Filíp. Juic. crim.* §. 14. num. ult. : el mismo tiempo está prescrito para el peculado , ley 7. *Dig. Ad leg. iul. peculat.* , ley 18. tit. 14. part. 7. Con el mismo transcurso de tiempo parece , que se logra la prescripcion de la pena del comiso , ley 2. *Cod. de Vectigal.* , ley 6. tit. 7. part. 5. En los delitos , en que tiene lugar la acusacion despues de muerto el reo , tambien está prescrito el quinquenio para la prescripcion , *Curia Filíp. Juic. crim.* §. 14. num. ult.

Algunos no admiten prescripcion en heregía, parricidio, ni en otros delitos muy graves.

7 En la ley 19. *Dig. Ad leg. corn. de fals. hallo* , que el crimen de parto supuesto en ningun tiempo se prescribe. Será acaso esto por la dificultad en descubrir el delito y con tan grave daño de tercero. De aquí tal vez se habrá sacado por equivalencia de razon lo que leo en *Picler* en el título de *Praescript.* num. 75. Allí se dice , sin citar ninguna ley , que algunos autores , como se puede ver en *Farinaceo* q. 10. , no admiten ninguna prescripcion en parricidio , parto supuesto , apostasia , heregía , lesa magestad , simonía , asesinato , falsa moneda , aborto , adulterio con incesto ó estupro violento.

Por derecho general del reyno, que forma la pragmática de 28 de abril de 1757, está también prohibida la prescripción en el desafío.

8 En Cataluña, como por el *usage omnes causae* 2. de *Prescriptions* en todas las causas, así civiles, como criminales, las prescripciones, que por derecho comun eran de diez ó veinte años, se hicieron de treinta, parece, que solamente con este tiempo se prescriben los delitos, que por derecho comun se prescribian en veinte años, Calderó *decis.* 32. *num.* 54., Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 85. y siguientes: pero esto no quita las prescripciones menores de diez años, quedándose estas como estaban, porque todos los autores provinciales, como Fontanella en el lugar citado, contestan en que aquel *usage* es ceñido á las prescripciones, que por derecho comun eran de diez ó veinte años.

De la pres-
cripcion de de-
litos en Cata-
luña.

SECCION VII.

De los asilos.

1 El asilo es tambien medio de cortar los progresos de la causa criminal, ó que frustra sus efectos. De esto ya se ha hablado en el *lib.* 2. *tit.* 9. *c.* 8. *sec.* 2. Ahora solo debo añadir, que la *Curia Filip. Juic. crim.* §. 12. *num.* 7. dice, que las escuelas, cátedras, estrados de audiencia, estudios de doctores y abogados gozan de asilo: *item num.* 8. *hasta el* 14., que le goza el Santísimo, que se lleva á los enfermos ó en procesion: *item num.* 5. y 6. las casas de embaxadores y cardenales: *item num.* 4. las estátuas ó palacios de los reyes. Esto parece derivado de las leyes romanas, bien que en ellas no

El asilo cor-
ta y como el
procedimien-
to criminal ó
la aplicaciou
de la pena.

veo impunidad concedida de delitos , sino una especie de proteccion y amparo á favor de los que se veian atropellados, como los esclavos maltratándoles sus amos , y otros en casos semejantes, como se puede ver en la ley 2. *Dig. de His qui sunt sui vel alieni iuris* , ley 28. §. 7. *Dig. de Poen.* , ley 38. *Dig. de Iniur.* , ley unic. *Cod. Qui ad stat. conf.* : y aun de dichas leyes consta, que los que abusaban del medio de refugiarse á las estatuas del príncipe sin justa causa de temor ó violencia para causar envidia á otros eran castigados. En el dia no se habla de otra inmunidad , que de la que se ha tratado en el citado lugar del libro segundo , adonde me remito.

ERRATAS.

<u>Página</u>	<u>línea</u>	<u>dice</u>	<u>léase</u>
53 . . .	6 . . .	vicien	vicien estos
58 . . .	19 . . .	en	en el num. 1. y 2. de este §.
107 . . .	31 . . .	hecha	hecho
115 . . .	27 . . .	} no constando por } ella que haya :	} constando por ella que no } hay
170 . . .	8 . . .		
	10 . . .	tiene	tienen
190 . . .	8 . . .	en que	en quienes
201 . . .	25 . . .	cohartada	coartada
	11 . . .	cosa	cosas
315 . . .	28 . . .	de él, quando	de el quando
316 . . .	15 . . .	ninguno	ninguna
317 . . .	16 . . .	cita	cítase
	22 . . .	cita	cítase
323 . . .	16 . . .	homicidios	homicidas