



CURSO  
DE  
DERECHO CRIMINAL

POR  
CARLOS TEJEDOR

PRIMERA PARTE:  
LEYES DE FONDO

SEGUNDA EDICION

UBICACION  
BUENOS AIRES

LIBRERÍA DE CL. M. JOLY, CALLE VICTORIA, 119-121

1871





## PREFACIO DE LA PRIMERA EDICION.



La necesidad de enseñar el derecho criminal, nos aconsejó hacer algunos apuntes, que son los mismos que, aumentados y corregidos, presentamos bajo la forma de un curso completo.

Para escribir esos apuntes, compulsamos cuanto libro de la materia cayó en nuestras manos, tomando de unos el método, de otros las ideas, y de los códigos las disposiciones legales.

La obra pues que ofrecemos, tiene solamente el mérito de aplicacion, rejuveneciendo, por decirlo así, con principios sacados de los mejores autores, un derecho que, como las leyes de que trata, resiste el estudio por su antigüedad y barbarie.

Julio de 1860.





# INTRODUCCION

---



1. Para emprender con provecho el estudio del derecho criminal, es inútil sentar algunos antecedentes sobre las diversas teorías del derecho de castigar, las leyes penales existentes, y el origen ó interpretación de esas leyes. Tal será el objeto de esta introducción, que dividiremos en tres secciones.

•

## SECCION PRIMERA

### Derecho de castigar

2. La sociedad no es para nosotros el resultado de una convencion (1). Sociedades hay, como dice el Génesis, porque es bueno que el hombre no esté solo. *Non est bonum hominem esse solum*. El poder mismo es un hecho casi siempre, antes de ser un derecho. Las constituciones lo proclaman y regulan, mas bien que lo crean (2). Pero una vez establecido, necesita sostenerse. ¿Con qué derecho? ¿con qué fin?

3. Beccaria con su escuela sostiene que cuando la sociedad castiga, ejerce una legítima defensa, mediante la convencion que hicieron los hombres al reunirse (3). Este sistema reposa sobre una ficción, supone un hecho que nunca ha existido. La defensa además, tendria que cesar con la agresion, y la justicia ser instantánea ó nula. «Antes de la consumacion del delito, dice muy bien Ortolan, podia haber defensa; pero despues no hay sino venganza ó justicia» (4).

(1) Montesquieu, Rousseau, Vattel, Beccaria, Filangieri, Burlamaqui, han creído con pequeñas diferencias en un contrato primitivo, y en un estado de naturaleza anterior á toda sociedad.

(2) Trebutien, cours de droit criminel, t. 1.

(3) Mably, Rousseau, Blackstone, Philipps.

(4) Elem. de droit pénal.



4. Otros parten del mismo principio, pero haciéndolo coincidir con el de la justicia moral. Ellos exigen en consecuencia que los hechos culpables lo sean también a los ojos de la conciencia humana (1). ¿Contra quién se dirigirá entonces la defensa? Contra el delincuente desarmado, no puede ser, porque, según hemos dicho, el derecho de defensa no sobrevive al ataque; contra los delincuentes futuros, sería caer en el principio de la intimidación, y en su resultado inmediato, que es la exageración de las penas. Esta tendencia quedaría es cierto contra balanceada por el principio de la justicia; pero semejante alianza de dos reglas distintas, no puede menos de romper la unidad de la teoría, y embarazar sus aplicaciones (2).

5. Otros han osado decir «lo que justifica la pena es su utilidad mayor, ó mas propiamente, su necesidad: los delincuentes son enemigos públicos ¿qué necesidad hay de que enemigos consientan en ser desarmados ó reprimidos?» (3). Pero la filosofía muestra que el interés es regla insuficiente de nuestras acciones y deberes. ¿Cómo bastaría para legitimar un castigo? El interés no es tampoco un principio, sino un hecho, variable con los climas y los países. ¿Qué derecho de castigar sería éste que cambiaría con las zonas? (4). Antiguamente, se conocía este sistema con la fórmula de los Romanos, *Salus populi suprema lex est*. Los modernos le han sustituido esta otra: *el fin justifica los medios*.

6. Otros en fin rechazando á la vez el principio de la utilidad y el de la legítima defensa, han ido á buscar en la ley moral que revela la conciencia, el principio y la razón de la justicia penal (5). A diferencia del sistema utilitario, el círculo trazado en

(1) Lucas, Comte, Pastoret. En este sistema los delitos no son considerados sino en sus relaciones con la conservación social. Se le conoce con el nombre de teoría de la defensa indirecta.

(2) Chauveau, *théorie du code pénal*, t. 1, p. 13.

(3) Bentham, *théorie des peines*, t. 1, p. 7.

(4) Chauveau Adolphe, *lug. cit.*

(5) Rossi y Kant. Esta es la teoría de la justicia absoluta, la misma de toda la filosofía oriental. Así Platón dice en Protágoras que no se castiga á un malvado solo porque es malvado, sino por sus faltas venideras.



esta teoría peca por estenso. La justicia absoluta no es lo mismo que la justicia social, limitada forzosamente por las necesidades del orden, y las imperfecciones de acción. (1)

7. De todos estos sistemas se deduce y esta es nuestra única teoría, que el castigo para ser legítimo, debe revestir dos condiciones:—1ª que el hecho sea inmoral, lo que constituye la justicia intrínseca del castigo;—2ª que este sea necesario á la conservación del orden social, lo que envuelve su utilidad (2). Solo la Providencia, ha dicho Guizot, tiene el derecho de tratar severamente á la inocencia, sin dar el motivo de su castigo. (3).

8. La misma diversidad se nota sobre el fin de las penas. Beraria sostiene que es la intimidación (4); de consiguiente, las penas mas crueles serian las preferibles y la justicia humana, parecida á los héroes de la Grecia, como dice Guizot, tendria por fin único purgar la sociedad de bandidos (5). Lucas, la reforma del condenado (6) lo que es una verdadera utopia ¿cómo sondear el fondo de las conciencias y comprobar la sinceridad del arrepentimiento? Rossi, la espiación del delito, y por eso define la pena un castigo infligido por la justicia para reparar el mal del delito (7). Según los primeros, *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*. Según estos, la sociedad castiga el delito por el delito mismo. «Si despues del primer delito, decia Romagnosi, hubiera certidumbre que no se cometeria otro, la sociedad no tendria derecho de castigar.» «Si la **sociedad estuviera por disolverse, dice al contrario Kant**, todavia

(1) Un escritor moderno sostiene que el fundamento del derecho de castigar se encuentra en el poder público, depositario y guardian de las leyes (Boeresco, délits et peines, p. 63.)

(2) Chauveau Adolphe, lug. cit.

(3) De la peine de mort en matière politique, p. 100.

(4) Tratado de las penas, p. 15 y 195.

(5) En este sistema las penas son buenas porque son útiles; ó como decia Hobbes: todos los actos del principe son justos.

(6) Du système pénal, p. 213, 272 y 308.

(7) Rossi, droit penal, t. 1, p. 218 y 219. Este sistema tiene la ventaja de imprimir un sello divino á la justicia humana; pero falla en su aplicación por la imperfección de los medios. Rossi mismo decia que el problema estaba por resolverse, á falta de cantidades ciertas.

debía ajusticiarse al último asesino, para que el culpable llevase al otro mundo la pena de su delito.»

❶. Nosotros no podemos aceptar estos extremos. El castigo deriva toda su legitimidad de la inmoralidad intrínseca del hecho, de la perversidad del agente, y aunque estos elementos sean difíciles de computar, no puede decirse que la sociedad carece de los medios de obtener la certidumbre en muchos casos, y esto basta (1). A su vez, la teoría de la espacion conduciría á castigar todos los actos contrarios al deber, vicios, pensamientos, proyectos, porque todo esto merece castigo á los ojos de la justicia absoluta. La pena también tendría que ser ni mas ni menos que la que ésta reclamase. «Terrible ecuacion, que no es dado á la justicia humana realizar» (2). En nuestra opinion, la intimidacion, la reforma, la espacion, no son los fines del castigo, sinó los medios de alcanzarlo. La sociedad castiga, decia Séneca, *ut eum quem punit emendet, aut ut pœna ejus ceteros reddat meliores, aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant* (3).

## SECCION SEGUNDA.

### Leyes penales existentes.

❶. La revolucion de la independencia, hecha en nombre de las doctrinas del siglo XVIII, no podía menos de reconocer que no eran delitos para nosotros muchos de los hechos castigados por las leyes españolas; y que los mismos que merecian este nombre, estaban penados con demasiada crueldad. De aquí algunas disposiciones dispersas en los Estatutos provisorios y Registro Oficial, que han producido alteraciones considerables en la juris-

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 17.

(2) Ortolan, Elém. de droit pénal.

(3) Segun Grocio el fin de la pena es *aut utilitatem ejus qui peccavit, aut ejus cujus intererat non peccatum esse aut indistinctè quorum libet.* (De Jure Belli et Pacis, lib. 2, c. 20.)





prudencia criminal. Desde la conquista tambien hasta la emancipacion, los reyes españoles dictaron para la América una lejislacion apropiada, que se conoce con el nombre de Recopilacion de Indias, pero que destinada principalmente á la organizacion política y relijiosa, muy poco contiene de nuestra materia. (1) Este es por ahora el derecho penal que podriamos llamar municipal ó pátrio (2).

§ 1. En lo que estas disposiciones no contengan, hay que ocurrir á los códigos generales, cuyo orden de observancia en lo criminal, como en lo civil, es el siguiente: 1º las leyes de la Recopilacion Castellana (3). 2º Las leyes del Fuero Real y Fueros Municipales «en lo que son ó fuesen usados y guardados.» 3º Las leyes de las Siete Partidas, especialmente la última (4). Algunos colocan entre las leyes vijentes las del Fuero Juzgo (5). pero nosotros creemos que no puede sin violencia llamarse municipal este código; y que por lo tanto él no está comprendido en la ley Recopilada, si bien en la práctica los Tribunales lo citan, como á los demas no mencionados (6). Otros defienden tambien la vijencia de las leyes del Estilo, fundados en que son las declaraciones que los Reyes hicieron de las del Fuero Real (7); pero no está probado que se dictasen por ningun rey, ni se promulgasen en ningunas Cortes. Estas leyes son mas bien la jurisprudencia de los tribunales, formada despues de la promulgacion del Fuero Real (8).

(1) Solo es especial el libro 7º.

(2) V. las leyes del tit. 1, lib. 2, R. Ind.

(3) Especialmente los primeros 26 títulos del lib. 8.

(4) L. 3 tit. 1 lib. 2, R. C. é instruccion de 1500 que es la l. 15, tit. 6, lib. 3, R. C.

(5) La Serna y Montalvan, derecho civil.

(6) El Fuero Juzgo tiene sin embargo en su favor la cédula de 15 de Julio de 1778 que en un caso particular le dió vijencia.

(7) Viscaino, P. Crim. t. 3, n. 238 y siguientes

(8) Los textos del *Corpus Juris Civilis* que se ocupan del derecho criminal son: 1º En las Institutas los tit. 1, 2, 3, 4 y 18, lib. 4: 2º En el Digesto los cuatro títulos del lib. 9, el tercero lib. 11, los veinte y tres títulos del lib. 47, especialmente el 11, y los veinte y cuatro títulos del lib. 48, especial-



■. Ahora, digamos dos palabras sobre el espíritu de estos diversos fragmentos. En nuestra legislación propia, no es fácil señalar un carácter jeneral. Producto de distintos hombres y circunstancias, véñse en ella los rastros de las diversas escuelas modernas, aunque dominando siempre la de Bentham. En la Recopilación de Indias, solo una cosa llama la atención, que la América desde el principio tuvo una mala reputación en el ánimo de los Soberanos españoles: los delitos son mas frecuentes que en ninguna otra parte; y las penas dobles ó cuádruplas. La Recopilación Castellana, obra de reyes absolutos y fanáticos, de simples pecados hace delitos enormes; y la pena de la confiscación, rechazada hoy de todas partes, se encuentra á cada paso. El Fuero Real, que al principio Madrid mismo aceptó condicionalmente ha recibido mas honores, andando el tiempo; pero tiene un gran defecto: la parte criminal era solo para las clases pobres: los prohombres tenían sus rieptos y desafíos. Las Partidas son el Código mas completo, pero por imitar el derecho canónico y romano (1), no hicieron mas que empeorar el derecho foral en este punto. Así, el tormento que por los Fueros no tenía lugar sino en casos rarísimos y con multitud de circunstancias atenuantes (2) es admitido aquí con una profusión espantosa. En resumen, puede decirse, que el Fuero Juzgo representa la época de los bárbaros; el F. Real y las Partidas la feudalidad; y las Recopilaciones, la Monarquía absoluta y el Colonaje.

mente el 19 de *parnis*: 3º En el Código los títulos 35 y 41, lib. 3, el tit. 2, lib. 6 y los cincuenta y un títulos del lib. 9, especialmente el 47 de *parnis*.

Los del *Corpus Juris canonici* son: 1º *Deer.* de *Grat.* 2º. p. c. 2, 3, 4, 5 y 6 é indirectamente c. 22, 24, 26, 32 y 35: 2º *Decret.* de Gregorio, los 33 títulos del lib. 5. 3º El sexto, lib. 5º. 4º Todo el lib. 5 de las *Clementinas*: 5º Los títulos 8, 9, 10, 12 y 13 de las *Extravagantes*: 6º Del tit. 1 al 6, lib. 5º *Extrav. com.* 7º El séptimo, lib. 5: 8º Todo el lib. 4 de las *Institutas*.

(1) L. 6. tit. 1. P. 1 y proemio de las Partidas

(2) Montesquieu sin embargo dice, hablando del Fuero Juzgo «Al código visigodo debemos todas las máximas, todos los principios y vistas de la adquisición de hoy.» (*Esp. de las leyes*, lib. 28, c. 1.)

## SECCION TERCERA.

**Origen, estension é interpretacion de las leyes criminales.**

**13.** Por nuestra constitucion política las leyes son ciertos actos discutidos y votados libremente por la mayoría de la Asamblea lejislativa. El Gobierno no puede hacer sinó decretos ó reglamentos para su aplicacion particular; y los tribunales de Justicia, tienen la mision de ejecutarlas, con prohibicion de oponer inconvenientes ó razones de derecho en su ejecucion (1). Pero las leyes no obligan desde que se hacen, sinó desde que se promulgan, considerándose hecha la promulgacion desde que se publican en los periódicos, ó se inscriben en el Registro Oficial, *Moneat lex prius quam feriat*, decia Bacon (2).

**14.** Es una cuestion de muy dificil solucion determinar los limites que separan las leyes criminales de las civiles. Bentham decia «crear derechos y obligaciones es crear delitos»; pero esto no es exacto. Lesiones hay de derechos contra las cuales cada uno tiene la posibilidad de premunirse por el empleo solo de sus facultades individuales. Así es que cuando tienen lugar, el rol de la justicia se limita á la reparacion civil. Pero otras hay respecto de las cuales los medios de prevision y defensa individual son insuficientes. Hé aquí las únicas de que debe ocuparse el derecho penal, porque tales lesiones afectan no solo á la persona que es la víctima, sinó á la sociedad cuya proteccion quebrantan (3).

(1) L. 26, tit. 1, lib. 2, R. C.—En Estados Unidos sucede otra cosa; pero esto proviene, dice Tocqueville, de que estando admitida la revision de la Constitucion, si hubiese conflicto entre ella y la ley, es siempre preferible revisar aquella. Puede ser tambien que la verdadera razon sea templar con esta intervencion de la Magistratura, la omnipotencia de la democracia.

(2) V. las reglas 1ª y 2ª del Código de Comercio.

(3) Ortolan. *Elément de droit penal*. Arg. de la L. 3, tit. 20, lib. 4, F. R. y Proem 7ª. Part.



**15.** En general ninguna ley debe violentarse, *neque enim peior et tortura quam tortura legum*, pero mucho menos las penales en que hay siempre peligro de abuso, *durum est torquere leges ut torqueat homines* (1). «Sea la materia civil, sea criminal, dice con mucha razon Locré (2), dos casos son posibles. La ley habla ó guarda silencio. Si lo primero, debe respetarse su voluntad manifiesta. Si lo segundo, hay que juzgar tambien, pero con esta diferencia: que en los procesos civiles los jueces deben entónces determinar por las reglas de equidad, mientras que en los criminales, el acusado debe ser absuelto» (3).

**16.** En jeneral tambien, las leyes no disponen sinó para el porvenir, *non placet Janus in legibus* (4). Siguiendo este principio, nuestra Constitucion ha dicho: «ninguna ley tendrá fuerza retroactiva» (5) y en el Reglamento Provisorio del año xvii se leia: «Las causas criminales de toda clase que hasta la actualidad se hallan pendientes sin este nuevo método de defensa, seguirán en sus posteriores actuaciones el comun de derecho.» (6). Testos equivalentes se encuentran en las leyes españolas. «Todo ome, dice una ley del Fuero Real, que alguna cosa ficiere porque debe aver pena en su cuerpo, reciba la pena que debe aver en el tiempo que fizo la culpa, no en el tiempo que es dada la sentencia.» (7) Las Partidas se espresan así: «Otro si decimos que si sobre pleito ó postura ó yerro que fuese fecho . . . . deve ser probado é librado el pleito por el fuero viejo e non por el nuevo. . . . . E esto es, porque el tiempo en que

(1) Bacon aforismos, «La pena non se estiendo á mas de quanto dice el derecho» (L. 17, tit. 9, P. I.)

(2) Tom. 1, p. 615.

(3) Véanse las reglas 13 y 14 del Código de Comercio.

(4) Bacon, lug. cit.

(5) Art. 156.

(6) Recop. de leyes, t. 1, p. 115.

(7) L. 1, tit. 5, lib. 4, F. R.



son comenzadas é fechas las cosas, deve siempre ser catado. . . . » (1).

17. A pesar de todo, la retroactividad en materia criminal parécenos admisible. El artículo Constitucional y las Partidas confunden visiblemente lo civil con lo criminal. El reglamento de Justicia es de un carácter transitorio. Los autores en esta materia presentan tres hipótesis: 1ª cuando la nueva ley es mas severa que la antigua: 2ª cuando es mas suave: 3ª cuando la ley, menos severa que la existente, es seguida de otra mas cruel, pero no tanto como la primera. En el primer caso, sea que la severidad venga de una acriminacion nueva, ó de un aumento de las penas existentes, no hay que trepidar; la ley que debe aplicarse es la que rejia en el tiempo de la infraccion (2) *eo quod quisque delinquens velut contracto quodam involuntario intelligitur sese ad eam obligasse penam, quam scivit aut scire saltem potuit atque debuit.* (3) La segunda ley puede ser mas benigna por suprimir el delito, ó disminuir el castigo; pero un delito se suprime, porque su castigo no se considera ya necesario, una pena se disminuye por escensiva ó exajerada. ¿Por qué persistiria el lejislador en castigar un hecho sin consecuencia, en cometer la misma iniquidad que reprueba? La tercer hipótesis no es mas que la continuacion de las dos anteriores, y la consecuencia debe ser la misma; fuera de que seria eminentemente injusto que las lentitudes del proceso arrebatasen al acusado este beneficio. (4)

18. Sobre las leyes de procedimientos, y las que fijan

(1) L. 15, tit. 14, P. 3, Arg. de la L. 8, tit. 31, P. 7, 200 del Estilo y varias del F. Juzgo.

(2) En el delito de sodomia hay ley espresa (L. 1, tit. 21, lib. 8, R. L.)

(3) Voet ad Pand. lib. 48, tit. 19, n. 10.

(4) Chauveau Adolphe, théorie du code penal. Entre los Romanos la regla era la no retroactividad (L. 1, D. de penis); y solo cuando existian dos leyes, una para los juicios públicos y otra para los privados, y no estaban bien ciertos, bajo cual caia el delito, se seguia la ley mas suave (l. 32, loc. cit.). En las materias mercantiles, el Código proclama abiertamente la retroactividad (art. 175.)



la duracion de las prescripciones, hay escritores que atendiendo á la garantía de la defensa, niegan la retroactividad; pero nosotros creemos en ella con una ley del Fuero Juzgo (1) siempre que los nuevos trámites sean mejores medios de encontrar la verdad; porque nadie tiene derechos adquiridos contra la manifestacion de esta; y porque el carácter misto de las leyes de la prescripcion, no puede destruir el principio, si se exceptúa la accion privada (2).

(1) L. 12, tit. 1, lib. 2, F. Juzgo.

(2) Trebutien, cours de droit crim. t. 1.



# CURSO

DE

## DERECHO CRIMINAL

---



**1º.** En jeneral, puede decirse que el derecho criminal se propone conocer las garantías con que la ley ampara nuestros derechos mas preciosos, la seguridad personal, la libertad y la propiedad, fijando las condiciones de la asociacion política, los deberes y derechos respectivos del gobierno, y de los ciudadanos entre sí. En este sentido, mas bien que division del derecho privado, como se le considera comunmente, es una parte importante del derecho constitucional, y se divide en derecho penal natural, y derecho penal positivo (1). Sus objetos inmediatos son determinar: 1º los hechos prohibidos por las leyes; 2º las penas de cada uno; 3º el procedimiento que debe emplearse para su aplicacion.

De aquí, la division de las leyes criminales en *leyes de fondo* y *leyes de forma*, y la de este Curso en dos partes: de las cuales, la primera se ocupará de la teoría jeneral de los delitos, del exámen de cada uno en particular, y de las penas que les corresponden; y la segunda enseñará el procedimiento, modo de deducir las acciones, y tribunales encargados de su conocimiento.

---

(1) Y. Ortolan, *Elém.* p. 3, y Boeresco, *délits et peines*, p. 31.



## **PARTE PRIMERA.**

---

### **LEYES DE FONDO.**

---

20. En esta parte solo nos ocuparemos, como hemos dicho, de los dos primeros objetos del derecho criminal, dividiéndola en cuatro libros; de los cuales el 1º tratará de los principios generales comunes á todos los delitos; el 2º de los delitos públicos y políticos; el 3º de los privados; el 4º de ciertos hechos de legislación y jurisdicción especial.

---

### **LIBRO I.**

---

#### **PRINCIPIOS GENERALES**

---

21. Estos principios pueden referirse á las distintas fases del delito, á las penas señaladas por las leyes, y á los modos de extinguirse éstas: de aquí, la división de este libro en otros tantos títulos, y estos en los capítulos necesarios para su mejor explicación.

---



# TÍTULO I.

## DE LOS DELITOS EN GENERAL.

### CAPÍTULO I.

#### DEFINICION.

22. Muchas definiciones se han dado de la palabra delito, segun la escuela á que ha pertenecido cada uno. Antiguamente era «todo hecho por el cual una persona causa un daño cualquiera á otro dolosamente» (1). Las Partidas dicen que delitos son «los malos fechos que se hacen con soberbia y que deben ser escarmentados crudamente; porque los fazedores reciban la pena, e los que lo oyeron, se espanten e tomen ende escarmiento» (2), definicion peligrosa, que pertenece á la escuela de la intimidacion, á la *justicia que destruye* (3). La doctrina espiritualista por el contrario dice que delito es «toda accion ó inaccion contraria á la justicia absoluta, cuya represion importa á la conservacion y bienestar social, y que una ley anterior ha provisto y penado» (4). Nosotros preferimos decir simplemente, que es toda accion ú omision prevista y castigada por una ley penal «que está en entera observancia y vigor» (5).

(1) Pothier, Oblig. p. 1, c. 1, sect. 2, § 2. Los romanos por *delictum* entendian *quod pretermisum*. San Agustín lo definia *declinatio a bono*. *Delictum* parece que viene de *delinquere*, omitir.

(2) Proem. de la Part. 7<sup>a</sup>.

(3) Proem. cit.

(4) Rossi, Derecho penal.

(5) Reglamento de Justicia, 1817.



23. Decimos accion ú omision porque los delitos no consisten solo en hacer lo que la ley prohíbe, sinó tambien en dejar de hacer lo que ésta manda (1). Prevista y castigada por la ley, porque las leyes en jeneral no tienen fuerza retroactiva, entendiéndose por tal la que priva de un derecho adquirido. Que está en entera observancia, porque sin este precepto oportuno, la penalidad española, espression estraña á nuestras costumbres, seria en algunos casos una monstruosidad (2). Si algo mereciera completar esta definicion serian las siguientes palabras de la Constitucion : «Las acciones privadas de los hombres que de ningun modo ofenden al órden público, ni perjudican á tercero, están reservadas á Dios y exentas de la autoridad de los majistrados» (3); porque, como ha dicho muy bien Montesquieu, la ley no es solo un acto de poder.

24. Los delitos se llaman públicos ó privados, segun los intereses que afectan: ordinarios y estraordinarios, comunes y privilegiados, eclesiásticos, seculares ó militares, segun las penas, formas y tribunales que los juzgan (4): consumados, frustrados y tentados, ligeros ó atroces, segun el grado de criminalidad; de accion ó inaccion, segun las leyes que se violan; flagrantes y no flagrantes, instantáneos y sucesivos, segun el momento en que se verifican; complejos y conexos, segun la relacion que tienen entre sí (5).

(1) Ortolan dice que propiamente no son las omisiones ni los hechos los que violan el derecho, sinó las personas *Adam, Adam, ubi est qui fecit?*

(2) En las Recopiladas, por ejemplo, está prohibido el uso de los sombreros gachos, y permitido el amauebamiento.

(3) Art. 163 de la Constitucion.

(4) Gutierrez, *Prac. crim.* t. 3. Algunos agregan nominados ó innominados á semejanza de los contratos (Tapia, t. 7, p. 124, núm. 4, ed. 1846.)

(5) Ortolan, *Elém. de droit penal*.—Atendiendo tambien á la intencion se distingue la culpa de la transgresion premeditada. En el primer caso habia *casi delito* en el derecho romano; pero estas sutilezas han caido en desuso.



## CAPÍTULO II.

### MODOS DE COMETER EL DELITO.

¶5. Según la ley romana, el delito podía cometerse de cuatro modos, por obra, por palabra, por escrito, y por consejo, cuidando de agregar como ejemplo de esto último las conjuraciones y sociedades entre ladrones, *conjuraciones et latronum consuetudo* (1). Las Partidas han copiado al pie de la letra esta disposición (2); y explican el cuarto modo diciendo «assi como quando algunos se ayuntan en uno, é fazen jura, ó postura ó cofradía, para fazer mal á otros, ó para recebir los enemigos en la tierra, ó para fazer levantamiento en ella, ó para acoger los ladrones ó los malfechores, ó en otras maneras semejantes destas que los omes fazen malas fablas, ó toman malos consejos para fazer mal ó daño los unos á los otros.»

## CAPÍTULO III.

### DE LA TENTATIVA.

¶6. Sean uno ó muchos los actores, en todo delito pueden señalarse seis grados: dos, que tienen lugar en las regiones del alma, cuatro que se manifiestan al exterior. Los interiores son: 1º el pensamiento, 2º la resolución. Los exteriores se componen: 1º de los actos preparatorios; 2º de los que constituyen el principio de ejecución; 3º de la ejecución misma, pero frustrada; 4º de la consumación que produce una víctima (3). Desde la concepción del delito, la culpabilidad existe por la ley religiosa; pero ni el pen-

(1) L. 16, D. de penis.

(2) L. 3, tit. 31, P. 7.

(3) Trebutien, Cours de droit criminel.

samiento ni la resolución caen bajo la ley positiva, porque esta se contenta con que se respete su prohibición, cualquiera que sea el motivo, porque el poder social no tiene derecho ni interés en castigar las simples resoluciones. El pensamiento en estado de acto interno es un hecho puramente espiritual, que no puede estorbar el orden social, y cuyo peligro es casi nulo, en razón de su eventualidad; fuera del inconveniente de las investigaciones inquisitoriales, para comprobarlo. Por eso las leyes romanas decían *nemo cogitationis poenam patitur* (1), y no hay código moderno que no haya repetido este axioma.

¶. Con los actos preparatorios hay un nuevo grado de criminalidad moral, pero tampoco debe comenzar con ellos la criminalidad social, porque no tienen una relación necesaria con el delito. La compra de un fusil por ejemplo, puede ser preparación de un placer lícito como de un delito. Donde el derecho y el interés de la sociedad aparece, es en el principio de ejecución, ó tentativa (2). Pero aquí viene la dificultad de determinar en qué consiste este principio de ejecución. La legislación romana posee muy pocos textos sobre este particular, y eso contradictorios. Uno compra el hecho del que anda buscado á un hombre *necandi causa*, con el que lo mata verdaderamente (3); mientras que otros atienden al resultado, *eventus spectetur* (4), y gradúan la pena, según el delito está empezado ó consumado (5). Solo en los hechos atroces se halla confundida siempre la tentativa con la consumación (6). Las Partidas se

(1) L. 18, D. de poenis.

(2) Becaria mismo proclamaba la necesidad de una pena para prevenir los delitos (páj. 100) aunque menor que la del delito consumado. Contra Filangieri, t. 4, p. 174.

(3) L. 7, Cod. ad leg. Corn.

(4) L. 16, § 8, D. de poenis.

(5) L. 1, D. de extraordin. crimin. La L. 21, § 7, B. de furtis, dice que no es ladrón el que entra para robar, pero no roba.

(6) Tiraquellus de poenis temp. aut remittit, p. 150.





espresan en estos términos: «Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los omes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho» (1); pero ninguna pena señalan cuando se arrepienten «ante que comenzase á obrar,» dando por razon «que los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los omes» (2). Concepcion, resolucion, actos preparatorios, todo parece bien separado aqui. Los ejemplos sin embargo, con que el lejislador esplica su idea, nos vuelven á la confusion de las leyes romanas. Asi, en la traicion considera comenzado ó intentado el delito con el simple complot ó juramento de los conjurados; en el homicidio, llama comenzar á meter por obra tener el veneno aparejado ó tomar un cuchillo é ir contra alguno para matarlo, ó estar armado asechándole: en la violacion de mujer virjen ó casada «quando comenzare á meterlo por obra, travando de alguna de ellas para cumplir su pensamiento malo, e levandola arrebatada. . . .» Para completar la semejanza, la misma ley concluye diciendo que solo en los delitos espresados la tentativa se escarmienta como la consumacion, mas no «en todos los otros yerros que son menores destos» (3).

☛. La tentativa, es pues, la série de actos que empiezan la ejecucion de un delito y que duran mientras hay posibilidad de desistimiento voluntario, por no haberse consumado ó cumplidose del todo, para tomarle á la ley sus palabras (4); y se castiga, en los delitos atroces, con la

(1) L. 2, tit. 31, P. 7.—Otra ley define el pensamiento «cuidado en que asoman los omes las cosas pasadas e las de luego e las que han de sers» (L. 1, tit. 3, p. 2) y otra dice «que nace del corazon» (L. 2, tit. y P. cit.)

(2) Ley cit. al fin.

(3) La misma confusion reina en las Recopiladas, que unas veces condenan igualmente la consumacion y la tentativa, como en la sodomia, moneda falsa y otros delitos; y á veces las distinguen. V. la ley 2, tit. 23, lib. 8, R. C.

(4) L. 2, tit. 31, P. 7. *Aliud est crimen, aliud conatus*, decia Alciato, *hic instinere, aliud in meta est.* (Comad leg. 53, D. de verb. signif.) La ten-



misma pena; en los otros con ninguna, segun las Partidas (1). Pero es preciso advertir que ninguna lejislacion moderna, con escepcion de la francesa, ha conservado esta nivelacion injusta. *Quod delictum attentatum ha beatut pro consummato non est secundum rerum naturam, sed est ex fctione* (2). De aquí viene que en la práctica la tentativa nunca se castiga como el delito consumado, sino que se gradúa la pena segun la enormidad de los hechos ejecutados (3), y en las ordenanzas mismas militares se hace ya distincion entre la tentativa y la consumacion (4).

§§. Pero entre la tentativa propiamente dicha, y la consumacion, hay todavía un grado que es preciso considerar, y que se conoce con el nombre de *delito frustrado*. Llámase así siempre que el agente ha concluido todos los actos que tenian por objeto una accion criminal, sin obtener el efecto que esperaba. Un individuo por ejemplo, descarga una arma de fuego sobre la persona que queria matar, pero no le acierta, ó está vestido con alguna tela gruesa que lo salva. ¿Cuál seria la pena en este caso? Nuestras leyes que no hacen distincion entre la tentativa y la consumacion, ménos la podian hacer entre ella y el delito frustrado; y así es en efecto. Esta distincion sin embargo, tiene la filosofía y la equidad en su favor, y la sancion casi unánime de los pueblos modernos. No puede hacerse subir igualmente al cadalso, ha dicho Rossi, al asesino cuya victima

tativa solo se castigaba segun los Doctores antiguos, cuando se suspendia caqu aliquo. (Paul sent. 1, 5, tit. 23, § 3.)

(1) *Effectu non secuto*, dice Farinacio (q. 124, n. 52.)

(2) Tiraquellus—De pen appl, et remitt, p. 153.

(3) Los antiguos distinguian los actos próximos de los remotos (Farin. Praxis de homicidio, q. 124.)

(4) La amenaza verbal ó escrita no es ni acto de ejecucion ni acto preparatorio. No es mas que el indicio de una resolucion criminal que el lejislador puede prevenir por medio de penas en algunos casos. Nuestras leyes no se ocupan de ella, pero si los prácticos (V. la 2ª parte, n. 420). La ley inglesa la castiga con pena de prision ó destierro, por un tiempo que varia segun los casos. El Código del Brasil con prision que no puede pasar de seis meses. La ley francesa castiga solamente la amenaza de ciertos atentados.



yace en la tumba, y aquel cuya víctima designada se halla quizá entre los espectadores» (1).

30. El delito es tan perfecto como puede imaginarse, cuando de un lado ha recibido su ejecución completa, y del otro producido su efecto sobre la víctima. Este es el grado supremo de la culpabilidad moral y social. Pero para que el delito se considere consumado basta que se produzca el efecto inmediato, el mal directo que constituye el fin del delito, aunque por actos posteriores el resultado se desvie. Este caso se presenta por ejemplo, en el ladrón que se arrepiente después de haber sustraído la cosa (2), en el envenenador que administra un antídoto, en el testigo falso que se retracta (3). Todos estos actos posteriores á la ejecución y distintos de ella, podrán probar el arrepentimiento, y servir de circunstancia atenuante; pero en rigor de derecho, el delito está consumado; y ninguna injusticia hay en aplicar la misma pena. (4).

## CAPÍTULO IV.

### DE LA COMPLICIDAD.

31. La teoría de la complicidad es una de las más espinosas del derecho penal. Cuando un delito se ha cometido por muchas personas, la participación de todas puede no ser la misma. Uno puede concebir el pensamiento, otro preparar la ejecución, otro llevarla á efecto, y otro encubrir á los culpables. En el momento mismo de la ejecución, no todos los actos tienen igual valor moral. La pena pues de cada uno debería medirse según la culpabilidad respec-

(1) Derecho penal, t. 2, p. 321, Chauveau Adolphe, t. 1, p. 347.

(2) Si se arrepienta *statim*, según Godefroy, *videtur absolvendus* (in. l. 65, D. de furtis.)

(3) V. n. 403.

(4) Trébutien, Cours de droit criminel, t. 1.

tiva. ¿Pero cómo clasificar en las disposiciones penales tantas y tan diversas circunstancias? La ley social carece de los medios de apreciar con certidumbre estos detalles, y nada extraño es que en semejante conflicto muchos legisladores hayan preferido la regla absoluta y uniforme.

**32.** El derecho romano es un verdadero laberinto en este punto. En general, los autores principales (*rei*) son comparados á los cómplices (*participes vel socii*), y tienen la misma pena (1); entendiéndose por cómplices todos los que ayudan al culpable *ope et consilio*. Pero la definición precisa de estas palabras no era siempre la misma. Unas veces se aplicaba á la participacion moral que consiste en la orden, la comision ó el consejo (2), otras á la participacion material de los actos con que se prepara ó ejecuta el delito (3), otras al hecho de los que asilaban los culpables ó encubrian los objetos robados (4); y estas mismas reglas tenian infinitas excepciones, si el consejo por ejemplo, no se habia llevado á efecto (5), ó se habia favorecido la fuga, sin dar asilo (6).

**33.** La misma confusion reina en nuestro derecho. «A los malfechores, dicen en general las Partidas, é á los consejadores, debe ser dada igual pena.» (7). Pero el *agorero* por ejemplo, tiene pena de muerte, y el encubridor del *agorero* destierro solamente (8); y la misma distincion se hace en el abigeato (9). Como el Digesto y la Instituta, otra ley distingue el consejo que produce efecto y el que no lo produce (10).

(1) L. 15, D. ad. leg. Corn. de sicariis: L. 7, § 6, D. ad. leg. Pomp. de parricidiis.

(2) L. qui servo D. de furtis y 1, 4, D. ad leg. Aquil.

(3) L. 54, § 4. D. de furtis y L. 15 D. ad leg. Corn. de sicariis.

(4) L. 1, D. de recept; L. 1, cod. de his qui latrones.

(5) L. 4, D. ad leg. Aquil.

(6) L. 62, D. de furtis.

(7) R. 19, tit. 34, P. 7, L. 10, tit. 9, P. 4 y 18, tit. 14, P. 7.

(8) L. 3, tit. 23, P. 7.

(9) L. 13, tit. 14, P. 7.

(10) L. 18, tit. 14, P. 7.





Las recopiladas parecen hacer diferencia entre los cómplices que prestan *auxilio cooperativo*, de los que ordenan, aconsejan, ó concurren sin cooperar materialmente (1); otras castigan con menor pena á los receptadores y encubridores (2); y otras distinguen espresamente los autores de los cómplices (3); pero sin hacer de toda un sistema, ni sentar regla alguna que pueda servir de guía. (4)

34. Las legislaciones extranjeras han clasificado ya, mas ó menos bien, á todos los actores y participantes de un delito. La ley inglesa los divide en principales y accesorios, subdividiendo aquellos en principales de primer grado, como el ejecutor del delito, y de segundo grado que son todos los que le ayudan ó acompañan en la ejecucion. La pena en jeneral es la misma para unos y otros, especialmente en ciertos delitos, pero la capital nunca se aplica sinó al culpable de primer grado (5). Los accesorios son los demas que no están presentes á la ejecucion, subdividiéndolos tambien en accesorios, anteriores y posteriores al hecho. Respecto de los primeros se observan las mismas reglas de los principales, pero los segundos nunca son castigados con igual pena (6). El Código del Brasil llama autores á los que cometen los delitos, los ordenan ú obligan á cometerlos; y cómplices á los otros que concurren directamente á la ejecucion, considerando tales á los encubridores; pero la pena de los cómplices es siempre menor en una tercera parte (7). El Código de Austria divide la participacion en directa ó indirecta; directa la del que ha provocado el delito ó presta ayuda al autor en su ejecucion; indirecta la del que por mandato, consejo, instrucciones ó aprobacion

(1) Anto 19, tit. 11, lib. 8, R. C.

(2) Pragm. de 19 Set. de 1793.

(3) Pueden verse los tit. 15 y 18, lib. 8., R. Cast.

(4) V. tambien el n. 54.

(5) Blackstone, p. 14.

(6) Henry Stephen Summary of the criminal law., p. 7 & 18.

(7) Cod. crim. del Brasil, art. 4, 5, 6, 34 y 35.

lo facilita, da ocasion de cometerlo ó procura los medios; y tanto los participantes indirectos como los encubridores son castigados con pena inferior. (1)

**35.** ¿En esta diversidad qué clasificacion y qué grados conviene admitir? Algunos han propuesto distinguir la participacion moral de la material, considerando la primera, aunque sea directa, como accesorio. La distancia, dicen, entre la palabra y la accion es grande. La palabra es casi siempre imprudente y ligera. La accion por el contrario la sigue á pasos lentos, medita antes de estallar. El instigador y el agente no deberian pues sufrir la misma pena (2). Pero muchas veces el instigador es mas culpable que el agente, si uno manda por ejemplo á un niño con una tea incendiaria. Parece preferible dividir la complicidad en principal y secundaria, pudiendo ser una y otra *antes, durante ó despues* (3). La dificultad está en discernir bien los caracteres de la principal y de la secundaria. Estudiando separadamente los diversos casos, trataremos de hacerlo en lo posible.

## ARTÍCULO I.

### ANTES DE LA EJECUCION.

**36.** Antes de la ejecucion puede participarse de un delito por órden, mandato, instigacion, provocacion ó consejo, por no impedir el delito, ó por ayuda en los actos preparatorios.

(1) Estas sábias distinciones desaparecen sin embargo, en los delitos de alta tralcion, en que basta tener conocimiento del delito para ser considerado autor (Cod. gen. art. 5, 7, 105, 106, 119, 120 y 190.)

(2) Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 365 y siguientes.

(3) Paz, á la 56 del Estilo.



## § I.

## ORDEN SUPERIOR.

37. El que ordena un delito debe considerarse autor principal, puesto que es su *causa próxima*, como se espresan los doctores (1). Así en el antiguo derecho era máxima que el que ordenaba tenía la misma pena que el que ejecutaba (2). La ley distinguía si el que daba la orden tenía autoridad ó no, sobre el agente. En el primer caso era castigado como autor, en el segundo solo el agente (3), con excepcion de los hijos y esclavos que eran mirados siempre como instrumentos, *velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini* (4).

38. En el derecho español, dos reglas eximen en jeneral de responsabilidad al ejecutor, cuando la orden emana de persona « á quien era tenuto de obedecer » (5), pero otras leyes hacen las mismas distinciones del derecho romano. Una supone el caso de un hijo, vasallo, siervo, pupilo, fraile ó religioso, y dice que del daño ejecutado por orden de los superiores responden estos; pero que si el hecho fuese deshonor, herida ó muerte no se escusan, porque no estaban obligados á obedecer (6). Estos ejemplos no lo son propiamente de una orden superior, hoy que la autoridad de los padres, prelados y curadores se halla tan reducida. Así la ley continúa con el caso de un juez que ordena, y sea *daño ó tuerto*, exime de toda responsabilidad al agente, con tal que el juez sea el del lugar, es decir, que ejerza jurisdiccion sobre él (7). Un decreto pátrio tambien declara la

- (1) Farin. q. 130 y J. Clarus, q. 90.

- (2) J. Clarus, q. 83.

(3) L. 37, D. ad leg. Aquil.—*Si jus imperandi habuit.*

(4) L. 157, D. de reg. juris.

(5) R. 9 y 20, tit. 31, P. 7.—Véase tambien la ley 10, tit. 14, lib. 4, F. Real y 252 Estillo.

(6) L. 5, tit. 15, P. 7.

(7) L. 5, tit. y P. cit.



sumision completa en los militares deber sagrado é irrecusable, y clasifica de *crimen* toda negativa de cumplir las órdenes de la autoridad (1).

39. A pesar de todo, nosotros creemos que difícilmente se admitiria la órden superior como justificacion de un verdadero delito; porque bajo nuestra forma de gobierno, y por el espíritu de nuestras instituciones la obediencia no tiene el alcance que en los tiempos antiguos (2).

## § II.

### MANDATO Ó COMISION.

40. El mandato consiste en las instrucciones que se dan para cometer un delito, en los donativos y promesas que se hacen para determinar la voluntad. Los que *le diesen esfuerzo*, dicen las Partidas (3). El mandato difiere pues, de la órden en que el mandante no tiene autoridad sobre el mandatario, que solo es llevado al delito por el atractivo de la recompensa (4). Este modo de participacion supone dos agentes enteramente libres, dos contratantes que celebran espontáneamente un pacto criminal (5). Pero es preciso de parte del mandante un consentimiento formal, y quizá mas que un consentimiento. El mandato es una provocacion directa al delito, que necesita establecerse con todas las circunstancias, capaces de hacerla eficaz. El mandante se asemeja entonces al que ordena. Este abusa de su autoridad, aquel de medios corruptores. Ambos son la causa próxima del delito (6), ó lo que es igual co-autores,

(1) Decr. Oct. 31 de 1829. Es claro que la obediencia en este caso no puede ser al mismo tiempo un delito.

(2) En el n. 70 y siguientes entramos en mas detalles sobre esta materia.

(3) L. 10, tit. 8 y 18, tit. 14, P. 7.

(4) «Por algo que les den»—L. 3, tit. 27, P. 7.

(5) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 389.

(6) Se llama causa próxima del delito, segun Farinaccio, aquella sin la



y de consiguiente deben sufrir la misma pena. Si *plures fecerint vel mandaverint omnes tenebuntur* (1), decia la ley romana.

41. Es evidente por si mismo, que si la proposicion es rechazada, no constituye mas que un acto preparatorio, no sujeto á las disposiciones penales (2). Pero cuando la proposicion se acepta y despues se revoca, la solucion no es tan fácil. Entonces es preciso distinguir si el delito se ha comenzado ó no. En el segundo caso, ninguna responsabilidad puede pesar sobre el provocador, ni sobre el mandatario, puesto que el delito no existe (3). En el primero conviene todavia distinguir. Si el mandatario ha tenido conocimiento de la revocacion, todo vínculo de complicidad ha sido roto, y solo él será el autor del delito (4). Mas si no la ha conocido, el mandante queda siempre responsable; porque siendo la causa voluntaria, debe imputarse la demo-  
ra que ha empleado, en hacer conocer su voluntad (5).

42. Otra cuestion suele presentarse y es la de saber si el mandante responde de los hechos del mandatario, cuando se ha excedido de los límites del mandato. Por ejemplo, se dá comision para azotar á otro, y los azotes producen la muerte. Unos piensan que en cualquier caso el mandante es responsable del delito con todas sus circunstancias (6); otros creen que el mandatario debe sufrir ma-

cual no se habria cometido el delito, *remota* la que solo ejerce una influencia secundaria en la perpetracion (q. 130, n. 54 y 55.)

(1) L. 8, Cod. ad leg. Jul. de vi publ. y 3, tit. 27, P. 7, «mandándole matar algun ome.»

(2) Farin. q. 135, n. 74.—Contrá Menochius de arbit. Jud. casu 360, n. 44.

(3) Tal era al menos la decision de los autores *Mandare aliquod delictum non videtur puniendus, si illud non sequatur* (Farin. q. 124, n. 90.) Segun Tapia el mandatario debia recibir alguna pena *quam si quidam impune en otra ocasion aceptaria otro encargo semejante* (t. 7. p. 137, n. 7, ed. 1846).

(4) Segun Farinacio el provocador debe tambien sufrir una pena menor. (Farin, q. 139, n. 6.)

(5) Farin, q. 135 n. 183-185.

(6) Le Graverend, t. 1 p. 137.



por pena, porque es la causa del homicidio y el mandante solo ha dado la ocasion (1). Pero estas reglas absolutas nos parecen inadmisibles. ¿Cómo imputar al mandante un hecho que no ha querido? ¿Qué seriedad tiene tampoco la diferencia entre *causa* y *ocasion*, tratándose de delitos? Los antiguos distinguían. Si el mandante podía prever el acontecimiento, si este era la consecuencia probable de la comision, se le consideraba autor (2). Pero en caso contrario, ó si era nuevo el delito ejecutado, el mandante no respondía sinó de la comision (3).

### § III.

#### INSTIGACION, PROVOCACION Ó CONSEJO.

**43.** Los filósofos de la antigüedad creían al consejero mas culpable que al autor (4), y Crocio cita una ley de Atenas que castigaba con la misma pena á uno y otro (5). En el derecho romano los textos son contradictorios (6). Segun sus intérpretes, el consejero debía castigarse con la misma pena, cuando el consejero habia sido la causa principal del delito (7). En esta materia es preciso distinguir con mucho cuidado los que emplean su autoridad, regalos ó promesas, del que solo persuade, impulsa ó instruye (8). En la órden ó comision se trata del interés particular del

(1) Tapia, t. p. 136, n. 6, ed. 1846.

(2) J. Clarus, q. 89, n. 5.

(3) Farin., q. 135 y 168. Los mismos juriconsultos consideran autores á los que median entre el mandante y mandatario, pero esta regla seria demasiado rigorosa (Chauveau Adolphe, t. 1, p. 392.)

(4) Arist. Rethor, lib. 1, c. 7, p. 120.

(5) De Jure Belli et Pacis, t. 2, p. 112.

(6) L. 1, cod. si Rector provincie. Inst. de oblig. que ex delicto nascuntur, § 11.

(7) Boerius, dec. 262.

(8) L. 50. D. de fructu Consilium dare videtur qui persuadet, impellit atque instruit.



mandante. En el consejo por el contrario, de aquel á quien se da (1). Y aunque supusiéramos interés en el consejero, siempre habria esta diferencia, que al mandante se sirve de medios corruptores, mientras que el consejero no emplea sinó la persuacion de su palabra (2).

44. Rossi, abrazando la opinion de los antiguos juriscultos no considera al consejero digno de pena sinó en el caso en que su consejo *fraudulentus* ha sido la *causa* ó una de las causas del delito (3). Nosotros creemos como él que la sujestion, que no ha ejercido mas que una influencia secundaria, no merece pena alguna. Pero en el caso de que el consejo haya determinado la accion, ¿deberá considerársele autor? No podemos creerlo igualmente. Existe notable diferencia á los ojos de la moral, entre el que compra el brazo de un asesino á precio de oro, ó abusando de su autoridad obliga á cometer un delito; y el que no hace mas que sugerir la idea, ú impulsa con sus discursos al autor del delito (4).

45. En nuestro derecho, los textos son tan contradictorios como en el romano. Una ley comienza sentando la regla general *consilii non fraudulentis nulla est obligatio* (5); pero otra castiga con igual pena á los *consejeros* que á los *malfechores* (6); y esta decision es la regla en los delitos de traicion y falsedad (7). En la práctica, sin embargo, los tribunales no dejarian de atender á la mayor ó menor influencia que el consejo pueda ejercer en la perpetracion del delito. El consejo se llama *consilium vestitum*, cuando vá acompañado de instrucciones (8).

(1) Forin, q. 129, m. 8, *Consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis, mandatum mandantis*.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 393.

(3) *Traité du droit penal*, t. 3.

(4) Chauveau Adolphe, *loc. cit.*

(5) L. 6, tit. 34, P. 7, tomada de la 47. D. de reg. Junio.

(6) R. 19, tit. 34, p. 1.

(7) L. 3, tit. 19, P. 2 y 1 tit. 7, P. 7.

(8) *Especial*, dico Tapia, t. 7, p. 137, n. 9, ed. 1846.



## §. IV.

## NO IMPEDIR Ó REVELAR EL DELITO.

46. Esta clase de complicidad moral se conoce con el nombre de *negativa*. Los antiguos reconocían que en el fuero interno nadie está obligado á revelar ó prevenir los delitos (1), pero exceptuaban la lesa majestad, y los cometidos contra el esposo, padre ó hijo (2), y aun contra el amigo (3).

47. Estas distinciones han pasado á nuestro derecho (4). En el título de las traiciones, varias leyes castigan á los que no defienden al Rey. Otras suponen el caso de *sirvientes* y *siervos* que vieren en peligro á sus amos, y manda que mueran si no los ayudan *pudiendo* (5). Otras llaman consentidor y aparcerero al *señor* que ve el delito, y no lo impide (6), de acuerdo con la regla romana, *qui prohibere potuit, tenetur si non fecit* (7). Nosotros mismos no hemos podido librarnos de esta exajeracion de filantropía, y un decreto ha dicho:—«Todo individuo de quien se acredite que ha podido evitar con su asistencia un atentado ó crimen, y que no lo ha hecho, ó que no ha prestado su cooperacion para la prision de un delincuente, sufrirá una prision de 24 horas».—«Si pedida su asistencia, la rehusase, continúa, será puesto á disposicion de la justicia ordinaria, para ser juzgado con arreglo á la gravedad del delito que se ha negado á evitar, y del perjuicio que su denegacion haya producido en todo respecto» (8). Pero todo

(1) Farin. q. 54, n. 7.

(2) Boerius, dec. 262, n. 9, y L. 6, D. ad leg. Pomp. de parricid.

(3) Farin. q. 54, n. 40 y 134, n. 91.

(4) V. Taplet, t. 7, p. 139, n. 10, ed. 1846.

(5) L. 16, tit. 8, P. 7.

(6) R. 7, tit. 34, P. 7.

(7) L. 45, D. ad leg. Aquil. Pero esta misma ley agrega *nellum crimen datur is que non prohibere non potest*. En todo caso, dice Tapia, la falta de libertad, de edad competente, ó de medios oportunos, serán excusas legítimas (lug. cit.).

(8) Decr. 31 Mayo de 1822. En lo militar, véase el art. 66, tit. 10.



esto nos parece exajerado. La inaccion ó el silencio no ayudan ni provocan la perpetracion. Si hay delito seria *sui generis*. La intencion es un elemento necesario de la responsabilidad (1).

## § V.

### AUXILIO Ó AYUDA EN LOS ACTOS PREPARATORIOS.

48. Pertenecce á esta categoría todo acto del que presta armas, veneno, escala ó cualquier instrumento necesario para cometer el delito, ó que ofrece su casa para la ejecucion, ó indica la de la víctima, ó retiene á la persona amenazada, hasta que llega el autor principal. Estos actos sin duda ninguna son bastantes para clasificar de cómplices á los que los ejecutan, pero no de autores principales, como pretende Rossi (2). Los antiguos distinguian la ayuda *próxima* de la *remota*, y solo la primera tenia la misma pena, pero no miraban como tal, ninguno de los hechos enumerados (3). Y con razon, porque los que habian resuelto el delito, si se les ~~negaba~~ esa ayuda, se procurarían en otra parte lo que necesitasen. ¿Cómo colocar tampoco en la misma linea al herrero que hace la llave falsa, y al ladrón que usa de ella? Siendo dos grados distintos, la justicia debe medir dos penas (4).

49. El principio opuesto sin embargo, era el del derecho romano. Gayo decia, *qui ferramenta sciens commodaverint ad efficiendum hostium vel armarium, vel scalam scien commodaverint, furti tenetur* (5); y lo mismo repiten nuestras leyes (6). Una sienta en jeneral «quien da

(1) Chauveau Adolphe, t. 1. p. 395. El código español llama *falta grave* no socorrer á una persona en peligro de perecer, pudiendo hacerlo sin detrimento propio (cód. de 1848.)

(2) *Traité du droit penal*, t. 3, p. 28, siguiendo el derecho romano (l. 54, § 4, D. de furtis.)

(3) Baldus in leg. 1, Cod. mili. egger. y Clarus, q. 9, n. 90.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 396.

(5) L. 54, § 4, D. de furtis.

(6) Especialmente la 4, tit. 14, P. 7, sobre hurtos, definiendo la palabra *ayuda*.



razon porque venga daño á otro, el mismo se entiende que lo faze (1). Otra supone el caso de vender á sabiendas veneno á quien lo compra con la intencion de matar, ó el del que enseña el modo de confeccionarlo con el mismo fin; y manda que tanto uno como otro tengan la pena de muerte, y eso aunque no se cumpla el hecho (2). Otra dispone que el que proporciona armas á sabiendas al que quiere matar, tenga la misma pena del que mata con ellas (3).

## ARTÍCULO II.

### DURANTE LA EJECUCION.

**50.** En jeneral, las leislaciones están de acuerdo en considerar autores á todos los que cooperan á la ejecucion del delito por un hecho inmediato y directo (4). Rossi mismo no hace distincion de esta clase de cómplices (5). Segun él, tan culpable es el que retiene la victima, como el que la degüella, el que guarda la escalera, el que fuerza la cerradura, el que toma el objeto del robo, el que penetra en la casa, el que está de centinela á la puerta, el que presta su presencia para hacer número y asustar. Creemos sin embargo, que entre los ejecutores inmediatos de un delito, pueden muy bien señalarse grados distintos de audacia y corrupcion (6). La conciencia repugna vencer la distancia que media entre el que empapa sus manos en la sangre, y el que resistiendo esta horrible comision, se limita á una participacion indirecta. Otra cosa es cuando los prestos no son escogidos sinó impuestos, y todos tienen el mismo peligro (7).

(1) R. 21, tit. 34, P. 7.

(2) L. 7, tit. 8, P. 7, y G. Lop. gl. 2.

(3) L. 10, tit. 8, P. 7.

(4) *Suprá*, n. 34.

(5) *Traité du droit pénal*, t. 3, p. 50.

(6) *Farin.* q. 130, n. 61, 39 y 40 distingue por ejemplo el que hace la guardia y es de opinion que solo debe sufrir una pena menor.

(7) *Chauveau Adolphe*, t. 1, p. 197.





51. Nuestras leyes en muchos casos hacen la misma nivelacion y consideran igualmente culpables á todos los que de cualquier modo concurren y asisten al hecho (1). Una, hablando del delito de fuerza, dice: «E esta pena ha lugar tambien en aquellos que allegan los omes para fazer fuerza como en los otros que vienen con ellos para fazerla á sabiendas» (2). Otra, en el delito de hurto, manda que si muchos concurren á robar una cosa «La pena pueda ser demandada á cada uno de ellos enteramente» (3). Otra supone el caso de que muchos maten un siervo ó bestia «de guisa que la fieran todos», y da la accion de daño contra todos. Pero si se puede saber de qué herida murió, este solo pagará la muerte, dice, y los demás las heridas (4): con cuyo motivo el glosador agrega que si muchos hieren á uno, sin que ninguna herida sea mortal, pero todas sí, *omnes punientur de homicidio, quia omnes occiderunt* (5). Los tribunales sin embargo no se atienen á estas reglas viejas, y en la práctica distinguen siempre los actores del drama, y disminuyen la pena, segun el rol de cada uno.

### ARTÍCULO III.

#### DESPUES DE LA EJECUCION.

52. Estos hechos consisten en los socorros ó asilo dado á los culpables, en la ocultacion de los instrumentos ú objetos robados, en la distribucion de estos, en la ocultacion del cadáver de la victima, y en la confirmacion ó aprobacion del hecho.

(1) L. 57 del Estilo «todos aquellos que fueron en el consejo, y en matar y en ayudar.»

(2) L. 7, tit. 10, P. 7.

(3) L. 20, tit. 14, P. 7.

(4) L. 15, tit. 15, P. 7. La 57 del Estilo estiendo el caso á cualquier hombre.

(5) Gl. 1, de dicha ley. V. tambien la L. 3, tit. 20, P. 7, ayudadores.

## § I.

## ASILO DEL CULPABLE.

33. Los socorros en jeneral no pueden ser castigados por las leyes. La ley romana decia con razon: *furtum non committit qui fugitivo iter monstravit* (1). No así el asilo voluntario que se ofrece y que se propone sustraer de la justicia á un malhechor. ¿Pero esta ocultacion será un acto de complicidad? Segun el derecho romano, ninguna duda debia haber á este respecto. *Eos qui secun alieni criminis reos occultando eum eamve associarunt, par ipsos et reos pena expectat* (2). La ley en la ocultacion veia la presuncion de una asociacion, y era esta asociacion lo que castigaba. Asi los doctores decian que la pena debia ser menor si la asociacion era posterior; mas la participacion, sea principal, sea accesoria, supone en rigor actos que precedan ó acompañen el delito. Los hechos posteriores pueden ser culpables, pero no deben castigarse como actos de complicidad (3).

34. Nuestro derecho, como hemos visto, confunde á los receptadores y encubridores con los autores del delito, y manda en jeneral que todos reciban la misma pena (4). Una ley hablando de los asesinos impone la pena de muerte no solo á los autores, sinó tambien á los que los encubren ó receptan, y aun á los que no los denuncian (5). Otra dispone lo mismo respecto de los famosos ladrones, sea

(1) L. 62, D. furtis.

(2) L. Cod. de his qui latron. Esta ley supone tres condiciones, conocimiento del malhechor, asilo voluntario, cooperacion habitual. Esta última circunstancia sobre todo era esencial.

(3) Livingston en su Código de Luisiana, solo castiga con una pena ligera á los ocultadores de personas y en el caso de que la ocultacion sea de un pariente vá hasta considerarlo acto de virtud. Por lo demas, es claro que esta responsabilidad no puede afectar sinó al dueño de casa.

(4) Suprá, n. 33. Tapia limita la regla á los que tienen una parte principal en el delito (t. 7, p. 141, n. 11, ed. 1846.)

(5) L. 3, tit. 27, P. 7.



que los encubran en sus casas, ó en otros lugares (1). Pero en el delito de agorería y abigeato, los encubridores son castigados por otras leyes con pena menor (2). Igual confusión se encuentra en las Recopiladas, según el odio que tenían al delito, como en la asonada, la traición, el duelo (3). Otras leyes del mismo código, parecen sin embargo exigir que el encubridor sepa el delito (4), y las ordenanzas militares el *auxilio cooperativo* (5).



## § II.

### OCULTACION Y DISTRIBUCION DE LOS OBJETOS.

**55.** Lo mismo sucede con la ocultación ó distribución de los objetos (6). Este es un hecho nuevo; un delito distinto, pero no acto de complicidad, que requiere necesariamente una participación cualquiera en el delito, y nadie puede ser partícipe de un delito ya consumado. El encubridor solo se propone sacar provecho del delito. Consumado este ¿cómo declararle cómplice de un homicidio con robo por el hecho de saberlo en el momento de ocultar los objetos, ó el cadáver, que eran el fruto de ese homicidio? La ficción sería demasiado fuerte, dice Rossi, para mandar al patíbulo un hombre por esta razón (7).

(1) L. 18, tit. 14, P. 7.

(2) L. 19, tit. y P. cit. y 3, tit. 23, P. 7.

(3) Tit. 15 y 18, lib. 8. R. C.

(4) L. 4, tit. 18, lib. 8, R. C. Sobre receptadores de saltadores y bandidos, v. auto 3, tit. 11, lib. 8, R. C.

(5) Art. 66, tit. 10, trat. 8.

(6) Según el derecho romano los ocultadores eran comparados á los ladrones mismos (l. 9, C. ad leg. Jul. de vi, l. D. de recept.) y ya hemos visto la regla general de nuestro derecho (supra, n. 33.)

(7) T. 3, p. 52.

## § III.

## APROBACION DEL DELITO.

**56.** Respecto de la aprobacion ó ratificacion, los juriscultos han estado dominados mucho tiempo por este axioma del derecho romano, *in maleficio ratihabito mandato comparatur*; deduciendo de aqui que la ratificacion era un acto de complicidad, como la órden y el mandato aunque algunos limitaban la regla al caso en que el delito se cometia por órden ó comision del mismo que ratificaba (1). Evidentemente hay en todo esto error. La ley romana no era aplicable mas que á los intereses civiles, á la accion de daños. Considerada en si misma, la aprobacion no puede constituir un acto de complicidad, porque es estraña á la resolucion y ejecucion del delito. El que ratifica puede ser censurado de inmoralidad, pero solo por una ficcion singular podria llamársele cooperador de un delito consumado antes (2).

**57.** El derecho español sin embargo está conforme con estas ideas. Dos leyes de Partidas equiparan como el derecho romano la aprobacion al mandato (3). Otra, hablando del delito de traicion, castiga á los que lo saben y no lo descubren (4). Otra, impone cinco años de destierro al hijo que sabiendo que su hermano trama contra la vida del padre, no se lo avisa, pudiendo (5). En los delitos de falsificacion é incendio hay varios autos Recopilados (6), que

(1) Farin. q. 235. n. 43 y 51 y Cobarrub. P. 2<sup>a</sup> cap. si furiosus de hom. § 1. n. 5.

(2) Covarrubias está, sin embargo, por una pena extraordinaria (lug. cit.) justa ciertamente en el caso de que la ratificacion fuese acompañada de una recompensa, ó de una órden ó mandato anterior (Chauveau Adolphe, tit. p. 404.) V. L. 4, tit. 13. P. 7, in fine.

(3) R. 10, tit. 34, P. 7. y 4 tit. 13, P. 7. in fine.

(4) Proem, tit. de las traiciones y 6, tit. 13, P. 2.

(5) L. 12, tit. 8, P. 7.

(6) Ant. 25 y 26, tit. 24, lib. 5 y L. 15, tit. 26, lib. 8, R. C.



obligan espresamente á la revelacion, y sobre los asesinos vimos antes que una ley de Partida, disponia lo mismo (1). Pero la práctica ha hecho justicia á los principios. Los receptadores no son ya castigados sinó con penas menores. La culpabilidad misma de varios de estos actos ha desaparecido. «Aprobar una accion mala, dice Lardizabal, puede ser un pecado pero no un delito» (2). Asi tambien la revelacion es hoy un deber que rechaza la conciencia y las opinion, manchándose mas bien el que tiene esta debilidad á los ojos del público (3).

#### § IV.

##### CONSECUENCIAS.

38. Concluiremos con dos cuestiones comunes á esta materia. La una es si la accion pública puede dirigirse contra los cómplices, cuando el autor principal no es perseguido por razon de su buena fé, ó de un privilegio personal. La afirmativa es evidente, con tal que la excusa sea puramente personal, y que conste el hecho material constitutivo del delito (4). Asi los cómplices del hurto de un hijo á su padre, estarian sujetos á pena, á pesar de que el hijo se halle amparado por la ley (5) «e esto es, dice la ley, porque ovieron *muy gran culpa*» (6). La otra es, si encausado el autor principal con los cómplices, y declarado inocente, podrán estos sin embargo ser condenados. Esta cuestion debe resolverse por una distincion. Si la absolucion se funda en la buena fé, en la ignorancia del delito de que el agente no era mas que instrumento, esta ex-

(1) L. 3, tit. 27, P. 7.

(2) Disc. sob. las penas, c. 4, § 2, n. 10.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 71 y 180.

(4) Poco importaria que el autor del hecho principal estuviese ausente ó fuese desconocido. Chauveau Adolphe, t. 1, p. 422.

(5) L. 36, D. de furtis y L. 4, tit. 14, p. 7. «E como quiera». . .

(6) Algunos exigen que el hurto redunde en provecho de los cómplices.



cepcion enteramente personal no puede estenderse á los cómplices. «Si uno provocase, dice Merlin, á un niño ó á un loco á cometer un homicidio, no podria aprovecharse de la absolucion que se pronunciase en su favor» (1). Pero si se funda en que no hay delito, ó en que la acusacion carece de verdad, seria contradictorio condenar á los cómplices (2).



## CAPÍTULO V.

### DE LAS JUSTIFICACIONES.

59. Habiendo dado Dios á todos los hombres inteligencia y libertad, los ha constituido responsables de sus actos delante de la ley moral. Esta responsabilidad existe *á fortiori* á los ojos de la ley social, desde que es conocida mediante su promulgacion. Pero cesa naturalmente, cuando falta alguna de las condiciones espresadas ó no existen completas (3). De aquí las circunstancias atenuantes, las excusas y justificaciones de que pasamos á ocuparnos, empezando por las últimas.

60. Llámense justificaciones las causas que escluyendo la intencion criminal, establecen la inocencia del agente, y rechazan la aplicacion de la pena (4). Tales son la locura, la defensa, la fuerza y el *alibi* ó coartada. Dividense en *jenerales ó espectales*. Jenerales cuando se estienden á todos los delitos. Espectales, cuando solo pueden invocarse en un delito ó clase de delitos (5). Ligadas por un vín-

(1) Questions de droit, v. *Suppression de titres*.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 423.

(3) Trébutien. Cours de droit crim. t. 1. Todo el que carece de libertad para obrar libremente, dice el cod. prusiano, ni puede cometer delito, ni sufrir pena.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 446.

(5) Trébutien, *lug. cit.*

culo estrecho con las excusas, se confunden con frecuencia, pero el buen método exige que las tratemos aparte.

## ARTÍCULO I.

### DE LA LOCURA

§1. Esta justificación es tan evidente que aunque el legislador no la hubiese espresado, su imperio no sería por eso menos poderoso sobre el espíritu de los jueces (1). La justicia moral de acuerdo con la ley no puede reconocer delito en la acción de un hombre privado de juicio. Todas las legislaciones están uniformes en repetir esta disposición del derecho romano *cum injuriam ex affectu facientis consistat, consequens est furiosos injuriam fecisse non videri* (2). Pero las dificultades nacen cuando se quiere hacer la aplicación á los infinitos casos que se presentan. La primera y principal, consiste en determinar los verdaderos caracteres de la locura (3). No hay acusación en que se ajite semejante excepción, que no haga nacer las siguientes cuestiones. ¿Cómo se conoce la locura? ¿Cómo se acredita la lesión de las facultades intelectuales que constituye la demencia legal? ¿En qué casos la justicia debe declarar responsable al acusado, no obstante la enfermedad que invoca? (4).

§2. La ciencia médica distingue dos grados principales, el *idiotismo* y la *locura*. El *idiotismo*, *fatuitas*, es una especie de estupidez, que reconoce diversos grados. Los afectados tienen un círculo muy estrecho de ideas y carecen total-

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 493.

(2) L. 3, § 1, D. de injuriis. *Furiosus satis ipso furore punitur*, decía otra ley (14, D. de offic. præs.)

(3) Verificación que debe hacerse en los primeros pasos del proceso, prestando las visitas, interrogatorio é informes de los médicos á los testigos. *Non creditur testibus de furore deponentibus*, dice un autor, *nisi causam redanti sententia*. (Boerius, Dec. 23, n. 41.)

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 494.



mente de carácter. Su inteligencia no se ha desarrollado nunca, ó se ha revelado de una manera incompleta. El idiota nace tal. La locura es un término jeneral que comprende todo individuo cuya inteligencia se perturba, debilita ó estingue, despues de adquirir su desarrollo. Se divide en locura propiamente dicha, mania con delirio, y mania sin delirio ó monomania. La locura propiamente dicha, *insania*, se distingue por una debilidad particular de las operaciones del entendimiento y de los actos de la voluntad, acompañada de pérdida de la memoria. «La cabeza del enfermo, segun la espresion de Esquirol, no es mas que una caja en que las ideas, que habia adquirido antes de la enfermedad, se ajitan sin orden ni connexion». La mania, *furor*, es un delirio jeneral, variable, que se aplica á toda clase de objetos. El enfermo no puede tener ninguna idea fija. Una increíble actividad exita las operaciones delirantes del espíritu. El maniaco es el juguete continuo de ideas falsas é incoherentes, de rápidas alucinaciones. Pero otras veces, el delirio se compone particularmente de una idea ó série de ideas exclusivas en torno de las cuales se agrupan, por decirlo así, las demas ideas desordenadas. Entónces toma el nombre de *monomania*, ó mania sin delirio, conocida tambien en la antigüedad con el nombre de melancolía (1).

43. El idiotismo completo no ofrece dificultad. El idiota no tiene percepcion ninguna. Su vida, puramente vejativa, no conoce mas sensaciones que las que le hacen experimentar las necesidades materiales. *Fati infelicitas eum excusat*, decia el derecho romano. La apreciacion del idiotismo, por otra parte, no está sujeta á error. Nada mas fácil que verificar sus signos característicos. No es un hecho aislado y pasajero, sinó un estado parecido á la infancia (2). Pero entre los idiotas hay algunos que pueden

(1) Dict. des sciences méd. v. folie.

(2) El estado del idiota, dice un médico español, es innato, consecuencia de su organizacion, y por lo tanto no puede ser simulado. (Mata. medic. leg.)





percibir confusamente ciertas ideas (1). ¿Estarán ellos también comprendidos en la excepcion de la ley? Desde luego es preciso no confundir la *ignorancia* con el idiotismo. La ignorancia puede ser una excusa pero no justificacion (2). El agente debe imputarse no haber adquirido los conocimientos necesarios, á mas de que la ley penal tiene su sancion en la conciencia, que la ignorancia puede oscurecer, pero no abolir (3). Mas la imbecilidad, poca ó mucha, es otra cosa. La locura en el sentido legal de la palabra no significa la completa abolicion del pensamiento (4). Basta una enfermedad grave que suspenda ó destruya la voluntad, de modo que el acusado no goce de su razon en el momento del delito (5). En esta materia, sobre todo, no es la ley propiamente, sinó los tribunales los que tienen que decidir cada caso individual, con el auxilio de la medicina. (6).

••• Los antiguos criminalistas disputaban mucho si el loco es responsable de los hechos cometidos en los intervalos lucidos. El derecho romano admitia la responsabilidad espresamente (7). Esta cuestion es hoy de poca importancia. La vijilancia en que están los locos, por los reglamentos policiales en su mismo interés, dificilmente les permite cometer delitos en las intermitencias de la enfermedad (8). Si lo cometiesen sin embargo, en un intervalo lucido, en una interrupcion mas ó ménos larga de la enfermedad, es indudable que serian responsables, pues se supone que

(1) Orfila los llama *semi-imbéciles* (Med. leg. t. 2, p. 48.)

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 497.

(3) Véase los n. 101 y 102.

(4) Contrá, L. 14 D. de oficio præs. *furor continua mentis alienatis quæ omni intellectu caret.*

(5) Chauveau Adolphe, lug. cit., p. 498.

(6) Galilea, Exámen de los delitos, n. 92 y siguientes.

(7) L. 14, D. de off præs, *diligenter exploravia.*

(8) La misma legislación romana tan benévola con los locos admitia la vijilancia y la cárcel en ciertos casos (L. 9, § ult. D. ad. leg. Pomp. de pœnis y 13 de oficio præsidiis.)

cometen el hecho con conocimiento. Solo si, la responsabilidad no debe producir los mismos efectos legales (1), y en caso de duda, el delito se considerará ejecutado bajo el imperio de la enfermedad. (2)

45. Otro punto mas difícil todavía es la locura parcial, conocida con el nombre de *monomaniá*. Muchos han negado la existencia de esta locura, pero hechos incontestables responden por la afirmativa (3). Este problema no lo es ya para la ciencia. Está reconocido que puede haber ausencia de razon relativamente á ciertos objetos, sin que respecto de los demas haya una alteracion sensible en las facultades intelectuales. El delirio es á veces tan esclusivo, y la inteligencia en los demas respectos tan libre que el enfermo parece sano, mientras no dirige su atencion al objeto que le hace perder la razón. (4)

46. Por lo demás, en la generalidad y escasez de nuestro derecho sobre este particular, es permitido creer que en sus disposiciones se comprende toda clase de locura. Solo poseemos tres leyes, y estas hablan distintamente de los «*locos*, furiosos, y desmemoriados, mientras dura la locura», siempre que la perturbacion sea tal «que non sabe lo que se faze» (5). ¿Por qué impondria tampoco la sociedad una pena al que se prueba que no ha obrado libremente? La locura completa, sin duda, está espuesta á menos errores; pero la causa justificativa tiene el mismo fundamento en ambos casos. (6).

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 500.

(2) Farin. q. 98, n. 8. La prueba por lo tanto del intervalo lucido corresponde á la acusacion, así como en los demas casos «todo ome es cuerdo a con sa memoria, dice la ley, fasta que se pruebe lo contrario» (L. 2, tit. 14 P. 3.)

(3) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 506.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 502 y Escribú v. loco, ed. 185f.

(5) L. 9, tit. 1, 3, tit. 8 y 10, tit. 10, P. 7.

(6) Si la locura es posterior al hecho, se suspende el proceso, porque el reo no puede defenderse, ni habria efecto moral ninguno en traer delante de la justicia un loco (Tapia, t. 7, p. 119, n. 9, ed. 1846); pero la locura puede estallar ó despues de las pruebas, *post completum processum*, ó despues de la





## ARTÍCULO II.

## DE LA FUERZA Ó VIOLENCIA.

67. La fuerza puede ser física ó moral, pero una y otra tienen que ser graves, *vis major humanis viribus*, para producir el efecto de justificación. La primera consiste, segun Puffendorf, en que á pesar de nuestra resistencia, nuestros miembros sean empleados en hacer ó sufrir algo (1). En esta situación pasiva, es evidente que el hecho cometido no es imputable al agente, sinó al autor de la violencia (2). Pero esta fuerza material no puede ser frecuente. Los autores de un delito rara vez gustarán de crearse así un testigo que puede convertirse en acusador. Rara vez tambien necesitarán de un cómplice, que solo sea un instrumento inerte. Mas comun es la fuerza moral, y mas difícil tambien de apreciarla. Ella puede provenir de la amenaza de un mal mas ó menos grave, si uno se niega á cometer el delito, ó de la órden de una persona que tiene mando sobre nosotros (3). Algunos niegan á la fuerza la virtud de justificar. «No es superior á la firmeza humana, dice Barbeyrac, resolverse á morir, mas bien que faltar á su deber» (4). Esta doctrina es exacta en rigor. Las amenazas no deben bastar para cometer un delito. Nadie tiene tampoco el derecho de dañar á otro por evitar un mal para sí. Pero la ley no puede exigir de todos los indivi-

condenacion. En el primer caso, los jurisconsultos enseñan que solo sustrae de las penas corporales, pero no de las pecuniarias. (Farin. q. 94, n. 18.) En el segundo, las penas corporales se suspenden *Differtur executio usque ad supervenientiam sanae mentis*, por lo menos hasta que aparezca un intervalo lucido; porque seria absurdo hacer subir al cadalso á un insensato; pero no las pecuniarias, porque despues de la condenacion son un crédito contra los bienes del condenado (J. Clarus, q. 60, n. 8.)

(1) Derecho natural y de jente, t. 1, p. 83.

(2) *Non agit, sed agitur.*

(3) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 535.

(4) Notas sobre Puffendorf, t. 1, p. 83. De esta opinion participan Covarrubias l. 1, p. 2, c. 3, § 4, y Burlamaqui, derecho natural, t. 1, p. 243.



duos una firmeza de carácter superior al miedo. Ella se contenta, como dice un criminalista, mas con la sombra de la virtud que con la virtud misma, (1) *conatum magis et quasi adumbrationem virtutis, quam virtutem ipsam*. El hombre que obra por una amenaza no es mas que un instrumento. No es su voluntad, la que se castigaria sino su debilidad ó pusilanimidad. (2)

●●. No es pues sin razon que los criminalistas admiten la fuerza entre las causas justificativas (3). Las leyes no hablan sino del miedo grave que anula los *pleitos ó posturas* (4); pero es claro que estas mismas disposiciones tienen aplicacion en lo criminal (5). Antes vimos que en la complicidad que resulta de la ejecucion de una orden de juez competente, el agente es declarado irresponsable. Con cuanta mas razon debe serlo si obra bajo el imperio de «miedo de muerte, ó de tormento de cuerpo, ó de perdimiento de miembro, ó de recibir deshonra» (6). Este miedo subyuga no solo á los hombres *flacos* como dice la ley, sino á los fuertes ó de *gran corazon* (7). Así el derecho romano decia: *Vani timoris excusatio non est* (8); *metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat*. (9)

●●. Los autores distinguen varias clases de amenazas. Las que se dirijen á la vida, á los miembros, á la perso-

(1) Cumaní, de jur. crim. lib. 1, p. 1, c. 4, § 4.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 536. Los Estóicos pensaban de otro modo, *coactus volui, sed volui* (Paulo in leg. 21, § 5, D. quod metus causa.)

(3) J. Clarus, q. 60, n. 17 y Farin. q. 97, n. 11.

(4) L. 1, tit. 33, P. 7 y 15, tit. 2, P. 4 y 5, tit. 13, P. 3.

(5) La mayor parte de las legislaciones extranjeras han consignado ya expresamente el principio. (Chauveau Adolphe, t. 1, p. 536).

(6) Leyes citadas.

(7) Miedo no es lo mismo que temor, dice otra ley «la temencia viene del amor; e el miedo nasce de espanto de premia, e es como desamparamiento» (L. 15, tit. 13, P. 2.)

(8) L. 184, D. de reg. juris.

(9) L. 6, D. quod metus causa, 9, C. de his qui vi metu y 13, Cod. de transact.



na, son las mas poderosas. Por el contrario, las que recaen sobre los bienes, exigen menos el sacrificio de la conciencia. En jeneral, solo consideran capaces de justificar á las primeras: *talem metum probari oportet qui salutis periculum vel cruciatum corporis contineat* (1). Creemos que nuestras leyes, caso de traerse al derecho criminal, no pueden entenderse de otro modo. Si el legislador no debe suponer en el acusado una heroica firmeza, no debe tampoco condescender con cualquiera debilidad (2). Así el miedo personal debe ser inminente, no simples amenazas. *Metum non jactationibus tantum, vel contestationibus, atrocitate facti probari conuenit* (3). La mas lijera incertidumbre sobre este punto convertiria la justificacion en escusa (4). Livingston por esta razon en su proyecto de código exige que el delito se cometa en presencia del que emplea la violencia, y miéntras dura (5). Debe considerarse sobre todo la edad, el sexo, y la condicion de las personas. Las reglas morales nunca son absolutas. (6)

70. [Ahora nos toca hablar de la violencia que puede ejercer la órden de un superior;] pero como ya hemos tratado esta materia en el capitulo de la complicidad (7) seremos breves. [La órden puede emanar de un comandante militar, de un funcionario, de un padre, de un marido, ó de un patron.] Tratándose de los militares principalmente, se ha sostenido la doctrina de la obediencia pasiva. Los

(1) L. 13, Codig. de transact. Excepto el caso de incendio [l. 49, D. ad leg. Aquil.] Segun el derecho canónico, el miedo simple es circunstancia atenuante.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 538.

(3) L. 9, Cod. de his. qui. vi metuve.

(4) Farin. q. 97, n. 24, *Qui delinquit non coactus absolute sed conditionalter, puniatur aliqua pena extraordinaria.*

(5) Cod. of crimes and punishment art. 40. El Código del Brasil exige igualmente que haya certidumbre del mal que se propone evitar, y el código prusiano que no sea posible contrarrestarlo por la autoridad ó de otro modo.

El cod. austriaco, fuerza irresistible.

(6) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 539.

(7) Suprá, n. 37 y siguientes.

militares, se dice, no deben juzgar ni ver, sino con los ojos de sus jefes. El jefe solo es responsable de una orden criminal (1). Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. Toda obediencia debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal (2). No es cierto tampoco que los militares sean siempre ciegos instrumentos. La ordenanza los obliga muchas veces á verificar la legitimidad de las órdenes que reciben (3). ]

21. La misma decision debe aplicarse con mas severidad á los funcionarios del orden civil, pero modificando su responsabilidad segun los actos. Ninguna responsabilidad puede pesar sobre ellos, sino han hecho mas que ejecutar el mandato directo de la ley, por inicu que sea (4). Lo contrario seria, dice Rossi, despojar al Poder Lejislativo de sus formas tutelares (5). Otro tanto sucede si el que ejecuta los fallos de la justicia, tiene mision legal para proceder á la ejecucion (6). Pero si la orden solo es ejecutiva despues de ciertas formalidades, es preciso empezar por estas: de lo contrario se incurriria en falta. En cuanto á los hechos abandonados al ejercicio de esas funciones, la orden de ejecutar emanada de juez competente, obliga á los subordinados, y los exime de responsabilidad (7). Ellos sin embargo menos que los militares están dispensados de toda verificacion (8). Si tienen duda, Grocio aconseja que se abstengan (9), pero Barbeyrac critica este parecer, porque en la duda, la presuncion está en favor del supe-

— (1) S. Ag. de Civit. Dei. lib. 50, c. 26.

— (2) V. Rossi, t. 2, p. 130.

(3) La obediencia pasiva solo es indispensable al despotismo. Los antiguos distinguian los delitos atroces de los lijeros.

(4) Rossi, derecho penal, t. 2, p. 130.

(5) Derecho pen. t. 2, p. 130.

(6) L. 5, tit. 15, P. 7 y 167, D. de reg. juris, *qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere.*

(7) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 546.

(8) L. 37, D. ad leg. aquil.

(9) Derecho de la guerra y paz, t. 1, p. 183. Porque la desobediencia es menor mal que el delito, dice.





rior (1). Esta segunda opinion nos parece la mas segura (2), reconociendo no obstante que la desobediencia tendria en esta hipótesis consecuencias menos fatales, que en lo militar; y que por consiguiente la responsabilidad, cuando se incurra en ella, debe ser mayor (3).

72. El temor reverencial de los hijos no puede considerarse una violencia irresistible. La sumision filial tiene limites que la razon como la moral aprueban *si capitolium me incendere jubeas* (4); pero si el hijo es menor y solo ha prestado una asistencia material, está protegido por la falta de discernimiento (5). Esto es lo único que queria decir la antigua regla: *delinquendo filius de mandato patris excusatur* (6). Los mismos principios rijen los hechos del pupilo, religioso, ó vasallo, que obedece una orden de su tutor ó jefe (7).

73. Réstanos la orden del marido á su mujer, del patron á sus sirvientes. Respecto de la primera, es claro que cuando mucho la orden seria una circunstancia atenuante. Si el marido es el jefe de la familia, la mujer no pierde por eso su libre arbitrio. Respecto de los segundos, la orden de los amos en el derecho romano justificaba á los esclavos (8), exceptuando los delitos atroces (9). Nuestro derecho ha copiado estas disposiciones (10), pero en el estado de las costumbres actuales, es evidente que no pueden aplicarse del todo á los domésticos. Las obligaciones de

(1) Argum. L. 11, tit. 23, P. 1. «Pero el mayoral.»

(2) El funcionario es el juez competente, dice Rossi, de las medidas que hay que tomar, el apreciador de su necesidad [t. 2, p. 129.]

(3) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 547.

(4) Aulu Gelle Declam. 200, n. 149.

(5) V. el n. 86.

(6) Farin. q. 97, n. 149.

(7) L. 5, tit. 15, P. 7. *Secus in gravioribus* [Farin. q. 97, n. 153.]

(8) L. 16, D. de reg. juris is *damnum dat qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est.*

(9) L. 20, D. de oblig. et act. *Servus non in omnibus rebus etc.*

(10) L. 5, tit. 15, P. 7, «deshonrarse, fírsese ó matase». Según G. Lop. aun en estos casos debe disminuirse la pena [Gl. 4.]

estos son el resultado de un contrato que pueden romper cuando quieran (1).

## ARTÍCULO III.

### DE LA DEFENSA LEJÍTIMA.

74. El derecho de defender nuestra vida cuando está amenazada, es una ley de la naturaleza, según las hermosas palabras de Ciceron, *non scripta, sed nata lex* (2). El Digesto le inscribe en su primera página (3) y nuestras leyes mas antiguas lo reproducen. (4). Según el Fuero Juzgo incurre en culpa el que mata al que lo quiere herir (5) *fuste, vel gladio, seu quocumque ictu*, dando por razon, *quia commodius erit irato viventem resistere, quam sese post obitum ulciscendum relinquere*. Las Partidas eximen de toda pena al que mata « viniendo el otro contra él, trayendo en la mano cuchillo sacado ó espada ó piedra ó palo ó otra arma qualquier con que lo pudiese matar. . . . é non ha de esperar que el otro lo fiera primeramente, porque podria acaescer que por el primer golpe podria morir el que fuese acometido, e despues non se podria amparar. » (6). Lo mismo repiten el Fuero Real (7), las leyes del Estilo (8) y Recopiladas (9).

75. La defensa justifica pues completamente, pero la dificultad empieza cuando se quieren apreciar los hechos que la constituyen. Vamos á tratar de establecer algunas reglas á este respecto. La primera nace de la naturaleza del derecho que se ampara. No todos los derechos que la

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, P. 549.

(2) Oratio por Milone, c. 4.

(3) L. 3, de Just. et jure — *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existetur.*

(4) L. 12, tit. 1, P. 1.

(5) L. 6, tit. 4, lib. 6, F. J.

(6) L. 2, tit. 8, P. 1.

(7) L. 1, tit. 17, lib. 4, F. R.

(8) L.L. 58 y 59 del Estilo.

(9) L. 4, tit. 23, lib. 8, R. C.





Constitucion garante (1), es permitido defender por la fuerza. De la vida ya hemos visto los textos precisos que autorizan la defensa. Sobre la propiedad, las leyes romanas no eran claras, pero la mayor parte de los intérpretes la comprendian (2), Puffendorf niega este derecho, fundado en que la defensa de un bien nunca es necesaria (3). El propietario, dice, puede sin grave inconveniente ceder á la fuerza, y ocurrir á la justicia por la reparacion. La vida no debe depender sinó de la ley. Sin embargo, nuestras leyes, siguiendo á los intérpretes, parecen admitir esta defensa. Las Partidas ponen tres casos, el del ladrón nocturno, que se halla en la casa, y que se defiende con armas queriéndolo prender (4); el del incendiario tambien nocturno; y el que de día quisiera tomar por fuerza las cosas. (5) Pero como en todos estos casos viene envuelto mas ó menos un peligro personal (6) podrian no considerarse concluyentes. Uno no sabe, dice muy bien Farinacio, si el que viene de noche, se propone robar solamente, ó matar tambien (7). Pero otras leyes suponen que el ladrón huye con el hurto «y no se quiere dar á prision.... ó no lo quiere dejar» (8). La defensa en esta hipótesis no puede nacer sinó del derecho de propiedad. (9) Tal es tambien la tendencia de los criminalistas modernos, para quienes

(1) Art. 145.

(2) Glosa in leg. 3. C. ad leg. de Sicariis. Gayo, sin embargo, imponia la necesidad de gritar, y el Emperador Valentiniano solo acordaba este derecho á los que vivian en el campo. Chauveau Adolphe, t. 4, n. 170.

(3) Derecho natural, lib. 2, c. 5, párrafo 32.

(4) *Si is se telo defendat*, decia la ley romana [1. 4, D. ad. leg. Aquil.] Pero de noche esta ley no exijia semejante condicion, sinó el peligro. V. tambien 1, § 1, D. ad. leg. Aquil.

(5) L. 3, tit. 8, P. 7.

(6) El Derecho Canónico dice que el ladrón nocturno es mas que un ladrón, *plus quam fur*, [Greg. Lopez. gl. 4, Ley cit].

(7) Farin, q. 125, n. 199.

(8) L. 1, tit. 17, lib. 1, Fuero Real y 4, tit. 23, lib. 8, R. C.

(9) El derecho romano parecia exijir que el ladrón aprehendido amenazase herir [L. 58, § 1, D. ad. leg. Aquil.]

la propiedad es tan sagrada como la vida. «En nuestro estado social, dice Trébutien, la fortuna juega un rol inmenso en la existencia de los individuos.» (1) Conviene advertir, empero, con G. Lopez *quod pro exportatione paræ seu vitis rei non possit occidi fur nocturnus neque diurnus* (2).

76. En el antiguo derecho se discutía mucho si el ultraje hecho al honor basta para colocar á la persona en estado de legítima defensa. La decisión mas común era que ni las injurias verbales ni reales autorizan la defensa por la fuerza (3). El derecho de castigar no debe confiarse sino á la autoridad pública, por el peligro que habría en dejar al ofendido constituirse juez en su propia causa (4). Esta decisión no obstante tiene que modificarse tratándose de ultrajes irreparables, de aquellos en que es preferible la muerte, como dice Séneca, *tanquam libertas et pudicitia et mens bona*. (5). En estos casos no se trata propiamente de un simple ultraje, sino de un delito contra la persona, de una mancha que pesaría sobre toda la vida de la víctima *cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* (6). Por eso, el jurisconsulto Paulo pone en la misma línea el homicidio cometido por defender la vida ó el honor (7). De la misma opinión son Grocio y Puffen-

(1) Cours de droit crim. t. 1, p. 142.

(2) Gl. 4, á la Ley 3, tit. 8, P. 7. Algunos agregan que *da cosa no pueda defenderse ó recobrase de otro modo, quando videlicet furata res defendi aut recuperari non potest.* [Farin. q. 25, n. 168.]

(3) La injuria no justifica sino la injuria, decían los autores, *injuriæ sui hæc illatam alia injuria propulsare possum.* [Farinacio, q. 125, l. 96]. Las vías de hecho se consideraban un exceso de la defensa, que esa circunstancia podía excusar mas ó menos, pero no justificar. *Licet non licitum sit percutere eum qui certalem injuriæ infert et si quis percutiat, aut vulneret, aut occidat, puniatur, sed non pona ordinariæ, propter provocacionem* [Farinac. q. 125, n. 98.]

(4) L. 14, tit. 10, P. 7.

(5) De beneficiis, lib. 6, c. 11.

(6) L. 1, c. de raptu virg.

(7) Recep. Sentent. lib. 5, tit. 23 ad leg. Corn. de Sicariis.





dorf (1), y puede decirse que esta es la regla jeneral de la antigua jurisprudencia (2), consignada tambien en varias de nuestras leyes (3). Pero lo dicho no debe entenderse sinó de la violacion misma, ó tentativa de violacion, *ob tutelam corporis sui*. Entónces no es la cólera la que conduce el brazo de la victima, sinó el sentimiento de la conservacion, de la propia defensa. La cólera escusa, pero no justifica (4).

¶ La segunda condicion es que la defensa sea *necesaria*. Llámase así la que es requerida por un peligro *actual* y en *proporcion* á la fuerza del ataque. «Para usar del derecho de defensa, dice Puffendorf, es preciso un peligro presente, y como contenido en un punto indivisible.» (5) Este punto es el momento en que comienza el ataque *confistim, non ex intervallo* (6). No bastarian pues las amenazas de muerte para conferir este derecho (7). El peligro nace recien cuando el agresor se avanza contra nosotros, armado y anunciando su designio (8). Entónces, *meius est occurrere in tempore*, decia la ley romana y repiten las Partidas, *quam post exitum vindicare* (9). Pero si el ataque ha sido rechazado, el derecho de defensa es-

(1) De jure belli et pacis lib. 2, c. 1, § 7, y derecho natural, lib. 2, cap. 5, § 11.

(2) Farin. q. 125, n. 144. «Plus est stuprum quom mors et major est timor stupri quam mortis.

(3) Leyes citadas y las que dan este derecho al marido por el honor de la mujer, al padre que mata al hombre que encuentra yaciendo con su hija, y al que mata al que se lleva á una mujer por fuerza para violarla.

(4) V. los n. 96 y 97.

(5) Derecho natural, lib. 2, c. 5, p. 498.

(6) L. 4, D. vi et vi armatá. La escusa de la provocacion por el contrario dura tanto como la emocion, mientras *non deeritit ad extraneos actus* [Farin. q. 125, n. 342]. v. la Ley 58 del Estilo.

(7) Suprá n. 28, nota 5.

(8) L. 3, Cod. ad. leg. Corn. y 12, tit. 8, P. 7, v. tambien á Farinacio q. 125, n. 70.—*Itummodo minans sit in actu vulnerandi vel occidendi, vel quando periculum est in expectatione, et appareat in minante aliqua signa offendendi.*

(9) L. 1, Cod. eod. loco.



pira al momento; porque ya no es necesario (1). La defensa no debe tampoco traspasar la proporcion conveniente; *moderamen inculpatæ tutelæ*, decian los antiguos (2). La satisfaccion de las injurias, las seguridades para el porvenir, corresponden á los magistrados. Cometeria exceso, segun los autores, aquel que se sirviese de una arma mortifera, cuando el agresor no la tiene, ó huye (3). Esta regla sin embargo es de una aplicacion práctica muy difícil. G. Lopez cree lícito matar si un hombre robusto usa del puño contra un hombre débil (4), y concluye exclamando, que en esta materia hay que tener en consideracion muchas circunstancias (5).

78. Se ha preguntado con este motivo si la persona atacada está en la obligacion de huir. Varios juriconsultos piensan que la huida nunca es un deber, porque puede tener peligros, y nunca se hace sin deshonor (6). Otros sostienen que el atacado debe huir siempre que pueda, y así parece deducirse de estas palabras de la ley «non lo pudiendo excusar en ninguna manera» (7). Siguiendo estas ideas, Puffendorf dice que no hay verdadera bravura en matar á un hombre, de quien puede hacernos justicia el magistrado (8). Nada mas exacto en el foro de la conciencia; pero la cuestion no es esta, sino si la defensa dejaria de ser excepcion en caso contrario. En nuestra opinion, la ley no impone deberes tan rigurosos (9). Creemos pues que el hecho del ajente de esponerse voluntariamente, no debe modificar la naturaleza del ataque, ni la gravedad del peli-

(1) *Non etiam ulciendi causâ*, L. 65, § pen. D. ad. leg. Aquiliam.

(2) Farin. q. 125, n. 354.

(3) L. 3, D. de vi et vi armata y Farin, loc. cit. n. 385.

(4) Gl. 4, L. 2, tit. 8, P. 7.

(5) *Multa circumstantiæ sunt ponderanda* [Gl. cit].

(6) J. Clarus, § homicidium, n. 32.

(7) L. 16, tit. 6, P. 7, hablando de los clérigos.

(8) C. 5, lib. 2, § 13.

(9) *Honor enim proprium omitti non debet*. [Paz á la L. 59 del Estilo].

Los pies son las armas de las liebres, segun la expresion del poeta.



gro. Otra cosa sería si se tratase de un loco, niño ó borracho, en cuyo caso ninguna vergüenza puede haber en evitarlos (4).

79. La tercera condicion requerida para legitimar la defensa, es que la agresion sea injusta, es decir, no ordenada por la ley, ni ejecutada por autoridad legitima. En estos casos, la defensa lejos de ser permitida, constituiria un doble delito (2). Pero la dificultad está en determinar cuando es injusta la agresion. Supongamos que el agresor es atacada á su turno, ¿tendria tambien esta excepcion? Nos parece necesario distinguir, si el agresor ha amenazado la vida, ó solo el honor de su contrario. En la primer hipótesis, la persona atacada se halla en estado de legitima defensa. Si ataca á su turno al adversario, ejerce un derecho, y si este se defiende, y defendiéndose le mata, esto no es mas que la consecuencia de su agresion, la continuacion del mismo hecho. El peligro no puede modificar el delito. Pero en el caso de injurias, como la ley no autoriza á nadie hacerse justicia por si mismo (3), las violencias á que se entregase el injuriado, serian injustas, y el agresor en consecuencia tendria el derecho de defenderse. La misma cuestion puede ofrecerse en el caso del marido que mata al adúltero, dependiendo la solucion del derecho que por las leyes tenga para esto.

80. La excepcion de la defensa, protege tambien á los parientes (4). La ley romana decia, *sibi vel suis* (5), y

(1) V. Chauveau Adolphe, t. 4, p. 161. Por lo demas estos casos como los de fuerza no pueden juzgarse aisladamente. Es preciso considerar el terror, la debilidad, y demas circunstancias de la persona atacada.

(2) Escribano, v. leg. def. ed. 1851. Dos derechos contrarios y opuestos no pueden existir á un mismo tiempo, ni la ley acordar una garantia al que la viola primero. Farin. q. 55, n. 118.

(3) «Los juzgadores son puestos, dicen las Partidas, porque los omes alcanzen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mismos fazer» [L. 14, tit. 10, P. 7.]

(4) L. 4, tit. 23, lib. 8, R. G.

(5) L. 1, § 4, D. ad. leg. Corn. de sicariis.



los intérpretes no tardaron en comprender en estas palabras á los amigos, huéspedes, vecinos (1), y toda persona que sin este socorro corria riesgo de perder la vida en manos del agresor (2). La indignacion que subleva, dice Bentham, el espectáculo de un fuerte que maltrata á un débil, es un hermoso sentimiento que la ley debe guardarse de destruir. Pero las Recopiladas no hablan sinó de los parientes.

§1. Como un corolario de lo que precede, se pregunta cuál será la pena del que se exceda en la defensa. Parece que en derecho rigoroso debia sufrir la señalada contra el hecho que funda el exceso. Pero esta interpretacion seria demasiado severa. Es preciso tomar en cuenta el terror del ajente, la turbacion y precipitacion con que ha obrado. El ha cometido una imprudencia, pero no un delito. *Quando quis licite defensionis*, decian los antiguos, *modum excedit, dicitur ex culpa et non in dolo* (3). La pena pues no debe ser la del delito, sinó la de la falta; no corporal, sinó pecuniaria, *pro excessu* (4). Si el acusado, por el contrario obra fuera del caso de legitima defensa, no gozará de los beneficios de esta excepcion; y solo se tendrá en cuenta la provocacion, como circunstancia atenuante (5).

## ARTÍCULO IV.

### CASO FORTUITO.

§2. Los antiguos distinguian tres clases de homicidios,

(1) Baldus in L. 29, Cod. unde vi y Bartolo in leg. 3, D. de just et jure.

(2) Esta decision se funda en una sana inteligencia del corazon humano. Si las violencias se ejercen contra nuestro padre, hijo ó mujer, es el caso de la máxima injuria *um facta, alteri facta censetur*. Si se trata de un tercero injustamente oprimido, *etiam indignissimum*, es lícito defenderlo *cum inter nos cognitionem quamdam natura constituerit* (L. 3, D. de just. et jure).

(3) Menochius de arbit. que est casu. 278, n. 1.

(4) Farin. q. 125, n. 397, J. Clarus, § homicidium, n. 27.

(5) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 174.



el homicidio voluntario, *homicidium dolosum*; el homicidio casual, *homicidium casuale*; y el cometido sin intencion *homicidium culposum*. El homicidio casual no constituía delito. *Ea quæ ex improvise casu potius quam fraude accidunt, facto plerumque non noxæ imputantur* (1). Las Partidas sientan el mismo principio. «Desventura muy grande, dicen, acaece á las vegadas á los omes que matan á otros por ocasion, non queriéndolo fazer. . . » (2). En consecuencia declaran que sus causantes ninguna pena merecen (3). Pero es preciso advertir que para que valga esta excepcion, no debe tener el que comete el homicidio ninguna falta que imputarse (4). Nuestras leyes exigen ademas: 1º que el matador jure que la muerte acaeciò por ocasion, y no por voluntad; 2º que pruebe con hombres buenos que no tenia enemistad con el muerto. De lo contrario, debe sospecharse, dicen, que lo hizo maliciosamente, y sufrirá una pena estraordinaria (5). Queda la dificultad de determinar cuando el delito es puramente casual, y cuando procede de una imprudencia ó falta de prevision. Las leyes no han querido ó no han podido sentar á este respecto reglas fijas, y se han contentado con algunos ejemplos. Es casual, segun ellas, el homicidio que comete un soldado que hace fuego en lugares destinados al ejercicio (6); el de los ginetes que corren en los mismos parajes y no pueden detener á tiempo su animal; el de los trabajadores que

(1) Bartolo in leg. fin. G. de sicariis.

(2) L. 4, tit. 8, P. 7.

(3) L. 4, tit. 31, P. 7 y 15, tit. 6, P. 4.

(4) *Nullò dolo, nulla que culpa interviniente vel procedente*, decia el derecho romano [L. Respicendum, § 3, D. de pœnis]. Algunos doctores distinguian el caso fortuito del imprevisto que suponía en el agente, no una falta, pero sí hecho imputable [Farin. q. 120, n. 57.]

(5) L. 4, tit. 8, P. 7, y varias del Fuero Juzgo. Segun G. Lopez, el hombre honrado es creído por su juramento (Gl. 4) V. la L. 4, tit. 23, lib. 8, R. C.

(6) *In eo campo ubi solitum est exercitari* (instit lib. 4, tit. 3, de leg. Aquil. § 4.)

construyendo un edificio, tienen cuidado de poner una señal, ó de avisar á los transeúntes (1); el del barbero que es empujado violentamente por otro, haciendo su oficio en lugares apartados (2).

## ARTÍCULO V.

### ALIBÍ Ó COARTADÁ.

§3. El alibí ó coartadá no es menos importante justificación que las anteriores; pero su estudio corresponde á la segunda parte, á que nos referimos (3). Pasemos á las excusas.

## CAPITULO VI.

### DE LAS ESCUSAS.

§4. La excusa se confundía antiguamente, con la justificación, y con las mismas circunstancias atenuantes; porque la legislación penal de los romanos se ocupaba únicamente de los delitos graves, *summa rempublicam*. No habiendo mas pena ordinaria que la de muerte, no habia hecho ni simple vicio de forma que no pudiera servir de atenuación. La severidad de la ley dependía enteramente de la conciencia del juez, de su manera de ver y sentir, *quam vellet iudex sententiam ferre, licebat* (4). Entre nosotros el poder discrecional de los magistrados no se ha suprimido completamente (3), pero la ley se esfuerza por limitarlo y dirigirlo. De aquí la distinción que la jurisprudencia

(1) *Si proclamavit nec ille curavit procurare* (Instit. loc. cit. § 5).

(2) L. 4, tit. 7, P. 1 y 6, tit. 15, P. 7. Si faltan estas precauciones, el homicidio es culpable. La sangre no pediría sangre, pero sí una indemnización. V. n. 99 y siguientes.

(3) N. 123.

(4) Nicolini, *questions de droit pénal*.

(5) V. el n. 107.



dencia ha establecido poco á poco entre la justificacion y la excusa. La justificacion excluye toda imputabilidad penal, La excusa la debilita ó borra solo en parte. Ambas se confunden sin embargo, en que la ley las menciona.

## ARTÍCULO I.

### DE LA EDAD.

§5. Por muchos años un niño tiene instintos, pero no moralidad. Despues, adquiere algunas nociones del bien y del mal, pero tan oscuras y confusas, que su responsabilidad no puede ser igual á la del hombre formado. ¿En qué época se desarrolla la inteligencia? ¿desde cuándo empieza la responsabilidad? Hablando de la primera infancia, el derecho romano decia, *infantem innocentia con siliti tuetur*. Esta infancia duraba hasta los siete años, y protejia absolutamente, *ob innocentiam consilii* (1). La misma presuncion favorecia al menor de diez años y medio, ó nueve, si era mujer; porque se consideraba próximo á la infancia *proximus infantia*, é incapaz de intencion criminal, *non doli capax* (2). Pero de allí hasta los 12 ó 14, segun el sexo, si bien la presuncion continuaba favoreciéndole, admitia prueba en contra, segun la máxima *malitia supplet aetatem*, y el impuber podia ser castigado, si entendia lo que hacia (3). La pena sin embargo era menor, *Pupillus mitius punitur* (4). Desde la pubertad hasta los 18 años en que se hacia menor, ó los 23, época de la mayor edad, ya no se establecia diferencia sinó en la cantidad y naturaleza de la pena, siempre mas suave en los menores (5). Debe agregarse que estas distinciones desaparecian en los

(1) L. 3, D. de injuriis y Farin. q. 92, n. 4 y 5.

(2) Farin. q. 92, n. 31.

(3) Inst. de oblig. qui ex delict nasc. § 18 y l. 3, D. de reg. juris.

(4) L. 14, de Sen. cons. Syllam.

(5) L. 7, Cod. de pœnit., l. 1, D. ad Syllam, y 37 D. anis.



delitos atroces. La ley presumía que su inmoralidad debía estar al alcance mismo de los niños (1).

§6. Nuestras leyes fijan también la infancia á los siete años (2); distinguen como las romanas los próximos á la infancia, de los próximos á la pubertad; pero prestándose poco la materia criminal á divisiones minuciosas, fijan uniformemente la responsabilidad á los diez años y medio (3). Desde esta edad hasta los diez y siete, la pena debe ser menor siempre (4), no pudiendo imponerse antes la de muerte (5). Las Partidas distinguen todavía los delitos de carne, y solo admiten la posibilidad de cometerlos á los 12 años en las mujeres, y 14 en los hombres (6).

§7. La mayor parte de las legislaciones extranjeras, han adoptado estas distinciones, con excepcion de la inglesa, que reduce á siete años la irresponsabilidad (7), y la brasilera á catorce (8). El error de la ley inglesa es evidente (9), pero las demas reglas jenerales no están exentas de reproche. Los individuos difieren por la intelijencia, tanto como por el fisico. La aplicacion, pues, de la responsabilidad

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 449.

(2) L. 4, tit. 16, P. 4.

(3) L. 9, tit. 1, P. 7. La edad pues solo justifica hasta los 10 y medio años. De los 10 y medio años á los 17, excusa.

(4) L. 21, tit. 1, P. 1 y 8, tit. 31, P. 7. Sin embargo de la regla *annus inceptus pro completo habetur*, estos 17 años deben ser cumplidos, dice la ley Recopilada.

(5) Aut. 19, tit. 11, lib. 8, R. C. La pena de muerte antes de esta edad, dicen los autores, seria un acto aflijente para la humanidad, *Miseratio aialis ad meliorem partem judicium producere debet*. En los Estados Romanos son necesarios 20 años: en Roma y Nápoles 18.

(6) L. 9, tit. 1, P. 7, 21, tit. 1, P. 1 y 4, tit. 19, P. 6.

(7) De esta edad hasta los 14 está sujeta á la máxima *malitia supplet aetatem*, y de los 14 adelante, es castigado como los mayores [Blackstone, t. 1, p. 29].

(8) V. los artículos 10, 11, 13 y 48. Los menores de 14 responden sin embargo del perjuicio.

(9) Blackstone refiere un ejemplo que lo demuestra. Dos niños, uno de nueve y otro de diez años, habian cometido un homicidio, y el de diez fué ejecutado, porque en vez de esconderse despues del hecho, se habia ocupado en ocultar el cadáver.





tiene que hacerse sobre cada individuo (1). La ley debía limitarse á cubrir los actos hasta cierta edad de una presuncion de inocencia. Esta presuncion satisface á todas las exigencias de la justicia, hasta que desarrollada la inteligencia, la presuncion se vuelva contra el culpable, teniendo cuidado de no estenderla nunca á la mayor edad civil; porque el conocimiento del bien y del mal aparece en el hombre antes que la capacidad necesaria para administrar sus negocios (2).

••• En tesis jeneral, el acusado comprueba su edad, exhibiendo la partida de bautismo, pero en caso de serle imposible presentarla, no deberia perder por eso el beneficio de la ley. La edad del acusado es un hecho, y en caso de duda, este hecho, como todos, debe estar sujeto á cualquier demostracion, á la apreciacion misma del juez, antes que rechazar la excepcion, porque no se presenta la prueba auténtica. Siendo además el hecho de haber pasado la edad, una circunstancia propiamente agravante, tocaria en todo caso al ministerio público establecerla (3). Nuestro tribunal, de acuerdo con estos principios, en un caso se creyó obligado á averiguar de oficio, la edad del acusado, que habia sido alegada simplemente por el defensor, sin prueba bastante (4).

••• La vejez no justifica ni excusa. Los antiguos acordaban muchos privilegios á los años. *Magna fuit quorundam*, dice el poeta, *capitis reverentia cani* (5). La ley romana disminuía en su favor las penas pecuniarias (6).

(1) G. Lopez, cita el caso de un niño de nueve años que embarazó á su nodriza [gl. 2 á la l. 9, tit. 1, P. 7]. *Infantes modernis temporibus sum iniqui, et citius deditis*, dice en otra parte [gl. 7.]

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 454. Segun este autor, la misma presuncion debia favorecer á los sordos mudos, [p. 464.]

(3) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 473.

(4) Causa de Fiorini.

(5) Segun los juristasconsultos, la vejez era *celus altera puertitia* [Farin, q. 92.]

(6) L. 2, D. de término moto, l. 4, D. ad. leg. jul. pecul. y l. 108 D. de reg. juris.

Pero ni ella ni los jurisconsultos, fijaban la edad que podía constituir la escepcion. Unos dicen 60 años; otros 70. Nuestras leyes se contentan con sentar que «mas crudamente deven escarmentar al mancebo que al hombre viejo» (1). Desde que le falta pues, esta circunstancia esencial, la vejez no escusa entre nosotros, si bien debe colocarse en las circunstancias atenuantes, cuya apreciacion toca el juez (2). No habria tampoco razon en elevar á la vejez á la categoria de excusa. La edad, por avanzada que sea, no es incompatible con la criminalidad. Por el contrario, la vejez que no es la imbecilidad tiene mas bien en su contra la esperiencia de los años (3). Otra cosa es la calidad del castigo. En la vejez, ciertas penas tendrian una excesiva gravedad, y la muerte no significa nada, dice un escritor, en una época en que la naturaleza abre la tumba delante del hombre (4).

## ARTÍCULO II.

### DE LA EMBRIAGUEZ.

90. Los antiguos distinguian cuatro grados de embriaguez. El primero era una excitacion moderada que llamaban *vis vite* (5). El segundo volvia al hombre audaz y animoso, pero no máquina. El tercero era cuando perdía toda vergüenza, *non amplius formidolosus ad dicendum, ad patiendum, ad agendum quidquid turpe*, pero sin locura todavia. El cuarto y último era aquel estado *quo prosternuntur qui bibant*, y en que se pierde todo conocimiento (6).

(1) L. 8, tit. 31, P. 7. A menos que adoptemos los 70 años que fija otra ley para excusarse de seguir al Rey á la guerra (L. 3, tit. 19, P. 2.)

(2) El Cód. brasileiro á los 60 años sustituye la prision á los trabajos forzosos [art. 45.]

(3) Curia Filipp. P. 3, § 9, n. 3.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 488.

(5) De donde viene quizá la palabra vino.

(6) Nicolini, quest. de droit pénal.





Pero como los romanos no tenían para el homicidio más que la pena capital, cualquiera causa que turbase el espíritu servía de excusa, *per impetu* (1), y la pena variaba, no en razón del delito, sino de la falta cometida embriagándose, *propter ebriatatem*. De aquí la distinción de Bartolo entre embriaguez habitual y accidental, *ebrium* y *ebriosum* (2). Cuando la embriaguez sin embargo era completa, se equiparaba al furioso (3).

¶ Nuestras leyes han adoptado estas mismas distinciones. Una, ocupándose de las injurias contra el Rey, «con beodez ó seyendo desmemoriado ó loco», exime de toda pena al culpable «porque lo face, dice, estando desapoderado de su seso, de manera que non entiende lo que dice» (4). Otra, supone un homicidio cometido en estado de embriaguez y atenúa la pena á cinco años de destierro (5), como si se tratase de un homicidio *culpable* (6). Otra deja la pena á discreción del juez en el caso del barbero que estuviese ébrio al afeitar ó sangrar (7). Las Recopiladas dan por existente la excepción, pero no establecen regla alguna (8). Según el derecho canónico parece mas bien circunstancia atenuante *si qui per vinum delinquerint, apud sapientes iudices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur autores* (9).

(1) L. 11, D. de pœnis.—Véase tambien la l. 12, Cód. de custodia et exhibeorum. *Per vinum aut lasciviam lapsis capitalis pœna remittenda est* (l. 6, § 7, D. de re milit.)

(2) Bartolo in leg. 38, D. iul. de adult.

(3) L. 12, D. de sicariis. Una ley de Partido, dice que hace parecer que se tiene al demonio (L. 6, tit. 7. P. 2.)

(4) L. 6, tit. 2, P. 7. Evidentemente esta ley habla de una embriaguez completa, de la que la ley romana compara con la demencia.

(5) L. 5, tit. 15, P. 7.

(6) Según la regla *Danti operam res illicite imputantur omnia quæ sequuntur contra voluntatem suam* (l. 38, D. ad leg. Jul. de adulteriis) v. n. 99 y siguientes.

(7) L. 27, tit. 15, P. 7.

(8) Ant. 7, tit. 11, lib. 8, R. C. y resolución de 9 de febrero 1796.

(9) Decr. Grat. 2, p. c. 15, q. 1, § 7.



92. Los doctores sienten generalmente repugnancia en admitir la embriaguez como excusa. «No habria con que pagar el amor y el vino, segun el poeta, si bastase estar ébrio ó enamorado, para hacer impunemente lo que se quiera.» Otros creen por el contrario, que los delitos cometidos en la embriaguez merecen mas bien doble pena (1). Estos dos extremos son igualmente inadmisibles. No hay inmoralidad ninguna en que la embriaguez escuse ó atenúe la pena, puesto que usar del vino no es un vicio (2). El vicio está en usar de él inmoderadamente (3). ¿Cómo trazar la línea que constituye el delito? De la conversacion honesta puede pasarse tambien á la seducción, y no por eso se le ocurre al legislador declarar delito á la conversacion (4). Otra cosa es la embriaguez preparada para animarse, *procuratam ac affectatam* (5). En este caso, tener indulgencia con el delincuente, seria excusar por sí mismo el delito, de que la embriaguez no es mas que el principio. Por lo demás, prescindimos aquí del delito de policia, que existe siempre por la sola contravencion.

93. No es tampoco el principio lo que mas se discute, sinó su aplicacion. Se teme dar el carácter de excusa á un hecho reprehensible en sí mismo, y sobre todo muy difícil de acreditar. La ciencia médica no parece tener los medios positivos de distinguir la embriaguez real de la supuesta. Pero este es el mismo caso de la monomania. La justicia debe marchar con precaucion, rodearse de todos los indicios, interrogar todas las pruebas, pero estas dificultades no son un motivo para mandar al acusado sin

(1) Quintil. orat. inst. 7, c. 1. La razon que dá Filangieri es que hay un mal en la causa, y un mal en el efecto [t. 4. c. 13.] En el derecho militar [Véase art. 121 de la Ord.]

(2) En el caso de embriaguez completa é involuntaria, podría tambien ser causa justificativa. Así lo establece el Cod. austriaco [art. 2, § 3.]

(3) L. 2, tit. 5. P. 2.

(4) Nicolini, lug. cit.

(5) Farin, q. 93, n. 21.

razon al patibulo (1). La ebriedad, por lo demás, no se presume, y el que la alega debe probarla (2).

### ARTÍCULO III.

#### DEL SONAMBULISMO.

94. La justicia humana, dice Rossi, no tiene ni los medios, ni necesidad, ni derecho de ocuparse de las acciones cometidas durante el sueño (3). Es preciso establecer como principio que los sonámbulos no son responsables de sus actos. Tal era también la regla no solo del antiguo derecho, *dormiens furiosus æquiparatur* (4), sino de los mismos cánones (5). Pero si el sonámbulo conocía su enfermedad, y no tomaba precauciones, el delito le era imputable por la culpa ó negligencia (6). Lo mismo sucedía si ratificaba despierto la acción que había cometido en estado de sonambulismo (7); porque esta aprobación revelaba una voluntad criminal, anterior al delito. Nuestras leyes han repetido estas disposiciones (8). La pena sería como en todos los homicidios culpables, cinco años de destierro (9).

95. Algunos agregan á los casos espresados, el de preexistir enemistad capital (10). Pero esto sería llevar muy

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 517.

(2) Farin, q. 93, n. 23. Las leyes extranjeras varían mucho en este punto. En Montevideo y Chile no se oye esta excepción. El derecho francés la admite como circunstancia atenuante. En Georgia, completa. justifica; ligera excusa; pero procurada, ni excusa ni justifica. La necesidad de una pena y las calidades de esta, dependen enteramente de los países y de las costumbres.

(3) Derecho penal, t. 2, p. 187.

(4) Farin, q. 98, n. 63.

(5) Clement, lib. 5, tit. 4, const. de Clem. 5.

(6) L. 31, D. ad leg. Aquiliam.

(7) Menochius de arb. quæst. lib. 2, casu 327, n. 8.

(8) L. 5, tit. 8, p. 7.

(9) Escribire, Dic. v. loco, ed. 1851.

(10) Foderé, med. leg.



lejos las cosas, y no habria accion de los sonámbulos que se escapase, si hubiera de admitirse semejante doctrina. Por lo demás, el sonambulismo, *per somnum ambulatio*, lo mismo que todos los estravios de la razon, puede finjirse; toca al que lo invoca como excusa, probar que semejante estado le es habitual, y que particularmente en el momento de ejecutar el delito estuvo sometido á su influencia (1).

## ARTÍCULO IV.

### DE LAS PASIONES.

96. El poder de las pasiones se ha comparado por algunos á la enajenacion mental, y el furor del hombre celoso ó desesperado al del loco (2). Pero esta doctrina es no solo errónea sino peligrosa. Desde luego, no es cierto, segun la ciencia, que una pasion pueda excitar ningun desarreglo en las facultades intelectuales. Las pasiones son causa á veces de una afeccion *persistente* y esta afeccion se convierte con frecuencia en locura. Pero hay diferencia entre los síntomas de una enajenacion real, y esas perturbaciones mentales, aun las mas graves, que velan la inteligencia y desaparecen con su causa. Asimilando las pasiones á la locura se justificaria la inmoralidad, y se colocaria en la misma linea que la desgracia. El hombre que obra bajo el imperio de una pasion, ha comenzado por dejar corromper su voluntad (3). El loco es arrastrado por un poder irresistible, aquel ha podido resistir y no ha querido (4).

97. Pero si las pasiones no pueden asimilarse á los accesos del monómano, no hay que desconocer tampoco que

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 513.

(2) *Ira furor brevis est*, decia Horacio.

(3) Arg. de la L. 9, tit. 5, P. 2, que distingue la saña de la ira, y malquerencia.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 508. Esta libertad la atestiguan, dice Rossi, la conducta de los que se resisten á provocaciones semejantes.





ellas oscurecen la inteligencia, y encadenan bastante la voluntad, para disminuir con justicia la responsabilidad moral, y que por lo tanto los delitos cometidos en este estado, no deben castigarse severamente (1). Obedeciendo á esta regla moral, nuestras leyes establecen que lo que el hombre hace ó dice en daño ó denuesto de otro «con saña» no lo justifica «como quiera que le mengue de la culpa» (2). *Cum sit difficillimum*, decia el derecho romano, *justum dolorem temperare* (3). Así, la excusa no está propiamente en la cólera y demás pasiones, sinó en la causa (4). Esta excusa requiere, pues, provocacion ó ultraje, que haga que «el movimiento de la saña fuese con razon» (5) y cesa en caso de ataque legat. *Ubi offensio est licita, ibidem defensio est illicita*, decia Farinacio (6).

98. Con las pasiones suelen compararse ciertas enfermedades, como la fiebre, epilepsia, etc. Una ley de Partida parece hacer esta misma confusion, cuando dice: «Sañudo estando algun ome, ó embriagado, ó *enfermo de gran enfermedad*, ó estando sandio ó desmemoriado» (7). Pero no hay regla ninguna á este respecto en nuestros códigos, como no la hay sobre los sordos mudos, cuya inteligencia permanece comunmente en una tierna infancia (8). Los tribunales decidirán segun los casos. Solo notaremos que ciertas enfermedades pueden ser justificaciones como la locura, puesto que privan completamente de la inteligencia.

(1) J. Clarus, q. 64, n. 7.

(2) L. 16, tit. 34, P. 7 y L. 48, D. de div. reg. juris. Sobre la duracion de esta excepcion, v. el n. 333.

(3) L. 38, § 8, D. ad leg. Jul. de adult. En un acceso de cólera, dice el poeta, quien contaria los golpes, como medir la defensa [Jerusalén libertada.]

(4) *Simplex iracundia causa non excusat, nisi justa causa procedat*, Farin, q. 91, n. 13.

(5) L. 16, tit. 31, P. 7.

(6) Q. 125, n. 112.

(7) L. 10, tit. 8, P. 7.

(8) Tapia, t. 7, p. 128, n. 5, ed. 1846.

## ARTICULO V.

## DE LA FALTA DE INTENCION CRIMINAL.

99. La intencion puede definirse el propósito deliberado de llegar á un resultado perjudicial al cometer el delito; ó en otros términos la direccion de nuestra libertad é inteliencia hácia el fin propuesto (1). Cuando esta intencion no existe, el agente solo es responsable de una falta, *culpa*, que lo sujeta á una indemnizacion segun las leyes; pero cuando esta culpa ha tenido por resultado quitar la vida á un hombre, la conciencia pública reclama un castigo mas severo; y la ley, de acuerdo con ella, señala para estos casos cinco años de destierro (2).

100. La regla es justa, pero la dificultad consiste en determinar lo que debe entenderse por *culpa*. Nuestras leyes no se han cuidado de definirla en materia criminal. «Porque no pusieron, dicen simplemente, tan gran guarda como debieran, ó hicieron cosas enante porque viniera la ocasion» (3). En seguida enumeran como homicidas culpables, los que cortando árboles, ó construyendo casa sobre la calle, no avisan: (4) los que corren á caballo en lugares no acostumbrados: los que por juego empujan á otro: los sonámbulos en el caso que hemos explicado: los borrachos: los médicos que no conocen las reglas de su arte, ó abandonan la curacion empezada, á menos que estuviesen curando gratis, dice G. Lopez (5). (*gran culpa*): los

(1) Boresco, *délits et peines*, p. 83, *ad quod intendit*. El derecho romano confundia la intencion con la voluntad. Por eso decia, *fraus sine pona esse potest, pona sine fraude esse non potest*. Pero en todo eso hay error. La intencion es la medida del delito; la inteliencia y voluntad elementos. Culpa es la violacion misma del deber; intencion el propósito de violarlo [Boeresco, *lug. cit.*]

(2) L. 5, tit. 8, P. 1. V. Paz, ley 63 del Estilo.

(3) L. 5, tit. 8, P. 5.

(4) Instit. de lege aquilia, § 5.

(5) V. l. 6, § 7, D. de offeto presidis, 7 y 8, D. ad leg. aquil. y l. 13 D. de rex. juris.



que peleando entre sí, hieren á un tercero: los que descargan armas por donde pasan los hombres (1). Todos estos hechos se llamaban *casus* por el derecho romano, que confundia la culpa con el *accidente*; y solo castigaba la culpa, *quia mali exempti res est* (2).

## ARTICULO VI.

### DE LA IGNORANCIA DEL DERECHO.

**101.** Las Partidas sientan por regla jeneral, que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (3); descendiendo despues á particularizarla, eximen de pena á los locos y menores de diez años y medio, á los militares y aldeanos en los pleitos civiles (4); pero no en los delitos de traicion, falsedad, aleve «ó yerro que otro ome deviesse entender naturalmente que mal era» (5). Parece pues, que en los demás casos que no son de derecho natural, *mala in se*, la ignorancia excusase. Pero una ley Recopilada, dice terminantemente. «Establecemos que ninguno piense de mal fazer, porque diga que no sabe las leyes ni el derecho, ca si hiciese contra ley que no se pueda excusar de culpa por no la saber» (6). Segun otra, la ley es comun así para varones, como para mujeres, para los sabios como para los simples, para poblados como para yesmos (7). De

(1) L. 5, tit., L. 6, tit. y P. cit., LL. 6 y 9, tit. 15, P. 7 y G. Lop., gl. 2. A dicha ley 9. Los autores agregan el caso del albanil que deja caer una piedra, del arquitecto que coloca mal los andamios, y del que tira una piedra á un perro [J. Clarus, § homicidium, n. 4].

(2) L. 3, § 2, D. ad leg. Contr. de sicariis.

(3) L. 20, tit. 1, P. 1.

(4) Esta ley hablando del loco, dice «non le ponen tamaña culpa como al otro que está en su sentido.» Pero G. Lopez agrega con razon, *imo nullam ut in l. 9, tit. 1 y 3, tit. 8, P. 7.*

(5) L. 21, tit. y P. cit. *juris naturalis vel quasi naturalis* [gl. 8].

(6) L. 2, tit. 2, lib. 2, R. C. La misma disposicion se encuentra en el Fuero Juzgo [3, tit. 1, lib. 2.] y Fuero Real [4, tit. 6, lib. 1.]

(7) L. 1, tit. 1, lib. 2, R. C.



aquí los autores enseñan jeneralmente, que la ignorancia del derecho no vale á los delinquentes (1).

109. Sin embargo nosotros creemos que esta ignorancia podria aprovechar: 1º cuando las leyes contra que se alega no se derivan del derecho natural (2): 2º cuando los delinquentes son notoriamente jentes ignorantes (3): 3º si viven en despoblado é ignoran su publicacion (4): 4º si hay cuestion entre los juriscultos mismos sobre la existencia de la ley penal, á virtud de leyes posteriores, ó de la costumbre (5). La máxima, dice Guizot, en virtud de la cual se presume que nadie ignora la ley, no es mas que una ficcion, necesaria para el órden social, que no debe estenderse mas allá de lo que esa necesidad reclama (6).

## ARTÍCULO VII.

### DE LA MISERIA Y EL HAMBRE.

103. Grocio y Puffendorf creian la miseria causa justificativa, alegando el primero que en tal caso la sociedad por un consentimiento tácito hace revivir la comunidad de bienes (7): y el segundo la voluntad presunta del lejislador (8). El derecho canónico llama á los pobres inocentes, *ipsus christi vox innocentes vocat* (9). Las Partidas justifican el caso entre compañeros de ejército, «si lo ficiesen

(1) *Generale est quod ignorantia juris neminem excusat* (Auseldius de Comm. disc. 48, n. 8).

(2) Arg. de la ley de Partida cit.

(3) Voet, lib. 22, tit. 6, n. 4, *excusat a dolo*.

(4) Acevedo, en la ley Recopilada.

(5) Chauvrau Adolphe, t. 1. p. 34.

(6) No debe sobre todo estenderse con el mismo rigor á las materias criminales que exigen tomar en cuenta la intencion del autor del hecho (Morin, Rep. lois crim. n. 4).

(7) Grocio, lib. 2, c. 2, § 6.

(8) Puffend. lib. 2, c. 6, § 5.

(9) Can. 26, de conserv. dist. 5. Inocencio XI, sin embargo, condenó la proposicion de que era permitido hurtar en estrema necesidad.





con gran cuita de hambre, e aquello que furtase fuese poco, que lo comiese luego» (1). De todo deducen algunos autores que en los hurtos cometidos por miseria ó hambre extrema, la pena debe ser mas suave (2): y por eso enumeramos esta causa, como la última excusa legal.

**104.** No faltan quienes comparen la miseria con la violencia ó fuerza mayor; y libren de toda culpa al que hurta vestidos por ocultar su desnudez, fundados en la antigua máxima: *necelas non habet legeim, quod non est licitum in lege, necelas facit licitum*. Pero esta doctrina seria peligrosa. El hambre y la miseria deben servir sin duda ninguna para atenuar la pena, porque se presume que el acusado no habria delinquido de otro modo. Pero elevar esta circunstancia al rango de justificacion completa, seria reconocer que las leyes de la justicia y de la moral tienen un límite y excepciones. Además, la violencia que justifica es la que resulta de un impulso extraño, de una causa exterior. La que procede de nosotros mismos, excusa solamente. La cuestion tiene poco interés por otra parte en las costumbres actuales, que no permiten suponer á un hombre colocado en la alternativa absoluta, de cometer un delito, ó morir de hambre (3).

## CAPITULO VII.

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

**105.** Entendemos por circunstancia atenuante todo he-

(1) L. 6, tit. 28, P. 2. Las Ord. por el contrario dicen «el que robe alguna cosa dentro del cuartel, tienda de campaña, casa del oficial ó del ejército, sufrirá la pena de horca» (trat. 8, tit. 10, art. 70). La ley inglesa no admite tampoco que el hambre excuse ni el hurto. Por las leyes Austríacas es apenas circunstancia atenuante.

(2) Matheru, de re crimin. lib. 47, tit. 1, c. 1, n. 4.

(3) Chauveau Adolphe, t. 1. p. 510. Covarrubias, discute si la necesidad excusara tambien de la fornicacion.

cho ó consideracion tomada de la naturaleza del delito, de la posicion personal del agente, ó de la severidad de la ley, capaz de modificar la culpabilidad ó motivar una atenuacion, fuera de los casos enumerados en el derecho. Las circunstancias atenuantes, pues, ó intrínsecas. segun las llaman otros (1), estan fundadas mas bien en el hecho que en el derecho, *personæ adhærent, non rei vel causæ*, y el juez puede sin faltar á su deber pasarlas en silencio, cuando no se han deducido y probado (2). Las excusas y justificaciones cambian la calificacion legal del hecho, mientras que las circunstancias atenuantes la dejan subsistente, porque se componen de sucesos que no constituyen el delito principal (3).

**106.** Exponer las circunstancias atenuantes en la ley habria sido recargarla de detalles infinitos. Por su naturaleza ellos son indefinibles é ilimitados. Pero su uso es lejítimo, á pesar del precepto que manda observar las leyes no derogarlas espresamente, sin que pueda admitirse la razon de que no estan en uso (4): y del otro que prohíbe á los jueces moderar las penas legales, porque no les pertenece el arbitrio de ellos, sinó su ejecucion (5). No está en el poder de la ley, dice con razon Lardizabal, el mudar la opinion de los hombres, las costumbres jenerales, y las circunstancias de los tiempos (6). Así ni en España ni en Indias, estas disposiciones tuvieron la virtud de resuscitar leyes muertas: y ellas significan todavia menos entre nosotros donde está mandado que no se consideren restablecidas aquellas que por atroces é inhumanas ha proscrito ó moderado la práctica de los tribunales (7): y se recono-

(1) Tapin, t. 7, p. 187, n. 4, ed. 1846.

(2) Chauveau Adolphe, t. 6, p. 243.

(3) Ortolan, Klém. de droit pénal.

(4) Auto 2, tit. 1, lib. 2, R. C.

(5) L. 25, tit. 8, lib. 7, R. Y.

(6) Tapia, t. 7, p. 149.

(7) Regl. de just. del año 17, cap. 2, art. 14.



ce como subsistente el prudente arbitrio de los jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos (1).

107. El alcance de estos principios es inmenso delante de las leyes que nos rigen y que no pueden ejecutarse al pié de la letra. Despues de comenzar el legislador por dejar la distribucion de las penas á la arbitrariedad del juez, por una especie de reaccion cayó en las penas fijas. Este sistema fecundo por si mismo en inconvenientes, lo seria todavía mas entre nosotros. Los hechos constitutivos de los delitos son susceptibles de modificaciones infinitas, que no pueden apreciarse abstractamente, y prescindiendo de las circunstancias de cada caso, sin incurrir en las mas odiosas desigualdades. ¿Pero qué se entiende por prudente arbitrio del juez? G. Lopez lo define, la facultad discrecional de determinar lo que no lo está por una ley espresa (2). Nosotros agregaríamos, que le permite tambien dejar de ejecutar leyes no derogadas, ó modificar la aplicacion de las vijentes (3).

(1) Regl. cit. c. 3, art. 14.

(2) Gl. 1, L. 7, tit. 9, P. 2.—V. tambien la L. 10, tit. 27, P. 2.

(3) La ley romana, despues de clasificar en cuatro grandes categorias los hechos punibles, enumera siete circunstancias modificativas de todo delito. *Sed ha quatuor genera*, decia, *consideranda sunt septem modis* [l. 16. D. de penis]. El juez debía tener presente al castigar el culpable el motivo del delito [*causa*], su edad y posicion personal [*persona*] el lugar del delito [*loco*], el tiempo de su perpetracion [*tempore*], los hechos exteriores que lo hubiesen acompañado [*qualitate*] la gravedad del mal [*quantitate*], y en fin las consecuencias del delito [*eventu*] v. Morin, Rep. circumst. atténuantes, § 1.



## TÍTULO II.

---

### DE LAS PENAS EN JENERAL,

---

#### CAPÍTULO I.

---

##### DEFINICION.

**100.** La pena, en su acepcion mas jeneral, es la privacion de un bien. *Bona ex eo dicuntur*, dice Ulpiano, *quod beatos faciunt*. En esta acepcion comprende no solo la privacion de las ventajas materiales, como la fortuna, la libertad y la vida, sinó tambien las morales, como el honor y los derechos políticos y civiles. Las Partidas la definen «galdardon e acabamiento de los malos fechos» (1); ó «ennienda de pecho ó escarmiento que es dada á alguno por los yerros que ficiere» (2). Bajo este punto de vista es todo castigo de un delito (3); pero tomada en un sentido estricto puede definirse, el mal que por disposicion de la ley se hace sufrir á un individuo, en castigo de su delito; ó como dice Voet, *delicti coercitio seu ultio, adeo que malum passionis propter malum actionis* (4).

(1) Proem., tít. 31, P. 7.

(2) L. 1, tít. y P. cit.

(3) *Castigatio punitio*.—«Castigo, dice una ley de Partida es lijera amonestacion de palabra ó de ferida ó de palo: Escarmiento es pena.... como en manera de justicia, [L. 1, tít. 28, p. 2].

(4) *Ad Pand.* lib. 48, tít. 19, n. 1. Asi no se cuentan entre las penas las mortificaciones voluntarias, los males que resultan de ciertos vicios, ni las calamidades que acarrecen naturalmente. (Tapia, t. 7, p. 457, ed. 1846).





**109.** Las mismas Partidas dividen las penas en siete maneras, de las cuales cuatro llaman *mayores*, y las otras *menores*. Las primeras son, la pena de muerte ó perdimiento de miembro, la cadena perpétua en los metales ú otras labores, el destierro perpétuo en lugar cierto y con confiscacion de bienes, y la prision perpétua con cadena. «Las segundas eran, el destierro perpétuo en isla sin confiscacion, la infamia ó destitucion de oficio, los azotes, y vergüenza pública» (1). Esta division no es mas que una reminiscencia del derecho romano en los últimos tiempos (2). La clasificacion mas práctica y que nos servirá para explicar esta materia es en corporales ó aflictivas, pecuniarias, é infamantes (3).

(1) L. 4, tit. 31, P. 7. Es notable en esta ley que la prision con cadena solo era aplicable á los siervos «ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerro, mas para guardar los presos fasta que sean julgados.» (V. Cod. Theod., lib. 3, tit. 23, § 1).

(2) Morin, Rep. v. peines, § 2, n. 7.

(3) Las penas se dividen tambien en *principales* y *accesorias*, entendiéndose por estas las incapacidades que resultan de los castigos, como la muerte civil, la privacion de los derechos cívicos y de la vijilancia de la policia. La muerte civil es un legado del derecho de Justiniano *Mors civilis aequiparatur naturalis* [l. relegati, D. de pœnis]. Segun las Partidas, la muerte civil era la consecuencia de una condenacion á muerte natural en rebeldia ó de algunas penas aflictivas y perpétuas, como la deportacion con confiscacion—[l. 15, tit. 1, P. 6]. El muerto civilmente no podia testar ni ser establecido por heredero, [l. 15, cit. 2 al fin, tit. 18, P. 4 y 14, tit. 3, P. 6; pero estas disposiciones se consideran derogadas por la ley 4ª de Toro, que dá facultad de testar al condenado á muerte civil ó natural. [Llamas, Com. á la ley cit. de Toro, y G. Lopez gl. 2, á la ley 15, tit. 1, P. 6.] El muerto civilmente no podia ser tampoco tutor [L. 4, tit. 16, P. 6], ni testigo [L. 9, tit. 1, P. 6 y 8, tit. 16, P. 3; ni actor ni reo sino por medio de un curador especial [leyes cit. y 2, tit. 18, P. 4]. No podia, en fin, ejercer derechos de patria potestad, ni conceder vénia á su mujer en los casos en que era necesaria, [L. 2, al fin, tit. 18, P. 4]. Pero estos efectos tienen su fundamento en otras causas. Abolidas las penas perpétuas segun la pragmática de Carlos III (marzo 12 de 1774), la confiscacion por la Constitucion [art. 159] y derogada por la ley de Toro la prohibicion de testar, puede decirse que la muerte civil no existe. La privacion de los derechos cívicos es susceptible de muchos grados, pero esta mina de penalidad está inexplorada entre nosotros. Lo mismo sucede con la vijilancia de la Policia, que apenas se encuentra en algunas disposiciones patrias.

## CAPÍTULO II.

## CALIDADES DE LAS PENAS.

**110.** Dijimos antes que la intimidacion, la reforma y la expiacion no eran, á nuestro juicio, el fin del castigo, sinó los medios de alcanzarlo. De aquí se deduce que para ser buena la pena debe alcanzar en lo posible estos tres efectos (1). Sus primeras calidades consisten, pues, en ser ejemplar, reformadora é instructiva: *ejemplar*, produciendo un mal sensible á la vista, y cuya impresion pueda intimidar y contener á los que se sintieren tentados á imitar al culpable (2); *reformadora*, rejenerando el carácter y los hábitos viciosos del condenado: *instructiva*, sea por su analogia con el delito, inflijendo un mal en proporcion á su gravedad, sea por su autoridad legal, fortificando en las almas la conviccion de la perversidad de los actos que castiga. Por la razon contraria, es mala aquella que suscita sentimientos inmorales, como la vergüenza pública, la marca, la multa en provecho de los delatores (3).

**111.** Las penas deben ser tambien *personales*, esto es, no castigar sinó al autor del delito (4); porque si bien no hay castigo que no perjudique indirectamente á la familia, desde que la multa mas lijera disminuye su renta, y una prision puede ser su ruina, el legislador tiene el deber de restringir estos efectos á los limites mas estrechos (5); di-

(1) Otros reducen á dos los elementos esenciales de la pena, reparacion del mal y represion del delincuente. En todo delito hay violacion de un deber y lesion de un interés social. ¿Por qué la pena contendría otros elementos? [Boeresco, *delicta et poenae*, p. 318].

(2) La pena debe asustar á la multitud, decia una ley de Teodosio.

(3) V. á Boeresco, p. 324.

(4) L. 9, tit. 23, P. 7, in princ.

(5) Esta regla sufre una modificacion respecto de las personas que están bajo nuestra vigilancia, en cuanto podemos y estamos obligados por la ley, á moderar sus acciones; y decimos en cuanto podemos y estamos obligados por la ley, *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia*, [l. 14 D. legibus]. Tal seria el caso de los hijos y de los socios [Chauveau





visibles, es decir, susceptibles de mas ó menos intensidad y duracion, porque las que no lo son, no pueden corresponder á la infinita variedad y escala de los delitos; *iguales*, esto es, que el bien de que priven sea igual para todos sin distincion de rangos, que la ley penal no conoce (1); *reparables*, en fin, porque la justicia humana no es infalible (2).

■ ■ ■. Veamos ahora la proporcion con que deben imponerse. Todos los criminalistas han repetido esta máxima del derecho romano, *pena debet commensurari delicto* (3); pero es preciso confesar con Bentham que, encerrada en términos tan jenerales, es mas edificante que útil. Para remediar á este inconveniente, el mismo publicista dice que el mal de la pena debe sobrepasar el provecho del delito (4). ¿Pero sobre qué base determinaríamos este provecho? Segun Rossi, la proporcion debe buscarse en la naturaleza del deber violado, en la moralidad del ajente (5). ¿Pero cómo apreciar tampoco exactamente en cada acusado estos elementos? ¿cómo estaríamos seguros de que los juicios de la conciencia nos conducirían siempre á una estimacion verdadera? Las penas deben medirse, dicen otros,

Adolphe, t. 1, p. 560). «Pero non son sin culpa los parientes dellos, dicen las Partidas, quando non les fazen guardar la guiza que non puedan fazer mal á otros», [L. 9, tit. 1, P. 7].

(1) Esta igualdad no se viola por las consideraciones que se tienen á veces con la edad, el sexo, ó posicion social. Lo que hay propiamente en estos casos no es desigualdad en la pena, sinó diferencia en la culpabilidad. La desigualdad injusta es la *jurídica*, esto es, la que proviene de leyes excepcionales y de privilegio. Algunos agregan *realidad* en la pena, y buscan esta por la *analogía*, pero exceptuando la *analogía moral*, es preciso desconfiar de este sistema, que nos conduciría á la barbarie de los primeros tiempos, o por ojo, diente por diente [Boerscos, délits et peines, p. 229 y 333].

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 71. Por eso se ha dicho *res judiciala pro veritate habetur*. Se le tiene por verdad, pero puede no ser la verdad.

(3) L. 11, D. de pennis. *Pena non debet excedi delictum* Cod. Theod. lib. 9, l. 22 ad leg. Jul. repet.

(4) Teoría de las penas, p. 23 y 24.

(5) La relacion de la pena con el delito, dice, es una verdad de intuicion, que no se demuestra [derecho pen. t. 3, p. 102].

segun que predomine en el delito la justicia moral ofendida, ó el interés social (1).

113. Tenemos además penas prohibidas espresamente: en la Constitucion, la confiscacion, la infamia trascendental, y en jeneral toda pena *cruel* (2); en la lejislacion antigua, señalar la cara quemándola con fuego caliente, ó sacando los ojos, cortando las narices, porque «la cara del ome fizo Dios á su semejanza» (3), y la muerte á pedradas, por crucificamiento ó despeñamiento, «con segur ó con foz de segar.» (4) Pero las compiladoras de las Partidas, dice Marina, no fueron siempre consecuentes, y ciegos secuaces del derecho romano, olvidando tan bellas máximas, fulminan á veces estas penas bárbaras (5).



### CAPÍTULO III.

#### DE LAS PENAS CORPORALES Ó AFLICTIVAS.

114. Penas corporales son todas las que causan dolor, afliccion, molestia, ó incomodidad al cuerpo humano. Algunos distinguen las corporales de las afflictivas, designando con el primer nombre á las que hieren mas al cuerpo, y con el segundo á las que mas particularmente tienen por objeto la libertad (6).

(1) Boeresco, délits et peines, p. 321.

(2) Art. 159 de la Constitucion.

(3) *Vel amputare aurículas*, dice G. Lopez, *quia quidquid ex discopertum, facies appellatur* [gl. 2, á la 6 cit.]

(4) L. 9, *De panis*, y 6, tit. 31, P. 7. Entre los Romanos la cruz y la horca eran penas infamantes.

(5) Marina, Ensayo histor. Así la L. 6, tit. 31, P. 7, permite quemar, ahorcar y echar á las bestias bravas. La 4, tit. 28, marcar con B. E. los lábios al blasfemador por segunda vez, la tercera cortarle la lengua; y la 10, tit. 25, apedrear al moro adultero con cristiana. V. tambien sobre los ojos la L. 1, tit. 13, P. 2.

(6) Gutierrez, Pract. crim. t. 1.

## ARTÍCULO I.

## DE LA PENA DE MUERTE.

**115.** Nadie ignora las grandes discusiones á que ha dado lugar esta pena, la primera y mas terrible de las corporales. Sin entrar en ellas, creemos conveniente hacer una corta reseña de las fases que ha revestido. Becaria que fué el primero que la promovió (1), negaba á la sociedad este derecho, porque segun él la sociedad tenia por principio un contrato, y nadie podia convenir en ceder á otro el derecho de quitar la vida (2). Rousseau, partiendo del mismo principio, hace derivar esta facultad del derecho de la guerra, desde que los malhechores pueden considerarse enemigos de la sociedad (3). La primera hipótesis no es mas que una quimera, como ya dijimos, y el derecho de la guerra no permite matar al enemigo, despues de prisionero (4). Filangieri contestaba pues victoriosamente, que en el estado natural todo hombre tiene el derecho de matar al que viola las leyes naturales, y que este derecho se trasmite á la sociedad al tiempo de su formacion (5).

**116.** Otros han dicho, la pena de muerte es ilegitima, porque el hombre tiene un derecho personal á la existencia, y este derecho es inviolable. Esta es la misma razon bajo otra forma que hacia decir á Becaria, que el suicidio seria lejítimo, si la sociedad poseyese semejante derecho. Pero se ha contestado que si nadie tiene el derecho de matarse, tampoco lo tiene de acelerar su muerte dejándose condenar á presidio, ó disponer de su honor y li-

(1) Montaigne, habia expresado simplemente el deseo de ver desembarazada su aplicacion de los tormentos que la acompañaban [Ensayos, lib. 2, c. 2].

(2) Delitos y Penas, c. 16. El suicidio no lejítimario, agrega, si la sociedad tuviese este derecho.

(3) Contr. Social, lib. 2, c. 5. « Por no ser víctimas de un asesinato, dice, consentimos en morir si nosotros lo somos ».

(4) Pastoret, lois pénales, 2<sup>a</sup> part.

(5) L. 1, p. 11, c. 5.





bertad, lo que haria injustos todos los castigos (1): que el derecho á la existencia es inviolable pero á condicion de no atacar otra existencia (2): que la pena es un medio necesario de la justicia social, y esta un deber: que siendo la pena la privacion de un bien, todo bien puede ser materia de penalidad (3): ¿Cómo conciliar por otra parte la inviolabilidad del derecho á la existencia, con el unánime asentimiento de todos los pueblos, de todos los siglos y cultos en favor de la pena de muerte?

**117.** Los mas poderosos adversarios de esta pena han sido aquellos que niegan su eficacia. Seis mil años, dicen, se ha ensayado, y no ha producido mas que una debastacion incalculable de la humanidad (4). Esta faz de la cuestion está pendiente todavia, porque toca á la estadística resolverla, y los datos suministrados no arrojan suficiente luz. En este estado, creemos, con Montesquieu que la pena de muerte puede ser remedio de una sociedad enferma (5): y que habria locura en su abolicion, mientras las cárceles permanezcan en el estado que hoy se hallan (6): reconociendo sin embargo con sus enemigos, que está prodigada espantosamente en nuestra lejislacion, y tiene el gran defecto de ser irreparable (7).

(1) Filangieri.

(2) Boeresco, delitos y penas, p. 252.

(3) Rossi, traité de droit penal. Este argumento sin embargo puede conducir á consecuencias arbitrarias, á la confiscacion, los tormentos, las mutilaciones etc.

(4) Livinstong, introd. repor of a penal code, p. 97, año 1828. Desde entonces quedó abolida en Luisiana—En Toscana lo fué por el gran duque Leopoldo, en 1786. Voltaire dice que un ahorcado no sirve para nada.

(5) Esp. de las leyes, lib. 12, c. 4.

(6) En el caso de repetir con Diderot « la pena de muerte es justa, porque es necesaria. »

(7) Morellet trad. de Becaria. Un autor moderno combate la pena de muerte porque no contiene, dice, los elementos esenciales del castigo. Un delito produce dos clases de desórdenes, uno moral y otro social. Por la reparacion del mal que se causa, se restablece el orden moral. Por la imposibilidad en que se pone al culpable de dañar nuevamente, se restablece el orden

## ARTÍCULO II.

## PRESIDIO.

119. Los presidios en España eran antiguamente ciertas ciudades ó fortalezas guarnecidas de soldados. De aquí vino el llamarse con el mismo nombre el castigo que se imponía á los reos, de servir en los trabajos á que en ellos se les destinaba (1). Entre los romanos, estos trabajos eran las minas, y se dividían en dos clases, *damnatio in metallum*, *damnatio ad opus metalli* (2). Si no tenían tiempo fijo, duraban diez años, pero comunmente eran perpétuos (3). Entre nosotros, es simplemente la prision acompañada de trabajos forzosos en la misma cárcel ó fuera sin que pueda pasar de diez años por disposicion espresa de la ley, aunque la sentencia recaiga sobre diversos delitos «para evitar, dice, el total aburrimiento y desesperacion de los que se viesen sujetos á un interminable sufrimiento» (4). Mucho se ha ponderado esta disposicion, pero nosotros la creemos mas bien un defecto de nuestra legislacion. Las penas perpétuas son como la transicion natural entre la pena de muerte y los castigos temporales (5). Así la perpetuidad, que se considera tan odiosa, es la base hoy de los códigos de Austria y del Brasil, que se distinguen por la suavidad de las penas (6).

social. La pena de muerte no responde á ninguna de estas condiciones. (Bocresco, *délite et peines*, p. 363).

(1) Escribte, v. *presidio*, ed. 1851.

(2) L. 2, § 6, D. de *poenis*.

(3) L. 23, D. de *poenis*.

(4) L. 13, tit. 24, lib. 8, R. C. Tampoco puede aplicarse á los eclesiásticos, sino por delitos muy graves. Tapia, t. 7, p. 167, n. 19, ed. 1846.

(5) L. 35, infine, tit. 4, P. 1, y G. Lop. glo. 8, l. 4, tit. 31, P. 7.

(6) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 92. La principal objecion que se hace contra las penas perpétuas, es que acaban la desmoralizacion del condenado, impidiendo su correccion; pero este inconveniente podria salvarse dejando la esperanza de que segun fuese la conducta la pena perpétua se convertiria en temporal.



119. Para seguridad de los presidiarios, ó como mortificación anexa, á esta pena suele agregarse en la misma sentencia la calidad de cargar cadena ó grillete (1).

### ARTÍCULO III.

#### DESTIERRO.

120. Los romanos conocian tres especies de destierro (2). El 1º dejaba la eleccion de los lugares, menos uno. El 2º fijaba el lugar, con exclusion de los demás. El 3º consistia en mandar el delincuente á una isla, con cadenas, *in vinculum insulæ* (3). Las Partidas distinguen deportados, relegados, y banidos. Deportado era el desterrado «por siempre en alguna isla onde non salga, e le toman demas todos los bienes.» El relegado no perdía los bienes, sinó que era destinado á un lugar «para siempre ó por tiempo cierto.» Banido era el «pregonado ó encartado por algun yerro que haya fecho» (4). El desterrado por tiempo cierto tenia pena del doble tiempo que quebrantó, si volvía sin licencia; y la muerte, si el destierro habia sido perpétuo (5). Por otra ley, solo el rey ó sus adelantados jenerales, podian imponer esta pena (6). Pero entre nosotros el destierro, está reducido á la espulsion ó confinacion cuando se señala al delincuente un paraje para su residencia, dentro

(1) L. 13, cit. de la Recop. El presidio perpétuo causaba muerte civil, segun las Partidas [L. 2, tit. 18, P. 4].

(2) En tiempo de la República no se desterraba á nadie, sinó que se prohibia el uso del agua y del fuego [Cicero, pro domo, n. 29]. Otras veces los mismos ciudadanos se desterraban voluntariamente. Es en este sentido que Cicero dice, *exilium non esse supplicium, sed, per fugium portusque supplicii pro* [Cecina].

(3) Esta era la deportacion de los Romanos. Por ella se perdía la patria potestad, y el derecho de testar. Se consideraba por lo tanto capital.

(4) Leyes 2, 3 y 4, tit. 18, P. 4.

(5) L. 10, tit. 31, P. 7, y tambien la L. 5, tit. 22, lib. 8, R. C.

(6) L. 5, tit. 31, P. 7.



ó fuera del territorio del Estado; y como cualquier otro castigo, corresponde ordenarlo á los tribunales mismos.

121. Esta pena tiene muchos partidarios. Becaria la queria universal, como en Atenas y Roma (1). Pero hoy no se aplica casi sinó en los delitos de los obispos, con ocupacion de sus temporalidades (2), ó en los politicos, donde no tiene los inconvenientes de los demas casos, porque un mal ciudadano en un país, puede ser muy bueno en otro (3).

## ARTICULO IV.

### SIMPLE PRISION.

122. Las leyes antiguas no conocian esta pena, que es hoy de las mas usadas. El reo ó era condenado á las obras públicas, ó puesto en libertad. La prision, decian, es demasiado incómoda para inocentes, demasiado suave para culpables: *Quod innocentibus miserum, noxiis non satis severam cognoscitur* (4). Fué el derecho canónico quien la introdujo en sus tribunales, porque parecia eminentemente á propósito para reducir al culpable á la penitencia, y de consiguiente á la enmienda (5).

123. La prision cuando va acompañada del trabajo, es un castigo que presenta muchas ventajas. De aquí, el sistema penitenciario, creado no hace cincuenta años en

(1) Delits et peines, chap. 17. Contra, Pastoret, Lois pénales, t. 1, p. 112, que la define el acto de enviarse de pueblo á pueblo la espuma de las sociedades.

(2) Gubernativamente, dice Tapia, t. 7, p. 170, n. 23, ed. 1846.

(3) Los E. Unidos y la Nueva Gales del Sud, formados con deportados, abonan en favor del sistema, practicado mas estonsamente [Morin, Rep. v. deportation, § 12, n. 21].

(4) C. Theod. lib. 9, tit. 23, § 1, l. 7, tit. 29, P. 7. Asi la prision de los acusados se llamaba *carcer*, la de los condenados *vincula publica*, *lathurnia*, equivalentes al presidio.

(5) F. Hélie, instr. crim. t. 1, p. 378. En las antiguas constituciones eclesiasticas las prisiones se conocen con el nombre de *decania*, y las *perpétuas rade in parv*. La iglesia no conservó este derecho sinó hasta el siglo XVI.



Estados-Unidos, y nuevo todavía en Europa. El fin de este sistema no es propiamente rejenerar al culpable, sinó impedir las reincidencias, imponiéndole hábitos de órden, é ilustrándole sobre sus verdaderos intereses. Los medios empleados son el trabajo en primer lugar, y en caso necesario el aislamiento (1).

## ARTÍCULO V.

### SERVICIO DE LAS ARMAS.

**124.** No hay pena mas frecuente entre nosotros. Este es el castigo de los vagos, ébrios, jugadores, ociosos, peones sin papeleta, de los que usan armas blancas, de los que compran las del Estado, de cien otros mas que seria largo enumerar (2). Los mismos destinados al presidio pueden por conmutacion de los tribunales serlo á las armas en ciertos casos (3). Este abuso no se esplica sinó por las necesidades siempre renacientes del ejército; porque en un país donde la desercion es tan fácil, las armas no son castigo para los presidarios, al mismo tiempo que son demasiada pena en la mayor parte de los casos espresados (4).

## CAPÍTULO IV.

### DE LAS PENAS INFAMANTES.

**125.** La infamia es la pérdida del honor, ó bien el descrédito y mala fama en que cae alguno. En las Partidas se encuentra un título de las «cosas que fazen los

(1) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 106 y siguientes.

(2) Véase n. 434 y siguientes.

(3) Ley de 27 Dic. 823, art. 3.

(4) Aquí deberíamos tratar tambien de los azotes, pero reservamos ocuparnos de esta pena como infamante.





omes porque valen menos», y otro de los «enfamados» (1). En el valer menos incurrian los que no cumplian el *pleito omenaje*, los hidalgos condenados á desdecirse, y todos los enfamados (2). Busquemos pues, en el siguiente, la esplicacion de esta palabra. Una de sus leyes dice, que hay dos clases de infamia, de hecho y de ley (3). Como infamia de hecho, pone la de los hijos naturales (4), la difamacion del hijo en el testamento del padre, la difamacion del súbdito por el rey en público, la devolucion de las cosas tomadas por fuerza ó hurto, y la notoriedad (5). Como infamias de ley, se menciona el adulterio, el incesto con la nuera, y el matrimonio de la viuda antes de pasar un año (6). Parece que aquí debieran acabar las infamias; pero la ley siguiente, registra otros infames que llama de *derecho* y son los alcahuetes, juglares, gladiadores, los caballeros que cometen un delito ó comercian, los sodomitas, los perjuros, concluyendo con estas palabras singulares, «por cualquier destas razones es enfamado el ome tan solamente por el *fecho*, maguer non sea dada sentencia, porque la ley e el derecho lo enfama» (7). Pero esto misino no es todo. Otra ley sigue enumerando varias infamias por *sentencia*, y dice que es infame el condenado por traicion, adulterio, hurto, robo, engaño, cohecho ú otro yerro porque se diese pena de feridas ú otra pena pública» (8). En las Recopiladas no hay leyes espresas sobre el particular: pero algunas agregan á los delitos infamantes las asonadas y desafíos (9).

(1) Tit. 5 y 6, P. 7.

(2) L. 2, tit. 5, P. 7.

(3) L. 1, tit. 6, P. 7.

(4) Las leyes Recopiladas han declarado despues á los espósitos capaces de honores y cargos [ed. 23 Enero, de 1794].

(5) L. 2, tit. 6, P. 7.

(6) L. 3, tit. y P. cit. y 3, tit. 12, P. 4. Este ultimo caso se halla abolido tambien por las Recopiladas (L. 3, tit. 1, lib. 5, R. C.)

(7) L. 4, tit. 6, P. 7.

(8) L. 5, tit. 6, P. 7.

(9) Auto 1, tit. 8, lib. 8, R. C.



**1176.** Los efectos de la infamia eran perder las dignidades y honras, incapacidad para adquirir otras, y no ser admitidos como acusadores ni testigos, aunque bien podian ser guardadores testamentarios y jueces árbitros (1).

**1177.** Entre nosotros está abolida la infamia trascendental por un artículo de la Constitución (2), pero por lo mismo parece subsistir la personal, que es la que puede atribuir á la persona el delito ó la pena. Así otro artículo dice, «se suspenden los derechos de ciudadanía por estar legalmente procesado en causa criminal, de que pueda resultar pena corporal ó infamante» (3); y otro agrega, que los derechos de ciudadanía se pierden «por sentencia que imponga pena infamante» (4). Difícil seria asegurar si los autores de estos artículos tuvieron presentes las leyes españolas al redactarlos, y mas difícil saber cuales son las que que quedan en pié. ¿Hay acaso penas infamantes, ha dicho Rossi? La conciencia pública comprende y juzga la inmoralidad de las acciones, mejor que la justicia penal. Una de dos cosas, pues, ó la opinion flexible á las impulsiones de la ley, declara tambien infame el autor del hecho, ó como sucede principalmente en materia política, rodea de sus homenajes al declarado infame por los tribunales. En el primer caso, el legislador hace una cosa inmoral y peligrosa. En el segundo, un acto inútil (5).

**1178.** Toda infamia de hecho ó de derecho puede quitarse por indulto, de que hablaremos despues (6), ó por sentencia, en los casos siguientes: 1º cuando solo correspondia pena pecuniaria, segun la ley; 2º cuando el juez aumenta ó disminuye la pena corporal determinada por la

(1) L. 7, tit. 6, P. 7; 1, tit. 5, P. 7 y 8, tit. 16, P. 3.

(2) Art. 159, Constitución.

(3) Art. 12, inciso 5º.

(4) Art. 13.

(5) Derecho penal, t. 3, p. 189. La infamia en el derecho francés se conoce con el nombre de degradacion civil, y se divide en principal y accesoria.

(6) N. 106 y siguientes.



## CAPÍTULO V.

### DE LAS PENAS PECUNIARIAS.

**131.** Penas pecuniarias son todas las que recaen sobre los bienes del delincuente, con destino al fisco ú obras pias (1). Divisibles hasta lo infinito, estas penas convienen á cierta clase de delitos, aunque en la práctica sea difícil obtener la igualdad (2).

## ARTÍCULO I.

### CONFISCACION JENERAL.

**132.** La confiscacion jeneral es imposible entre nosotros, porque abolida desde los principios de la independencia, la resiste tambien la Constitucion del Estado (3). La confiscacion, mas que pena, es una amenaza social, que castiga en los herederos las faltas de sus ascendientes. El emperador Justiniano decia con razon al jurisconsulto Triboniano: «conviene que pongas todo cuidado en castigar á los que lo merecen, sin llegar á sus bienes, porque no son las cosas las que delinquen, sinó los que las poseen» (4). El mismo derecho exceptuaba sin embargo el delito de lesa majestad, y las Recopiladas avanzando todavia sobre este camino seguido por las Partidas, hicieron de la excepcion la regla jeneral. Sus leyes castigan con la confiscacion la herejia (5), la sodomia y bestialidad (6), el suicidio (7), la falsificacion de moneda (8), la muerte de un

(1) V. n. 136.

(2) Bentham, *teoría de las penas*, p. 340.

(3) Art. 159, Constitucion.

(4) Nov. 17, c. 12. V. L. 5, tit. 31, P. 7 y 2, tit. 2, P. 7.

(5) L. 1, tit. 21, lib. 8, R. C.

(6) Ley cit.

(7) L. 4. tit. 23, lib. 8, R. C.

(8) L. 67, tit. 21, lib. 5, R. C.

majistrado (1), la reincidencia en la usura (2), el duelo (3), el matrimonio clandestino (4), el incesto dentro del cuarto grado (5). Lo que distingue principalmente la confiscacion, es la adjudicacion al Fisco (6). La aplicacion de varias multas, aunque consumiesen toda la fortuna, no mereceria este nombre (7).

## ARTÍCULO II.

### CONFISCACION ESPECIAL.

**133.** La Constitucion cuando prohíbe la confiscacion se refiere á la jeneral, no á la de objetos particulares, producto ó instrumentos del delito. Esta distincion consagrada por la jurisprudencia, y leyes expresas (8), no puede considerarse derogada por el articulo constitucional. La confiscacion que ellas establecen no es mas que una medida de seguridad, afecta á la cosa misma, y por lo tanto ejecutable en manos de los sucesores, como de un tercero (9).

## ARTICULO III.

### DE LA MULTA.

**134.** La multa, como hemos dicho, graduada en una justa proporcion, tiene efectos útiles, y conviene perfecta-

(1) L. 1, tit. 22, lib. 8, R. C.

(2) L. 4, tit. 6, lib. 8, R. C.

(3) L. 10, tit. 8, lib. 8, R. C.

(4) L. 1, tit. 1, lib. 5, R. C.

(5) L. 3, tit. 18, P. 7.

(6) Sobre los derechos de los acreedores en caso de confiscacion, v. L. 10, tit. 2, P. 3. y gl. 8.

(7) Rossi dice, que es difícil espresar por cifras el limite entre la multa y la confiscacion (t. 3, p. 212).

(8) L. 21, tit. 7, lib. 2 y 28, tit. 23, lib. 4, R. C.

(9) Morin, Rep. v. confiscacion, n. 5. La confiscacion del objeto no puede sin embargo convertirse en la confiscacion de su valor, (Chauveau Adolphe, t. 1, p. 198).





mente á ciertos delitos (1). La dificultad está en la práctica. El derecho romano admitía la multa como pena en ciertos delitos (2): pero los juriscultos declaraban nulas *ipso jure* las excesivas (3): pudiendo el juez disminuirlas y perdonarlas del todo á los pobres (4). Era prohibido además convertirlas en corporales (5). Las Partidas dicen por toda regla, «los juzgadores deben çatar quando dan pena de pecho, si aquel á quien la dan ó la mandan dar, es pobre ó rico. Ca menor pena deben dar al pobre que a rico, porque manden cosa que pueda ser cumplida» (6). Las mismas multas fijadas en otras leyes, se han convertido en arbitrarias, á causa de los cambios de la moneda (7).

**135.** Toda la teoría pues de esta materia se reduce á que la multa sea proporcionada á la fortuna de los delinquentes. Para alcanzar este resultado, Filangieri y Bentham proponen determinar, no la suma, sinó la porcion de la fortuna que quita la pena (8); pero el décimo de sus bienes para el poseedor de un millon, no es lo mismo que para el que no tiene mas que mil pesos; fuera de la enojosa que es siempre toda liquidacion de bienes (9). El mejor sistema seria fijar un límite avaluado segun las fortunas medias, ó un *máximum* y un *minimum*, dejando al juez

(1) Por ejemplo en los delitos de los empleados, y ordenanzas de policía. Como accesoria puede aplicarse á delitos mas graves.

(2) L. 131, D. de verb. signif.

(3) Farin, q. 18, n. 29.

(4) Lo mismo disponen el Cod. Prusiano, art. 85, y el Aust. art. 25 y siguientes.

(5) Farinacio, discute esta cuestion y la resuelve negativamente, [q. 18, n. 25.] Tiraquello se espresa así, *propter inopiam solvendi multam, non fit mutatio ipsius muletae in corpus*. Esta pena por lo demas nunca era infamante. *Non mulcta, sed causu, infamiam irrogat.* [l. 4, § 4, D. dehis qui not. inf.]

(6) L. 8, tit. 31, P. 1. *Mitius est agendum cum pauperibus, quam cum divitibus, cum agitur de pena pecuniaria*, decla [Tiraquello, de penis, temp. 137.

(7) Con el descubrimiento de la América, dice Tapia, se aumentó el número y disminuyó su valor, [t. 7. p. 183, n. 8, ed. 1816].

(8) Bentham, p. 340, Filangieri, lib. 2, p. 2.

(9) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 182.

proporcionar la condenacion al grado de la falta (1). Nosotros, buscando una garantia contra la arbitrariedad, hemos reservado al cuerpo legislativo el derecho de imponerlas, con excepcion de las moderadas, que pueden determinar el Poder Ejecutivo y Superior Tribunal (2).

**136** Cuando el delincuente no puede pagar la pena pecuniaria, se acostumbra convertirla en corporal, segun la máxima, *quod non habens in bonis, luat in corpore*. De ello tenemos varios ejemplos en las mismas leyes (3). Sin embargo, los juriscultos antiguos, ó negaban esta facultad (4): ó creian que no era aplicable á las multas (5). Entre nosotros está mandado últimamente que los jueces no compongan delitos, sinó en casos muy particulares, de conformidad de partes, y en que no se interese la causa pública; y que las condenaciones pecunarias no se apliquen nunca á personas particulares (6).

**137**. La multa es una pena, y como tal, no pasa á los herederos (7), ni puede acumularse, sinó en los casos determinados por las leyes (8). Es tambien individual, es decir, aplicable á cada uno de los autores del delito (9), exceptuando el caso en que el lejislador ha medido la multa por el daño causado, ó aquel en que los acusados formen un ser moral, una sociedad colectiva (10).



(1) Rossi, derecho pen. p. 213, t. 3, y Lucas, du systéme pénal, p. 204. El código brasilero atiende á la renta ó jornal [art. 255].

(2) Art. 150 de la Constitución.

(3) L. 25, tit. 14, P. 7, y 5, tit. 26, P. 7. En el derecho romano la L. 1. D. poenis y L. ún. D. de in jus vocand.

(4) Farin, q. 18, n. 57.

(5) Tiraquello, de pen. temm. 137.

(6) L. 17 y 22, tit. 8, lib. 7, R. Y. Contrá, Real instr. de 16 de julio de 1806, que es la ley 20, n. 5, tit. 41, lib. 12, Nov. R.

(7) A menos que haya cosa juzgada, á la muerte del causante, (Morin, Rep. v. amende, § 2, n. 4).

(8) Como en la reincidencia, (Morin, loc. cit. n. 5.)

(9) La solidaridad es de derecho en materia criminal.

(10) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 195.

## ARTÍCULO IV.

## COSTAS EN LO CRIMINAL.

**130.** Se llaman costas los gastos que se hacen en las causas civiles ó criminales. Por regla jeneral, el litigante que sucumbe, sea actor ó reo, es quien debe pagar las causadas al vencedor (1), siempre que resulte haber litigado de mala fé (2). Esta misma regla se aplica en lo criminal (3); pero con algunas diferencias. Si la acusacion es de oficio, el Estado sufre todos los gastos (4). Si por querrela de parte, el acusador vencido debe ser condenado en ellos, ó viceversa el acusado si resulta culpable (5). Lo mismo sucede en la apelacion, por el hecho de confirmarse la sentencia, pero no si se revoca (6). Las costas se tasan mas bien de *menos* que de *mas* (7); y en lo civil como en lo criminal, puede pedirse reduccion de su valor (8). La condenacion en fin, es solidaria, si son varios los reos (9).

(1) *Omnes iudices qui sub imperio nostro sumt, decian las Decretales, sciunt ritum in expensarum causa victori esse condemnandum*, [P. 1, 13, § 6, Cod. de Judic.].

(2) L. 8, tit. 22, P. 3, 7, tit. 17, 1, tit. 22, lib. 4 y 30, tit. 20, lib. 2, R. C. Se considera de mala fé el acusador cuando no presenta mas que un testigo, pero no cuando los testigos son reprobados, *ratione personarum*, [G. Lop. gl. 3, l. 39, tit. 2, P. 3].

(3) L. 113, del Estilo y Lop. gl. 1. á la 1.8, tit. 22, P. 3.

(4) Este es un defecto del derecho, pues cuando el acusado resulta culpable, era natural que sufriese todas las consecuencias del delito. No así en el otro caso, porque los gastos de una informacion judicial, no son como los daños, la consecuencia inmediata del hecho del acusado, sinó que toma su origen en la accion ejercida por la sociedad [Chauveau Adolphe, t. 1]. La sociedad en este caso debería mas bien abonarle sus gastos, pero las leyes dicen que el Ministerio no paga costas, [L. 12, tit. 13, lib. 2, R. C. y 30, tit. 20, lib. 2, R. C.].

(5) L. 14, tit. 8, lib. 2, R. C. Si reo el fuese contumaz, v. la 2ª parte, n. 183 y siguientes. El reo absuelto no debe ni carcelaje, [L. 11, tit. 20, P. 7].

(6) L. 27, tit. 23, P. 3, 7, tit. 17 y 1, tit. 22, lib. 4, R. C.

(7) L. 3, tit. 22, lib. 4, R. C.

(8) Arancel de Oct. 11 de 1853, art. 5 y 62.

(9) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 225.



## ARTÍCULO V.

## DAÑOS Y PERJUICIOS.

**139.** La aplicación de una pena corporal no basta siempre para expiar un delito, porque este ha podido al mismo tiempo perjudicar intereses privados. El resarcimiento de estos intereses es lo que se conoce con el nombre de daños y perjuicios (1). Antiguamente comprendía también esta palabra los daños «que ome rescibe en sí mismo» (2). Así, empujar y causar la muerte de alguno, que era homicidio en el hombre libre, se convertía en daño, tratándose de un siervo (3). En este mismo tiempo, los daños causados por los animales, constituían *casi delito* (4).

**140.** Los daños deben ser la consecuencia inmediata del delito, derivarse del mismo hecho acusado, existir actualmente, y que el que reclama tenga derecho formado á comprobar aquel. Consecuencia directa, porque este es el carácter de toda acusación. Derecho formado, porque no basta que el delito pueda sernos un día perjudicial, sino que es preciso que se resientan ya sus efectos (5). Así, el delincuente no respondería de los daños inferidos á otro por el Ministerio, creyéndolo autor del delito; ni de los que procediesen de una acción que hubiese hecho necesaria el agresor, á menos que hubiese exceso en la defensa, en cuyo caso se deberían solo *pro ratione excessus*; ni por hechos, en fin, no contenidos en la acusación (6). No hay

(1) Daños y menoscabos, dicen las Partidas, [L. 3, tit. 6, P. 7]. Que es el *damnum emergens* y *lucrum cessans* de los Romanos, [L. 13, D. *ratam rem hab.*]

(2) Con relación á los siervos, L. 1, tit. 15, P. 7, tomada de la famosa ley Aquilia.

(3) L. 20, tit. 15, P. 7. En otra parte la ley dice, «daños non son robos sin furtos, nin fuerza» [Proem. tit. cit.]. Según Tapia, los daños mas bien que pena, son recompensa dictada por la razón. [t. 7, p. 484, n. 10, ed. 1846.]

(4) Véase las leyes 21 y siguientes, tit. 15, P. 7.

(5) Merlin, *quest. de droit*, v. *question d'état*, § 1.

(6) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 201 y 207, y Merlin, v. *reparation civile*.



que confundir tampoco las restituciones con los daños, ni aplicar al derecho criminal las leyes que estiman estos, mirando hácia atras, como entre los romanos la ley Aquilia (1).

## CAPÍTULO VI.

### EJECUCION DE LAS PENAS.

**141.** La ejecucion de las penas hace nacer algunas dudas que es conveniente reunir aquí, porque tienen su solucion en las reglas jenerales de que nos ocupamos.

### ARTÍCULO I.

#### EJECUCION DE LAS PENAS CORPORALES.

**142.** La pena de muerte desde los romanos tuvo muchos grados de crueldad (2), pero hoy está reducida al simple fusilamiento, ó muerte á bala (3), que debe tener lugar públicamente (4), en el paraje que designe la sentencia, ó el Ejecutivo (5) «porque los otros que lo viesen ó lo oyesen, dice la ley, reciban ende miedo ó escarmiento» (6). La ley que mandase ejecuciones secretas, no obraria sinó parcialmente; renunciaria á uno de los efectos secundarios de la pena, que tiene mas poder: heriria opiniones arraigadas en las creencias populares: imprimiria á la ejecucion

(1) Chauveau Adolphe, t. 1. p. 200.

(2) Entre los Romanos podia matarse, por ejemplo, mediante una infusion de bierro líquido en la boca. [C. Theod. lib. 1, de raptu virg.], y por las leyes españolas quemando, ahogando y ahorcando.

(3) La misma suspension en la horca se ha prohibido últimamente. [Ley de Junio 21 de 1859, art. 3.]

(4) Con excepcion de los dias festivos.<sup>1</sup>

(5) Prefiriéndose el lugar del delito, porque en las personas que han conocido el culpable y oido los detalles del hecho, la impresion es mas profunda Véase entre nosotros la acordada de 24 de Dic. de 1853.

(6) L. 11, tit. 31, P. 7, y 5, tit. 28, P. 3.



un carácter odioso; y abriría camino, sobre todo en tiempo de tormentas políticas, á la desconfianza y numerosas preocupaciones (1).

143. Si la que debe ser fusilada, es una mujer que está en cinta (2), la ejecucion se suspende hasta el parto, «ca, dice la ley, si el hijo que es nacido non debe rescibir pena por el yerro del padre, mucho menos la merece el que está en el vientro por el yerro de su madre» (3); y segun los doctores, lo mismo debe practicarse con cualquiera otra pena, ó su notificacion, capaz de producir algun peligro á la madre ó al niño (4).

144. La ley sea que lo haya juzgado inútil, sea omision, no vijila este acto, entregado á la tropa, escribano, oficial de justicia y verdugo, sin que haya ninguno con carácter bastante para levantar los obstáculos que pueden nacer en la práctica, y que en efecto han tenido lugar (5).

(1) Mittermayer, *Revue de legisl.* 1835, t. 2, p. 209. El célebre Orolan, es de opinion contraria. «Las costumbres que progresan, dice, no quieren la publicidad de la ejecucion, y el mal que enjendra, indica que es tiempo de hacerla cesar. La publicidad ha sido ordenada para ejemplo principalmente, pero el ejemplo saludable en nuestros tiempos se propaga á lo lejos por la publicidad de los debates y de la condenacion. El espectáculo físico no es mas que un ejemplo pernicioso». [*Elém. de droit pénal*, n. 1932]. De acuerdo con estas ideas, en ciertos Estados de Alemania la ejecucion se hace en la cárcel misma, á hora fija, en presencia del juez, de dos doctores en medicina, doce testigos, y un eclesiástico.

(2) Basta que lo parezca, aunque no lo declare, y no importa que se haya embarazado *in ipso carcere*. [*Voet. ad Pand. lib. 48, tit. 19, n. 5*].

(3) L. 11, tit. 31, P. 7, 5, D. de panis, non debet calamitas matris et nocere qui ventre est.

(4) J. Clarus, q. 51, n. 16. Así, los autores agregan los siguientes casos: 1º cuando el sentenciado tiene que dar cuenta de una administracion importante, y la dilacion ha de ser breve; 2º si el condenado tiene pendiente alguna acusacion grave contra otro, ó si en el acto de la ejecucion declara cómplices y no hay tiempo para carearlo con ellos; 3º cuando el reo que debia ser ahorcado cae en tierra, sin que haya fraude en esto «por el milagro que en ello hay» [*Curis*, P. 3, § 17, n. 17, y Pothier, *proced. crim.* n. 166]; 4º si sobreviene la demencia [*J. Clarus*, q. 60, v. *sed quæro*, *Voet ad Pand. lib. 48, tit. 19, n. 5*].

(5) Véase & Viscaino, *Pract. crim.* t. 3, n. 356.





El escribano asociado al oficial de justicia, solo asiste para redactar la acta de la ejecucion, y dar cuenta al tribunal (4); el verdugo para la ejecucion material (2); la tropa para que no sea resistida (3). Despues de la ejecucion, el cadáver se entrega á la familia si lo reclama, ó cofradías destinadas á este objeto, para darle sepultura, sin aparato alguno (4).

**145.** La ejecucion de las demás penas corporales no tiene particularidad. El presidio no es como dijimos mas que una prision con trabajos públicos, y tanto en él, como en el destierro, determina el lugar y la clase de trabajos, la sentencia misma, ó el Ejecutivo. El servicio á las armas consiste en mandar al condenado á un cuerpo veterano, despues que el Tribunal pone el reo á disposicion del Gobierno. La prision simple se cumple en la cárcel misma estando prohibido destinar los reos á cuarteles, ú otros lugares. En estas penas es regla jeneral que se sufren sin interrupcion (5).

## ARTICULO II.

### EJECUCION DE LAS PENAS INFAMANTES.

**146.** Poco tenemos que agregar á lo que dijimos, es-  
plicando la naturaleza de estas penas (6). Propiamente, ellas pertenecen á las corporales, si bien por la calidad que imprimen, las estudiamos aparte. Les comprenden pues las

(1) Véase la 2ª parte, n. 167 y 168.

(2) Siendo suyas las ropas del reo, dice la ley. [L. 2, tít. 23, lib. 4, R. C.] Antes se vendian y su valor se destinaba á usos publicos. [Voet ad Pand., lib. 48, tít. 24].

(3) Véase la ordenanza militar.

(4) L. 7, in fin. tít. 13, P. 1, y Voet ad. ad Pand. lib. 48, tít. 24.

(5) Chauvesu Adolphe, t. 1, p. 244. Si una ó mas condenaciones pesan sobre el individuo, y la segunda es por un hecho posterior, las penas se acumulan [v. el n. 163 y 164.] Si el hecho es anterior, se aplica la mas fuerte [v. el n. 165].

(6) Suprá, n. 130.

mismas reglas. Ninguna puede ejecutarse, aunque el condenado no apele, sin consultar al Tribunal. Ninguna empieza á correr tampoco ni adquiere carácter de irrevocabilidad, hasta entonces (1). Si hay apelacion, y esta es rechazada, el término no corre sinó desde la sentencia última, aunque el recurso lo deduzca solamente el Ministerio. En general tambien, la ejecucion de estas penas, como de las anteriores, requiere el concurso de las dos autoridades. Mientras no se suscitan contestaciones, la operacion es puramente administrativa. Pero si nacen, la competencia del Ejecutivo cesaria, y tocaria decidir al Tribunal mismo que pronunció la sentencia (2).

### ARTÍCULO III.

#### EJECUCION DE LAS PENAS PECUNIARIAS.

**147.** Las multas eran destinadas antiguamente, unas veces á formar lo que se llamaba fondos de Cámara; otras, á objetos piosos; y en los últimos tiempos entraban al tesoro público, como sucede todavía. La cobranza se hace ejecutivamente (3), sin admitir recurso alguno, antes de verificar el pago en tesorería ó receptoria (4). La condenacion puede ser á favor de la parte por los daños, ó del fisco. En el primer caso, si el reo está en la cárcel, no se suelta, aunque ofrezca caucion idónea, ni puede ceder sus bienes, ni dársele término para pagar, sinó que debe ser compelido al abono *stat in vel intra modicum tempus arbitrio judicis* (5). En el segundo, la prision debe tener

(1) Regl. just. año 17, c. 3. art. 11. Contrá, dec. sobre abijeato, Enero 19 de 1825, art. 3.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 257.

(3) Pudiendo emplearse hasta la prision. «Prendanle por ello todo su cuerpo, si non ha bienes de que la pague» [L. 99, del Estilo]. Esto debe entenderse sin embargo con las excepciones del derecho civil. Lo contrario necesitaría una derogacion expresa, como en materia comercial.

(4) Auto 2, tit. 26, lib. 8, R. C.

(5) J. Clarus, q. 95, n. 1, y 5. Con intervencion del curador si es menor el condenado [Chauveau Adolphe, t. 1, p. 481].



un término, en el reo insolvente, despues de cumplida la pena corporal (1).

## CAPÍTULO VII.

### DE LA AGRAVACION DE LAS PENAS.

**148.** Hemos hecho conocer ya las diferentes penas admitidas en nuestra legislacion, y el modo de ejecutarlas. Tócanos ahora señalar las causas que pueden agravarlas.

## ARTÍCULO I.

### DE LA REINCIDENCIA.

**149.** La reincidencia, como lo indica su etimología, es el hecho de caer en una nueva falta, de cometer otro delito, despues de la primera condenacion (2). Casi todas las legislaciones reconocen esta circunstancia agravante, porque han visto en la repeticion del delito el sintoma de una perversidad mas activa. En el Dijesto y Código hay muchos textos que fijan penas mas severas en estos casos (3); y sus intérpretes tenian por máxima: *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum, et delinquentem acrius puniendi*: bastando, segun ellos dos actos para establecer la costumbre, *quod enim bis fit, frequenter fieri dicitur* (4). La naturaleza misma de la pena podia cambiarse por la reincidencia: asi el tercer hurto por mínimo que fuese tenia pena de muerte (5). Nuestras leyes no sientan regla ninguna jeneral á este respecto, si bien muchas preveen

(1) Nuestras leyes, sin embargo, nada disponen á este respecto.

(2) En el derecho canónico se llama *relapso* al reincidente.

(3) L. 28. § 3, D. de penis, L. 1, D. de jure patronatus, 1, 3, C. de episc. audientia, y L. 8, § 1, C. ad leg. Jul. de vi.

(4) Farin, q. 18, n. 80.

(5) Farin, q. 23, n. 1. *Consuetudo delinquendi facit delictum; altus non capitale, capitale reputari* [l. 1. Cód. de supereract].



el caso de reincidencia, y agravan proporcionalmente la pena. De aquí ha resultado, que en la práctica, el juez se limita á agregar testimonio de las condenaciones anteriores, para darles á su tiempo un valor arbitrario (1). En este vacío nos limitaremos á enunciar con los criminalistas las cuestiones mas frecuentes de materia tan importante.

**150.** La primera es la de la legitimidad misma de esta agravacion. Muchos creen que con ella se viola la regla, *non bis in idem*, que es una de las bases de la legislacion. Pero á esto puede contestarse, que en la reincidencia no es del primer delito que se pide cuenta al delincuente, sino del segundo, que se produce con una circunstancia que agrava la culpabilidad. Todo delito además, tiene dos elementos, la materialidad del hecho, la moralidad del agente. El primero es invariable, pero el segundo puede tener muchos grados. Para poner la pena en relacion con la culpa, se han inventado las circunstancias atenuantes. ¿Por qué la perversidad de carácter y hábitos criminales no entrarian tambien en la balanza? (2).

**151.** La segunda es sobre los límites que debe tener esta agravacion. Si la reincidencia se castiga mas severamente es porque se considera como una presuncion de hábito. *Iteratione augetur delictum*, dice Godefroi. Pero no puede haber hábito cuando los delitos son distintos. Así, en el derecho romano, la reincidencia solo agravaba la pena, *Si in eisdem sceleribus perseveret* (3). Esto no quiere decir que los dos hechos deben revelar una completa identidad. Basta que ambos sean el resultado de la misma pasion: ó del mismo jénero de corrupcion, como sucede en los delitos de una misma clase (4).

(1) Goyena, Cód. crim. t. 1.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 282 y 283.

(3) L. Un: Cód. de supereract, in *codem vel simili genere mali*, dice Farin, q. 23, n. 30. Esta es tambien la disposicion de los Códigos del Brasil, Austria y Prusia, Chauveau Adolphe, t. 1, p. 284.

(4) Ortolan, admite lo que llama reincidencia jeneral ó reiteracion [Eliem. n. 1197].





**157.** La tercera es sobre el intervalo que debe mediar entre los dos delitos. ¿Cómo reunir dos acciones separadas por un largo tiempo, para sacar la prueba de la obstinacion criminal que constituye la reincidencia? Los antiguos jurisconsultos no hacian pasar los efectos de la reincidencia de tres años, porque si el delincuente, dice Farinacio, *perditum tempus bene et laudabiliter vixerit cessat præsumptio quod semel malus, iterum presumitur malus* (1). Cuando la perpetracion en efecto de dos delitos tiene lugar en dos épocas remotas entre sí, no puede suponerse que el delincuente ha sido arrastrado por un hábito depravado, que establece la presuncion de perversidad, con que la ley rodea el segundo hecho (2).

**158.** La cuarta es sobre la necesidad de una condenacion anterior. *Si ita correcti*, decia la ley romana (3); lo mismo sostiene Farinacio, *alias sine tali punitione*, dice, *reiterando delictum non possit dici incorregibilis* (4); y tal es en efecto el verdadero motivo de la regla. Toda la legitimidad de la agravacion reside en esta advertencia de la primera condenacion. Sin ella no hay prueba ninguna de que la primera pena ha sido impotente (5).

**159.** En esta materia es regla tambien que la agravacion debe ser de la misma clase de pena (6), y que en igualdad de circunstancias la proporcion con que se eleve por la reincidencia, debe ser menor que en el caso de acumulacion de delitos (7).

## ARTÍCULO II.

### DEL TIEMPO Y LUGAR.

**155.** Esta agravacion nace de cometerse el delito de noche,

(1) Farin, q. 23, n. 26.

(2) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 286.

(3) L. 28, D. poenis.

(4) Farin, q. 18, n. 9. Contré Gomez, de delictis c. 5, tit. de furt. n. 9.

(5) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 295.

(6) Rossi, derecho penal.

(7) Ortolan, Elem. de droit pénal.

en el campo, en la iglesia ó en los caminos. Sobre la primer circunstancia la ley dice espresamente, que el delincuente merece mayor pena, porque «de noche pueden nacer muchos peligros ende e muchos males» (1). Como se vé, la circunstancia de la noche aislada de toda otra, no es agravante por sí misma, sinó que necesita ser acompañada de peligro. ¿Pero qué es la noche? Unos dicen que el intervalo comprendido entre salir y ponerse el sol (2). Otros recurringen á la hora en que los habitantes de cada localidad acostumbran entregarse al reposo. Segun otros comienza inmediatamente despues del crepúsculo de la tarde, y acaba despues del de la mañana. Nos parece mejor atenerse á las sombras reales, porque lo demas es sustituir una noche ficticia á la verdadera. Así G. Lopez, dice que debe llamarse noche aunque haya luna ó estrellas, *si propter impedimenta nubium non dant lucem* (3).

**156.** Las otras circunstancias tienen lugar en el *abijeato*, ó hurto de ganados en el campo, al punto que las mismas leyes que decian, que por hurto no debía matarse ni cortarse miembro (4), aplican la muerte al hurto habitual de ganado (5); en el *sacrilegio*, ó hurto de cosas sagradas ó en lugar sagrado, que puede subir tambien hasta la pena capital, si bien su castigo mas comun es la escomunion, cárcel, destierro y multas, segun los hechos y personas (6); en el *salteamiento* de los caminos públicos, *contra ome viandante*, «ca los caminos e los labradores con sus cosas seguros deven ser» (7); y por último en todos

(1) L. 8, tít. 31, P. 7 y L. 12, tít. 18, P. 1, ibi «si fué de dia ó de noche».

(2) *Orto sole* [Exod. c. 22, n. 2 y 3].

(3) Gl. 11, L. 8, tít. 31, P. 7. Segun la ley inglesa la noche existe siempre que el alba ó el crepúsculo no permite distinguir la cara de un hombre.

(4) L. 18, tít. 14, P. 7.

(5) L. 19, tít. 14, P. 7, v. L. 10, tít. 14, lib. 4, F. R. y entre nosotros la Acordada de 3 de Julio de 1823, y decr. de Enero 19 de 1825. Sobre la palabra *campo*, v. L. 8, tít. 33, P. 7. Se define toda tierra fuera de poblacion.

(6) LL. 1, 2, 3, 4, 5 y 6, tít. 18, P. 1.

(7) L. 18, tít. 4, lib. 4, F. R. Las Partidas igualan estos ladrones á los corsarios, L. 18, tít. 14, P. 7. Por las Recopiladas se comprenden los caminos *caudales* ó reales, ferias y mercados [L. 1, tít. 12 y 13, tít. 9, lib. 8, R. C.] V. el n. 429 y siguientes.



los delitos cometidos «donde juzgan los alcaldes, ó en casa de algun su amigo que se fió en él» (1).

### ARTÍCULO III.

#### DEL NÚMERO Y CALIDAD DE LAS PERSONAS.

**157.** El número de las personas que cometen un delito, ó de las víctimas que él hace, es otra circunstancia agravante, en el primer caso por la facilidad que presta la concurrencia y el terror que infunde: en el segundo por el mayor mal social que se infiere, y el grado de perversidad que muestra el acusado (2). Pero debe tenerse cuidado de no confundir esta circunstancia con la complicidad en jeneral. Solo hacen número los que asisten y concurren al delito. Así, todo cooperador es cómplice, pero no todo cómplice es cooperador (3). Lo mismo sucede con el número de víctimas, que en ciertos casos no es agravacion del delito, sinó acumulacion de varios (4).

**158.** La calidad de las personas era antes una materia muy vasta, pero nuestro sistema de gobierno, estableciendo la igualdad, ha simplificado la materia. La ley penal no conoce gerarquías, no se ocupa sinó de la falta del delincuente, que debe ser una misma para todos (5). Esta igualdad sin embargo, no excluye como vimos antes (6) ciertas consideraciones de edad, sexo y aun posicion social (7). No excluye sobre todo las consideraciones que se deben á la víctima, porque ellas están ligadas

(1) L. 8, tit. 31, P. 7.

(2) L. 20, tit. 14, P. 7 y 15, tit. 4, lib. 4, R. C. Si son muchos, sin embargo, « como de cuarenta arriba, conviene amanzar la justicia, castigando solo á los jefes » dice la L. 50, tit. 5, P. 1.

(3) La complicidad, como hemos visto, se constituye tambien por la provocacion al delito, por las facilidades dadas para prepararle ó consumarle [n. 31 y siguientes]. Estas circunstancias en nada pueden influir sobre la agravacion de la pena, porque faltaria la razon de ella.

(4) Véase n. 163 y 164.

(5) Art. 146 de la Constitucion.

(6) N. 111.

(7) Las injurias y violencias contra los magistrados, por ejemplo, son mas



estrechamente con el orden social, y no pocas tienen su fundamento en el mismo orden natural, como el caso de los padres y superiores de cualquier jénero (1).

## ARTÍCULO IV.

### MANERA DE EJECUTAR EL DELITO.

**159.** De todas las circunstancias que mas han merecido la atencion del legislador para agravar la pena, la principal es la alevosía; pero no se ha cuidado de determinar el alcance de esta palabra. Las Partidas distinguen la alevosía de la traicion, segun es el rey ú otro hombre el atacado (2). Las Recopiladas usan indiferentemente de los dos vocablos (3). Segun la ordenanza militar, alevosía es todo *caso pensado* (4), y tal es en efecto su verdadero carácter (5). La alevosía requiere esencialmente designio formado de antemano, premeditacion siempre, aunque en diferentes grados (6).

**160.** Modifican tambien mas ó menos el delito, la efraccion, el escalamiento, las llaves falsas, la violencia, el escándalo,

graves que contra los particulares, porque en ellos se ataca indirectamente á la autoridad. [L. 7, § 3, D. de injuriis y 3, tit. 22, lib. 8, R. C. al que denostare etc. V. tambien n. 211 y siguientes]. Pero el derecho romano requería para esto, que el ultraje se hiciese en el ejercicio de sus funciones, ó por lo menos *contemplatione officii* [Farin, q. 17, n. 38]. La ley iba hasta suponer al majistrado revestido de sus insignias [L. 4, C. de injuriis]. Esta limitacion es justa. En las injurias á la vida privada, el majistrado no debe pretender sinó á las garantías de los demás ciudadanos. Segun los mismos criminalistas el juez, acompañado, debe conocer de estos hechos [J. Clarus, q. 35, n. 30]; pero esta doctrina seria hoy inadmisibile.

(1) L. 8, tit. 31, P. 7. Así, el homicidio tiene el nombre de parricidio si recae en los padres, y de infanticidio en los hijos.

(2) LL. 1 y 8, tit. 2, P. 7.

(3) LL. 2, 7 y 10, tit. 23 y 10, tit. 26, lib. 8, R. C. La L. 2, sin embargo, señala menor pena á la *alevosía* que á la *traicion*.

(4) Trat. 8, tit. 10, art. 64.

(5) De aquí viene la agravacion de pena en el homicidio cometido fuera de peles, ó hiriendo y acometiendo por la espalda, en el asesinato ó homicidio ejecutado por dinero, y en el envenamiento preparado con ánimo doloso.

(6) V. el n. 313. *In animo occiditis ex intervallo antequam committamur.* [Farin, q. 126, n. 14].





los actos de barbarie, el ser precedido, acompañado ó seguido de otro. Pero nuestras leyes no entran en esplicaciones á este respecto, al mismo tiempo que han ido mas lejos en algunos casos. Así el hecho solo de cometer la efraccion tiene pena de muerte y calidad de alevé (1). Otro tanto sucede con las llaves falsas (2), cuya fabricacion y uso constituyen por si mismas un delito aparte (3). El escalamiento no ha merecido tanto ódio, ni hay contra él, aumento de pena determinado espresamente (4). Por la violencia, y él escándalo, se castiga mas gravemente el homicidio que la herida (5), el robo que el hurto (6); sin que sea necesario que la violencia envuelva peligro personal (7).

## ARTÍCULO V.

### FRECUENCIA Ó COSTUMBRE DEL DELITO.

**101.** «Si el yerro que han de escarmantar, dicen las Par-

(1) L. 6, tit. 5, lib. 4, F. R. y G, tit. 26, lib. 8, R. C. y Resoluciones de 27 Nov. 1745, y 25 de marzo de 1774. «Porque este es un modo directo para todo jénero de mala». En el derecho romano para la pena capital era preciso que interviniesen armas, ó que fuesen varios los agresores. [L. 11, D. ad leg. Jul. de v. publica]. Las fracturas pueden ser interiores ó exteriores (v. & Escricho, Dic. v. fractura, n. 1).

(2) Llave falsa se llama no solo la ganzúa y demás instrumentos imitados, sino la llave que se aplica á una puerta para la que no estaba destinada. (v. Chauveau Adolphe, t. 5, p. 231).

(3) Estas disposiciones proceden de considerar que hay en estos casos dos delitos; pero la efraccion y llaves falsas propiamente no son mas que medios.

(4) En el escalamiento de iglesia ó convento, la ordenanza, militar señala la pena de muerte ó corporal, segun las circunstancias [trat. 8, t. 10, art. 6.] Para que haya escalamiento se necesita entrada de afuera para adentro, y un medio extraordinario. (v. Chauveau Adolphe, t. 5, p. 222 y siguientes). Una ley del Estilo equipara sin embargo todos los hechos. «Y eso mismo, dice, ha de morir si subiese por pared ó entrase por siniestra, ó por tejado á la casa, ó si abriese la puerta con llave ó en otra manera, ó si descerrajare arca, ó si entrare en otra guisa por la puerta seyendo abierta, o lo fallaren que está escondido en casa» [l. 74 del Estilo].

(5) V. n. 346.

(6) V. los n. 413 y 414.

(7) V. Chauveau Adolphe, t. 5, p. 242, segun el que, no es tampoco circunstancia agravante, sino delito *sui generis*, la violencia ejercida para asegurar la fuga.



tidas, es mucho de fazer en la tierra á aquella sazón, deven entonces facer mas cruo escarmiento, porque los omes se refrenen de lo fazer» (1). Tal es tambien el fundamento de varias disposiciones estraordinarias entre nosotros (2). Pero debemos reconocer que esta agravacion no es muy conforme con los principios. En otros tiempos podia creerse que el remedio de los delitos estaba en los castigos crueles, pero este es un error demostrado por la estadística, y reprobado por la ciencia. «No hay que conducir á los hombres por los medios extremos, dice Montesquieu, examínese la causa de todos los vicios y se verá que viene mas de la impunidad que de la moderacion de las penas» (3).

**162.** Podrian todavía enumerarse muchas otras circunstancias agravantes, porque ellas son infinitas, como las que sirven para atenuar. Así, todo delito es mayor si se comete contra una persona indefensa, por su edad ó sexo, si tiene lugar en sedicion, incendio ó naufragio, si el homicida se ceba en el cadáver de la victima, si el delincuente debe agradecimiento á la sociedad ó al ofendido, si emplea disfraz á una órden falsa. Pero el estudio de todas estas circunstancias seria mas filosófico que juridico. La ley no ha fijado penas distintas, para cada caso, y la misma apreciacion de los hechos depende del criterio judicial (4).

## CAPÍTULO VIII.

### DE LA ACUMULACION DE PENAS.

**163.** Es un principio de filosofia y justicia que cada delito tenga su espiacion. *Nunquam plura delicta concurrentia*

(1) L. 8, tít. 31, P. 7, v. tambien la L. 50, tít 5, P. 1 in fine.

(2) La acordada sobre abigeato de 3 Julio de 1823, y Red. del Congreso, año 17, Sesion de 21 Julio.

(3) Esp. de las leyes, lib. 6, c. 12.

(4) Puede suceder tambien que haya reunion de muchas circunstancias agravantes; pero las leyes tampoco dicen nada á este respecto. (v. Chauveau Adolphe, t. 5, p. 255.)



*faciunt*, decía la ley romana, de acuerdo con el sistema de las acciones noxales, *ut ullius impunitus detur* (1). Justiniano conservó y generalizó esta regla (2) aunque no sin largas controversias (3): fundándose en que la pena sufrida por un delito no debía autorizar otro nuevo, que el delito mas grave no puede absorber los otros (4). Esta proposición es tan exacta como moral. Se dice contra ella que la justicia debe imputarse á sí misma las lentitudes é impotencia de su acción. Pero Dupin ha contestado perfectamente, que á mas de la regla de la ley, los hombres tienen la de la moral; que en teoría, esta es suficiente base para el castigo, *mens conscia recti*; y que sería in-moral que un primer delito fuese bill de indemnidad para los siguientes (5). Otros dicen que la defensa social no pide mas que una pena, y que las demas deben considerarse como un rigor inútil. *Ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur* (6). Este argumento tiene algo de verdad en la última pena: en las demas es enteramente falso (7).

164. Entre nosotros, el principio puede decirse contenido en estas palabras jenerales de las Partidas «poner puede alguno muchas demandas, mostrándolas todas en una, solo que non sea contraria la una á la otra» (8): en estas sobre las apelaciones «non le debe poner pena

(1) L. 2, D. de privatis delictis. No hay que confundir la reincidencia con la reiteración. La primera es causa de agravarse las penas: la segunda de acumularse. La criminalidad en la reiteración es simple, especial á cada delito; mientras que en la reincidencia los delitos tienen entre sí un lazo de unión que hace compuesta, por decirlo así, su criminalidad. [Ortolan, Elém. de droit. pénal]. La reincidencia requiere uno ó mas hechos de la misma especie: la reiteración un hecho posterior, de menor pena. [Morin, Rep. v. cumul de peines, § 2]. En el derecho canónico se llama reiteración la repetición del mismo sacramento.

(2) Inst. lib. 4, tit. 9.

(3) L. 32, D. de oblig. et action. *post magnus scilates obtinuit*.

(4) V. Morin, Rep. v. cumul de peines, § 1, n. 2.

(5) Trébutien, droit crim. t. 1.

(6) L. 21, D. de poenis.

(7) Trébutien, lug. cit.

(8) L. 7, tit. 10, P. 3.

sobre los yerros menores fasta que sea librado el pleito sobre que alzó» (1); en la ley que permite intentar muchas acciones criminales contra uno, con tal que los delitos sean distintos (2); en la que manda en ciertos casos oirlas y juzgarlas *en uno* (3); y por fin en la que entre nosotros la autoriza expresamente en los delitos de la prensa (4).

**165.** La cuestión sin embargo es nueva y fecunda en dificultades, sobre todo tratándose de las penas corporales, en que ambos sistemas, el que aplica todas al reo, como el que se contenta con la mayor, son defectuosas, porque si el uno es insuficiente, el otro peca por exceso (5). La verdadera solución estaría, dice Ortolan, en la combinación de una pena mas grave, como resultante jeneral de los delitos cometidos (6).

(1) L. 14, tit. 23, P. 3. Empezando la ejecución por la menor, dice G. Lop. gl. 6, v. tambien la ley 15, tit. 32, lib. 12, Novis. Recop.

(2) L. 2, tit. 1, P. 7, y Escriche, acumulacion de acciones.

(3) L. 4, tit. 10, P. 3. En la evasión, la acumulacion puede tener tambien lugar, v. el n. 223. Una ley del Estillo dice que se aplique solo la pena mayor cuando las injurias son muchas, y proferidas en un acto [L. 81, del Estillo].

(4) Ley 8 de mayo de 1828, art. 4.

(5) La legislación extranjera es varia á este respecto. El código Austríaco y Prusiano se contentan con la mayor [art. 28, cód. austr. y 57 Prus]. El código brasileiro se decide por la ejecución de todas «empezando y continuando de la mayor á la menor» [art. 61].

(6) Ortolan, Elém. de droit pénal.





## TÍTULO III.

---

### DE LA EXTINCION Ó DISMINUCION DE LAS PENAS.

---

#### CAPÍTULO I.

---

##### AMNISTIA É INDULTO.

**166.** La amnistía puede definirse una medida en forma de ley que impide entablar ó proseguir la acusacion contra cierta clase de delitos, ó ejecutar las condenaciones pronunciadas anteriormente (1). En el primer caso, se llama propiamente amnistía; en el segundo, indulto ó perdón (2). Decimos cierta clase de delitos, porque solo son susceptibles de esta gracia los que se conocen con el nombre de políticos, «con tendencia al Estado,» segun las palabras de la Constitucion (3).

**167.** La amnistía parece á primera vista contraria á la justicia. Una ley puede sin duda derogar otra, pero las le-

(1) Trébutien, Cours de droit crim. t. 1.

(2) *Jeneral ó particular* [L. 1. tit. 32, P. 7.] Véase tambien L. 3, tit. 32, P. 7, que distingue entre misericordia, merced y gracia. Pero no son estas las únicas diferencias. La amnistía es jeneral, el indulto particular. Este recae sobre el culpable condenado: aquella sobre los que pueden serlo, pero que todavia no están declarados tales. Segun la L. 13, tit. 10, lib. 5, R. Cart. no se puede indultar de pena que no haya pasado en cosa juzgada y las Partidas exijan que los indultados estuviesen presos. [L. 1, tit. 32, P. 7.]

(3) Art. 55, de la Const. Por las leyes españolas los reyes podian indultar el viernes santo reos de homicidio, con tal que no mediase alevosía, á otro crimen foo. [Escriche]

yes de amnistía é indulto tienen mas alcance, porque destruyen la cosa juzgada, ó paralizan la accion de la justicia. El indulto sobre todo se presta mas á la censura, porque recae sobre culpables sentenciados por los tribunales. Pero no es bajo este respecto que deben mirarse, sinó como actos políticos. La amnistía y el indulto son una necesidad de los partidos, para hechar un velo sobre errores pasados, y no eternizar los ódios (1). Así, desde los tiempos mas antiguos se ha usado de este medio. Entre los Atenienses, Trasibulo lo proclamó con el mismo nombre que hoy lleva (2): y el jurisconsulto Paulo atestigua su existencia en el derecho romano (3). Nuestra Constitucion lo sanciona tambien, pero exige «grandes motivos de interés público,» y un acto legislativo (4).

**168.** Mas deben advertirse varias cosas esenciales: 1ª Que ni la amnistía en jeneral, ni el indulto, libran de las acciones civiles «ca el rei non quita sinó tan solamente la su justicia» (5): 2ª que respecto de los derechos adquiridos en este intermedio por los terceros, rijen los principios del *posthminium*; es decir, que se recobran únicamente *ea quæ in jure consistunt*, no *ea quæ sunt facti* (6); 3ª que

(1) La gracia se dá por algunas de estas razones dicen las Partidas. «La primera por proque ende nace. La segunda porque acaecen cosas porque ha menester que sean dadas. La tercera por merecimiento de servicios grandes á pro del reino.» (l. 49, t. 1, 18, P. 3).

(2) *Plebiscitum interposui ne quæ potestatum rerum mentio fieret.* (Valer. Max. lib. 4, c. 1, n. 4).

(3) *Abolitio est delatio, oblitio vel extinctio accusationis* (Sent. lib. 5, tit. 17). Se divide en pública, privada y legítima. La pública ó jeneral tenia por razon algun acontecimiento grande, *ob diem insignem, aut publicam gratulationem, vel ob rem prospere gestam*. La privada, era en favor del actor, *actore postulante*, que habia hecho por error alguna acusacion falsa. La legítima, se hacia *ipso jure*, por la muerte del acusador ú otras justas causas, [Vont. ad. Pand. lib. 48, tit. 16].

(4) Art. 55, cit.

(5) L. 12, tit. 18, P. 3, y 27, tit. 3, lib. 3, R. Ind. G. Lop. agrega que un indulto jeneral seria nulo (gl. 3).

(6) L. 12, § 2, D. de capt. et portlimin. reversis. La L. 2, tit. 32, P. 7, distingue los efectos del indulto, segun que es dado antes ó despues de la sen-



el beneficio de la amnistía no puede renunciarse; 4ª que la interpretación de la ley que la concede, en caso de duda, corresponde á los tribunales, debiendo ser estricta, como de todo privilegio; 5ª que ella favorece no solo al hecho principal, sinó tambien á los delitos accesorios y cómplices (1).

## CAPÍTULO II.

### CONMUTACION DE LA PENA.

**169.** La conmutacion es un acto de clemencia sobre un hecho probado, ó pena decretada, que atenúa su rigor (2). Como la amnistía, este derecho ha sido atacado por muchos publicistas; pero si la gracia, dice muy bien Guizot, es una derogacion de la ley positiva, no siempre lo es de la justicia universal. Nuestra Constitucion da este derecho al Ejecutlvo, respecto de la pena capital, y previo informe del Tribunal de Justicia, mediante graves y poderosos motivos, y salvo los delitos exceptuados (3). Varias leyes lo otorgan igualmente al Tribunal en ciertos casos y delitos «sin hacer con ella perjuicio á partes querrellosas» (4), «no siendo los delitos tan calificados ni graves, que convenga á la República no diferir su ejecucion» (5). Pero esta conmutacion ha sido rechazada por leyes posteriores, que son las vijentes (6). Por lo demás, siendo la

tencia. En el primer caso, se recobra el estado y los bienes; pero no la fama. En el segundo solo libra de la pena, á menos que el perdon se explique sobre lo demás. V. la gl. 5, de G. Lopez.

(1) Morin, Rep. amnistie, n. 9, 41 y 43.

(2) L. 1, tit. 24, P. 3. «Templamento de la rezedumbre de la justicia es la merced.»

(3) Art. 108 de la Constitucion.

(4) Leyes 4 y 6, tit. 24, lib. 8, R. Cast. Las leyes 25, tit. 14, P. 7, y 5, tit. 26, P. 7, permiten esta conmutacion aun con pena pecuniaria.

(5) L. 8, tit. 11, lib. 8, R. C.

(6) Ordeu, 26 de Mayo de 1797 y L. 27, tit. 6, lib. 3, R. C. ibi «los Jueces guarden las leyes, y con ellas no dispensen.»





conmutacion un acto oficioso del Ejecutivo, es claro que los Tribunales no pueden ni recomendarla, ni consignarla en sus sentencias (1).

**170.** El derecho romano conocia esta clase de aboliciones particulares con los nombres de *purgatio* y *deprecatio*. La primera era una especie de abolicion que obtenia el condenado, demostrando que el hecho era lícito ó excusable (2). La segunda, un perdon individual que distinguia la pena, á peticion del culpable, pero no el estigmate de infamia (3), lo que hacia decir á Ovidio desterrado: *pæna potest tolli, culpa perennis erit* (4).

**171.** En cuanto á los casos exceptuados, el artículo constitucional se refiere á los que antiguamente no gozaban de la apelacion (5), y que del derecho romano pasaron á nuestras leyes (6), y se sostuvieron en la práctica, á pesar de la ley posterior que otorga el recurso de todo juicio acabado, sea civil ó criminal (7). Pero despues se ha mandado entre nosotros que cualquiera que sea la naturaleza del delito, se otorgue el recurso de una sala á otra, si en la sentencia hubiese condenacion de muerte (8). De esta disposicion se deduce á nuestro juicio, que los casos exceptuados han desaparecido, y que el Ejecutivo sin excepcion ninguna podria conmutar la pena de muerte. En la práctica, sin embargo, esta consecuencia no es admitida, y siguen de pié los casos de aleva (9).

(1) Morin, Rep. v. gráce.

(2) Morin, Rep. v. gráce n. 2.

(3) *Indulgentia quos liberat, notat* (L. 3 y 7, Cod. de gen. abolitionibus.)

(4) G. Lop. gl. 2 á la L. 2, tit. 32, P. 7.

(5) Voet ad Pand. lib. 49, tit. 1, n. 9 y 10.

(6) L. 101 del Estilo y 16, tit. 23, P. 3, que enumeran espresamente el caso de alevosia.

(7) L. 1, tit. 18, lib. 4, R. C. «no embargante qualesquier leyes y decretos», véase Matheu, de re crim. p. 10.

(8) En estas mismas causas se necesitan tres sentencias conformes, para que haya cosa juzgada [Ley de Set. 29 de 1857, art. 6 y 7.]

(9) Quizá por la L. 4, tit. 24, P. 3, que detallando las cosas sobre que no

## CAPÍTULO III

## PRESCRIPCION.

**179.** La prescripcion es un medio de libertarse de una condenacion ó de las consecuencias de un delito por el efecto del tiempo. Por ella, pues, puede extinguirse la accion ó la pena, pero aquí solo trataremos de la segunda (1). Un escritor antiguo hacia derivar de la *posesion*, la legitimidad de la prescripcion en materia criminal (2). Esta razon ha sido contestada victoriosamente por Bentham «No hay pacto posible con los malvados, dice: el espectáculo de un criminal que gozase en paz del fruto de su delito, seria un insulto á la justicia y á la moral». La prescripcion tiene fundamentos mas sérios en el derecho de castigar. La pena no es útil sinó como sancion. Pero cada treinta años, dice muy bien Puffendorf, el jénero humano cambia de semblante. Agréguese á esto la pérdida ó destruccion de las pruebas, la presuncion de enmienda, la espatriacion que el temor de la pena impone al condenado (3), y se encontrará que con razon lejisladores y publicistas están ya unánimes en el principio. Las diferencias solo vienen al señalar el término. En el derecho romano, la prescripcion de 20 años era la regla jeneral (4). El Fuero Juzgo la estiende á 30 años (5). Las Partidas señalan términos distintos: la falsedad, por ejemplo, tiene 20 años; el

se puede pedir merced, dice: «otro si non deven pedir merced al rey que perdona a ome que fuere juzgado por traidor ó por alevoso.» V. tambien la L. 12, tit. 18, P. 3.

(1) Sobre la accion, v. 2ª parte, n. 66.

(2) Dunod, cit. por Morin, Rap. v. prescription.

(3) Trébutien, Cours de droit crim. t. 1.

(4) *Quærela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur nisi viginti annorum exceptione, sicuti cætera quoque crimina* [L. 12, Cod. ad leg. Corn. de falsis.]

(5) «Todos los pleitos buenos e malos», *aut etiam criminales*, segun el testo latino [L. 3, tit. 2, lib. 10, F. Juzgo.]



adulterio, incesto, estupro, cinco; la fuerza 30; la injuria uno; el dolo dos (1). Las Recopiladas la suponen en unos casos, como en la pragmática sobre duelos (2); aunque en otros declaran imprescriptible la cosa hurtada, y de consiguiente la accion (3). En los delitos atroces, los autores señalan 30 años (4).

**173.** La prescripcion, en materia civil, tiene por objeto el interés privado pero en materia criminal, es una excepcion de derecho público. Puede pues, proponerse en cualquier estado de la causa y en todas las instancias. La máxima *contra non valentem agere non currit prescriptio*, no le es tampoco aplicable. Así no suspenden su curso, las guerras que pueden agitar el Estado, la demencia, la pérdida de los autos, ni la ignorancia del delito (5).

## CAPÍTULO IV.

### REHABILITACION.

**174.** La rehabilitacion es un acto en parte judicial, en parte administrativo, que restablece en sus derechos á un condenado. Difiere del indulto: 1º en que no emana solo del Ejecutivo; 2º en que libra de las incapacidades, pero no de la pena que se supone sufrida ya. Segun las Ordenanzas y el Código de Comercio, ella es posible en las quiebras de cualquier jénero (6). Segun la Constitucion, de toda sentencia que imponga pena infamante (7). El

(1) L. 5, tit. 7; 3 y 4, tit. 17; 2, tit. 18 y 22, tit. 9, P. 7. Estos mismos términos se refieren principalmente á la accion. Contrá, L. 7, tit. 1, P. 7, segun la que todo hombre puede ser acusado mientras viva.

(2) L. 12, tit. 8, lib. 8, R. C.

(3) L. 5, tit. 15, lib. 4, R. C.

(4) Tapia, t. 7, p. 143, n. 1, ed. 1846.

(5) Morin. Rep. v. prescription, § 2, n. 20 y 21.

(6) Bilbao, c. 17, y Cod. art. 1717 y siguientes.

(7) Art. 13 de la Constitucion.





proceder que debe seguirse en el primer caso está señalado en el mismo código. La solicitud se dirige al Tribunal de Comercio y se tramita con el Ministerio Fiscal. De la resolución que recaiga, hay apelación al Tribunal de Justicia. A veces se pronuncia de oficio, al tiempo de aprobarse el concordato (1); pero lo regular es después de cumplida la pena, ó después de cinco años de esta, y de una conducta irreprochable, si la quiebra ha sido fraudulenta, y en los casos de hurto, estafa, estelionato, abuso de confianza, ó administración de bienes sin rendir cuenta con pago (2). En la hipótesis de la Constitución nada hay determinado. Revocada por los Tribunales la sentencia, ó transcurrido su término, y cumplida con la ley, el fisco y los particulares, parece que sería preciso ocurrir al Ejecutivo para la declaración conveniente, porque á él solo toca hacer cesar las incapacidades constitucionales.

## CAPÍTULO V.

### MUERTE Y TRANSACCION.

**175.** «La muerte desata e desface tambien á los yerros como á los fazedores dellos, como quier que la fama finque» (3). Este es un principio hoy sin escepcion ninguna (4); pero debe advertirse que la muerte del autor principal no impide la prosecucion del proceso contra sus cómplices, ni las reparaciones civiles y costas, cuando hay parte querellante (5).

**176.** Las mismas leyes permitian al acusado librarse de la

(1) Cuando la quiebra es inculpable y hay fondos para pagar á todos.

(2) Art. 17, 18, 19 y 20.

(3) L. 7, tit. 1. P. 7.

(4) Antiguamente se seguía el proceso al muerto en algunos casos por la confiscacion y la infamia trascendental; en otros se imponía la pena al cadáver mismo, en odio al delito.

(5) Morin, Rep. mort. n. 2, y 2ª parte de este curso, n. 83.

muerte, ó perdimiento de miembro, por medio de una transaccion « ca guisada cosa es e derecha que todo ome pueda redimir su sangre » (1). Pero no siendo ya la venganza el fin de la pena, sinó la enmienda y prevencion de los delitos, no puede estar en manos de un particular librar del castigo á un culpable. La transaccion hoy solo estingue la accion civil, en los procesos mismos que se inician por querella de parte (2).

(1) L. 22, tit. 1, P. 7, con escepcion únicamente del adulterio.

(2) Véase la 2ª parte, n. 64.





## LIBRO II.

### DE LOS DELITOS PÚBLICOS.

**177.** Muchas son las clasificaciones que se han hecho de los delitos (1). Nosotros adoptamos la de los Romanos en públicos y privados. Pero damos distinto alcance á estas palabras. Antiguamente los delitos públicos se perseguían en virtud de una acción pública, los privados por una acción privada. La acción pública la podía intentar cualquier ciudadano, la privada solo la parte dañada (2). Estas mismas clases de delitos no existían sino cuando la ley los preveía y castigaba, señalando contra ellos una acción. Los demás hechos perjudiciales entraban en la clase de *casi delitos*. Así, delito privado era el hurto, el rapto (3), ciertos daños previstos por la ley Aquilia, y las injurias (4); público, la lesa majestad, el asesinato, el envenenamiento, el parricidio etc., clasificados de tales por una ley especial (5). Nosotros no podemos distinguir los delitos ni por la acción, porque entonces todos serían públicos desde que el Ministerio Fiscal interviene siempre; ni por su gravedad, puesto que hay delitos privados que suponen una inmoralidad mas profunda (6). Lo único que puede servir para distinguirlos es

(1) Véase á Chauveau Adolphe, t. 2, p. 3 y siguientes.

(2) Instit. lib. 4, tit. 18, § 1. Los Romanos no conocían el Ministerio Fiscal.

(3) Los Germanos por el contrario consideraban estos delitos públicos.

(4) Instit. lib. 4, tit. 1.

(5) Dig. 48, l. de pub. judic. l. 1, v. nuestra 2ª parte, n. 5 y siguientes.

(6) La ley 33, tit. 5, P. 1, hace una división orijinal. «Pecados grandes son, segun ella, el homicidio á sabiendas, la simonía y la herejía. Medianos, el adulterio, fornicio, falso testimonio, robo, furto, soberbia, avaricia, saña de luengo tiempo, sacrilegio, perjurio, bodez cotidiana, engaño en dicho o fecho.»

el fin. Públicos para nosotros son pues los delitos que atacan directa ó indirectamente la sociedad, y privados los que ofenden principalmente derechos particulares. En este libro nos ocupamos solo de los primeros.




---

## TÍTULO I.

---

### DE LOS DELITOS POLÍTICOS.

---

#### CAPÍTULO I.

##### DEFINICION.

**176.** Los delitos políticos atacan la organizacion política ó social del Estado. La existencia de estos delitos no es reconocida por todos. «La verdadera defensa de la sociedad contra los insurrectos, decia un diputado francés, es el cañon. Combatámoslos en las calles, tratémoslos segun las leyes de la guerra; pero una vez vencidos, es tarde para inmolarlos». Este es un error. Los delitos políticos difieren ciertamente de los comunes en muchas cosas. El delito comun es siempre cierto, los delitos políticos dependen de la fortuna de los partidos. Estos varian segun las formas del gobierno, ó los méritos del poder. Aquellos son los mismos en todas partes. Pero estas diferencias no quitan que entre los primeros se encuentren atentados que sobrepujan en inmoralidad á muchos de los segundos. Así, el hombre que traiciona á su patria, ó enciende la guerra civil, no es menos culpable á los ojos de la conciencia, que el incendiario comun y el asesino (1).

(1) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 14 y siguientes.

**179.** En todos los delitos políticos, el Estado es la víctima, directamente cuando se ataca su vida exterior ó interior, indirectamente cuando se violan los derechos de los ciudadanos, tomados aisladamente ó reunidos lejitimamente. De aquí su division y especies, que serán la materia de los capítulos siguientes.



## CAPÍTULO II.

### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EXTERIOR.

**180.** En general, todo ciudadano tiene el derecho de cambiar de patria (1), y cualquier habitante del Estado, el de salir de él cuando le convenga, llevando su fortuna (2): si bien el ciudadano que se naturaliza en otro, pierde los derechos de tal (3). Pero antes de hacerlo, no puede tomar las armas contra su patria, tener correspondencia con el enemigo, ayudarle ó aconsejarle en sus operaciones hostiles, entregarle una parte del territorio, ó facilitarle la entrada en él sin cometer un grave delito.

### ARTÍCULO I.

#### GUERRERAR CONTRA LA PATRIA.

**181.** «Traicion es la mas vil cosa, e la peor que puede caer en corazon de ome» (4) decian las Partidas, y detallando en seguida los diferentes hechos que pueden constituirla, agregan: «la segunda manera es como si alguno se pone con los enemigos por guerrear ó fazer mal al rey ó al reino». Por este testo no

(1) Ciceron coloca esta facultad entre los derechos mas preciosos del ciudadano, *fundamenta firmissima nostrae libertatis* (Pro Corn. Balbo, c. 13.)

(2) Art. 157 de la Constitucion.

(3) Art. 13 id.

(4) L. 1, tit. 2, P. 7. Las Recopiladas no hacen mas que copiar este testo [L. 1, tit. 18, lib. 8, R. G.]

parece exigirse la calidad de ciudadano, pero ella está en la naturaleza de las cosas (1). El delito supone los lazos que unen el hombre á su patria, los deberes que de aquí resultan. Estos deberes puramente convencionales, no pueden obligar sinó á los miembros de la ciudad. Así, el delito es mas grave todavía, si el culpable tenia comprometidos sus servicios al Estado, si deserta sus banderas, porque entonces viola juntamente sus deberes de ciudadano y soldado (2).



## ARTÍCULO II.

### CORRESPONDENCIA CON EL ENEMIGO.

**123.** La ley Recopilada confunde este hecho con el anterior, y lo hace consistir en enviar carta ó mandato al enemigo, en daño de la tierra (3). Las Partidas, en « descubrir poridad de su rey » (4). Segun la Ordenanza militar basta « cualquier inteligencia con los enemigos, cualquier correspondencia por escrito ó verbal » (5). Pero es claro que todo esto debe entenderse sin herir los principios fundamentales del derecho, segun los cuales no puede haber delito donde no hay intencion de dañar. La revelacion culpable requiere, pues, intencion y resultado material, conocimientos perjudiciales dados al enemigo, sobre la situacion politica ó militar del Estado, ó de sus aliados (6). Requiere ademas un secreto de Estado, personas que lo conocen oficialmente, y fraude en comunicarlo al enemigo. ¿Pero qué deberá entenderse por enemigo? Segun el derecho de jentes no hay propiamente enemigo, mientras no se ha declarado la guerra (7).

(1) La L. 26, tit. 13, P. 2, parece exigir la calidad de vasallo. V. tambien la L. 2, tit. 28, P. 2.

(2) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 23. En uno y otro caso la prueba de la excepcion justificativa corresponderia al acusado.

(3) L. 1, tit. 18, lib. 8, R. C.

(4) L. 2, tit. 28 y 26, tit. 13, P. 2, y v. la 5, tit. 9, P. 2, y gl. 8.

(5) Trat. 8, tit. 10, art. 45.

(6) Véase Chauveau Adolphe, t. 2, p. 36.

(7) La ley de Partida dice enemigo conocido del rey ó reino [L. 7, tit.

## ARTÍCULO III.

## AYUDA Ó CONSEJO EN LAS OPERACIONES MILITARES.

**193.** « Les ayuda de fecho ó de consejo », dicen las Partidas, sin entrar en mas detalles (1). Estas palabras son vagas. Ellas deben entenderse solo de la ayuda y consejo capaces de amenazar la seguridad exterior del Estado. Esta ayuda puede manifestarse, facilitando la entrada del territorio, proporcionando soldados, armas ó dinero, segundando de cualquier modo los progresos del enemigo, pero siempre con intencion criminal, y provocacion seguida de efecto; porque fuera de estos casos no hay hecho imputable en el derecho criminal (2).

## ARTÍCULO IV.

## ENTREGA DE UNA PARTE DEL TERRITORIO.

**194.** Las leyes describen este hecho, diciendo « quando el que tiene por el rey villa ó fortaleza. . . lo dá á sus enemigos ó lo pierde por su culpa ó algun engaño » (3). Cuando este delito se comete por un militar encargado de la defensa de la plaza, que entrega al enemigo, corresponde su castigo á la ley militar (4). Aquí no se trata sinó del acto de traicion cometido por un individuo que no pertenece al ejército. La traicion supone medios fraudulentos en el militar, como en el paisano, pero es menos grave en este, porque la obligacion de la defensa solo es rigorosa para la guarnicion.

**33, P. 7.]** *Hocetis hi sunt qui nobis aus quibus nos publicè bellum decrevimus* [L. 118, D. de verb. signif.]

(1) L. 1, tit. 2, P. 7.

(2) V. los n. 44 y 45, y Chauveau Adolphe, t. 2, p. 48 y siguientes. En este artículo se comprenden los espías. Sobre la ayuda á los enemigos de la 16 v. la L. 38, tit. 9, P. 1 y 22, tit. 5, P. 5.

(3) L. 1, tit. 2, P. 7; 1, tit. 18, lib. 8, R. C. y L. 1, tit. 5, lib. 6, R. C.

(4) Trat. 8, tit. 7, art. 2, que obliga al militar á la defensa, tanto como lo permitan sus fuerzas.





## CAPÍTULO III.

### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR.

**195.** Pertenecían á esta clase antiguamente y figuraban en primer rango, los atentados contra la persona del Príncipe (1); pero hoy solo se enumeran como tales los que atacan la forma de gobierno que la Constitución proclama, ó los poderes públicos, encargados de representarla (2); es decir, la rebelion y guerra civil.

## ARTÍCULO I.

### DE LA REBELION.

**196.** Se llama rebelion, insurreccion ó sedicion todo ataque contra el gobierno establecido. Las leyes romanas y españolas colocan este hecho entre los delitos de lesa majestad (3). La Constitución lo clasifica de lesa patria (4). La existencia de este delito es enteramente independiente de la naturaleza del gobierno que se quiere sustituir (5). Pero se castiga como los demas del mismo jénero desde la tentativa. «Si alguno se

(1) L. 3, tit. 19, P. 2; 4, 5 y 8, tit. 15 y 6, tit. 22, lib. 8, R. C. La ley romana es célebre por su exceso de despotismo. La lesa majestad era un sacrilegio, que comprendía los ataques á los subalternos del Príncipe, las injurias y mutilacion de sus estátuas, el silencio y el pensamiento. La misma memoria se procesaba y se confiscaban los bienes. *Sint perpetuo egentes ei pauperes, mors solatium vita supplicium. Proditor regis*, dice G. Lopez, *censetur proditor Dei* [gl. 2, l. 1, tit. 2, P. 7]. Muchas legislaciones modernas respiran todavia una parte de esta crueldad [Chauveau Adolphe, t. 2, p. 67 y siguientes].

(2) Art. 143 de la Constitución.

(3) L. 1, tit. 2, P. 7. «La setena manera de traicion etc.» Cuando la rebelion no tenia por objeto el rey ó el reino, sinó unos contra otros, las Partidas, la llaman especialmente sedicion, y la castigan solo con destierro y daños. [L. 16, tit. 26, P. 2].

(4) Art. 143 de la Constitución.

(5) Morin, Rep. v. attentats et complots, n. 13, § 2.



trabajare, dice la ley, ó comenzase á meter en obra, sablando con otros, ó faziendo jura ó escrito» (1). La Constitucion no es menos esplicita «todo el que atentare ó prestare medios para atentar» (2). Están, pues, comprendidos no solo los actos materiales, la revuelta armada, que ha salido á las calles, sinó tambien los simples complots (3). Esta es una necesidad de esta clase de delitos. La represion no puede esperar á que comience la ejecucion, porque podria volverse imposible con el triunfo. Basta que la pena sea distinta (4).

187. Los autores enseñan que el complot para considerarse tal, requiere: 1º una resolucion positiva de obrar tomada por varias personas: 2º que esta resolucion tenga por objeto una rebelion (5). La rebelion supone además un número considerable de personas. La ley romana juzgaba hostil al Estado, toda reunion numerosa que ocupaba la via pública, *convocatis hominibus*, pero no la castigaba como delito de lesa majestad, sinó cuando se dirijia contra la República (6). La misma no consideraba sediciosa la reunion (*turba*) sinó cuando se componia por lo menos de diez ó quince personas (7). Pero nuestras leyes, y la mayor parte de las extranjeras, han dejado este punto indeterminado y con razon, porque no seria fácil fijarlo con anticipacion. En jeneral, sin embargo, la reunion debe ser de alguna importancia para llamarse sediciosa. (8).

(1) L. 2, tit. 31, P. 7.

(2) Art. 143 de la Constitucion.

(3) *Quisquis inierit aculeatum actionem vel cogitaverit* [L. 5, C. ad. leg. Jul. maj.] *Solum consilium, sola machinatio.* [Farin. q. 115 n. 148.]

(4) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 70.

(5) V. Morin, Rep. v. attentats et complots, sect. 2, § 2, n. 26. La resolucion misma puede tener varios grados. v. Chauveau Adolphe, t. 2, p. 73 y siguientes.

(6) L. 3, 5 y 10, § 1. D. ad. leg. Jul. de vi pública, l. 2, D. de Collegit, y 1, § 1, D. ad. leg. Jul. majest.

(7) L. 4, § 3, D. de vi bon. rept. El cod. brasilero exige veinte [art. 111.] En la L. 8, tit. 15, lib. 8, R. C. se habla tambien de diez [n. 7.]

(8) «Si alguno ficiere bollicio, dicen las Partidas, haciendo juras o cofra-

## ARTÍCULO II.

## GUERRA CIVIL.

**188.** Cuando la revuelta ha crecido, á pesar de los esfuerzos del Gobierno, cuando no es un cuerpo del ejército, ni una pequeña reunion de hombres, la que mantiene la lucha, sinó una fraccion del pueblo contra otra, hay lo que se llama guerra civil (1). Pero no es fácil trazar la línea entre ella y la rebelion. Pueden servir para esto el número de amotinados, la duracion y el fin de la revuelta. Si son partidos los que luchan, y no malvados que se reunen para asesinar ó saquear; si el movimiento se mantiene; si tiene por objeto conmover el gobierno, la revuelta pasa á ser guerra civil; y su resolucion corresponde á la fuerza no á las leyes (2). La guerra civil sin embargo, no puede ser un salvo conducto para cometer á la sombra de la bandera política, delitos comunes, que están sujetos siempre á la ley penal, aunque la guerra acabe por transaccion ó amnistia (3).

## CAPÍTULO IV.

## PENALIDAD.

**189.** Los hechos que hemos reunido en los dos capítulos anteriores, se clasificaban antiguamente de traicion, todos revestian la misma importancia política á los ojos

dias de caballeros ó de villas contra el rey» [L. 1, tit. 2, P. 7.] La ff, tit. 18, P. 1, pone este hecho entre los sacrilegios.

(1) Las Partidas dividen la guerra en cuatro clases, justa, injusta, civilis y plusquam civilis [L. 1, tit. 23, P. 2.]

(2) Burlamaqui, t. 2, p. 775.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 21.





del legislador (1). Las penas aplicables se reasuman en una sola, la de muerte, y como si no fuese bastante, en muchos casos iba rodeada de actos de barbarie (2). Lo mismo se observa en las leyes españolas (3), y en casi todas las modernas (4).—El peligro político dominó á los legisladores hasta el siglo XVIII. Pero la opinion opera ya un cambio, especialmente por lo que hace á la pena de muerte. Las circunstancias que cambian, las pasiones que se debilitan, los partidos que se disuelven, han disminuido la importancia de los reos políticos, y el peligro de su existencia (5). Aparte groseros y ciegos arrebatos, el público no se engaña tampoco, y resiste confundir estos delincuentes con los condenados ordinarios (6). La pena contra los delitos políticos tiene algo del castigo infligido al enemigo, mas bien que de acto de justicia; y con razon la ley romana, inspirada por un alto pensamiento de humanidad, aconseja en ellos mas que en ningun otro atender á la intencion del delincuente y á los resultados (7).

**190.** La asonada puede disolverse á los primeros amagos de la autoridad. Las leyes con este objeto ordenan una intimacion prévia, y solo en el caso de que los amo-

(1) *Majestatis crimen illud est quod adversus populum romanum vel adversus securitatem committitur: quo tenetur is que armati homines cum telis, lapidibusve incurrant, convenienti que adversus rempublicam; quo quis contra rempublicam arma ferant; quicque hostibus populi romani nuntium litterasve misserit, signumve dederit, feceritve dolo malo: quo hostes populi romani consilio jubeantur adversus rempublicam.....cujus ope, consilio, dolo malo provincia vel civitas hostibus prodita est* [L. 4 y 4, D. ad. leg. Jul. majest. y Cod. eod. tit.]

(2) Como entregar los delincuentes á las bestias feroces.

(3) A la muerte del traidor, que es cruel siempre, estas leyes agregan la infamia transcendental y la confiscacion [L. 2, tit. 2, P. 7, y 1, 2, tit. 18, lib. 8, R. G.]

(4) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 32 y 33. Deben exceptuarse algunas disposiciones del Brasil y Estados Unidos.

(5) La muerte, dice Guizot, no tiene como en los tiempos antiguos el efecto de acabar con un partido en su jefe. [De la peine de mort en matiére politique]. Mi hijo tiene mas de una cabeza, decia el viejo irlandés.

(6) Ortolan, Elém. de droit pénal.

(7) L. 7, D. ad leg. Jul. maj.

tinados no obedezcan, mandan prenderlos, matarlos y quitarles todo lo que tengan (1). Toda revuelta además, sea que se disuelva ó no, puede causar daños á los particulares. Aquí se presenta una de las mas graves dificultades de esta materia. Las Partidas mandan pagar de los bienes de los sediciosos, los males que causan (2). Las Recopiladas distinguen. Todos los que promueven la asonada, si yendo ó viniendo hacen daño, deben pagar el cuádruplo á favor del fisco, y el duplo á la parte que lo recibió. Si los que van de auxilio, son encabezados por el *principal*, este solo sufre la pena; pero si no se supiese quien hizo los daños, los pagará el autor de la asonada (3). Nosotros tenemos tambien dos decretos con motivo de la guerra civil del 52 y 53. Segun el primero, los auxilios tomados por los sublevados, se clasificaron de robo á fuerza armada, y quedó expedita de consiguiente la accion aun contra los terceros poseedores (4). El segundo da una definicion monstruosa de los *cabecillas*, y sin perjuicio de las penas de los traidores, los obliga de *mancomun et in solidum* al resarcimiento de daños y perjuicios (5). De aquí ha resultado mas de una sentencia contradictoria de los tribunales.



(1) L. 8, tít. 15, lib. 8, R. C. Esta ley y la 5, derogan todo fuero en estas causas, V. la *pragm.* de 17 abril de 1774. Esta intimacion es inútil cuando la revuelta está en plena ejecucion [Chauveau Adolphe, t. 2, p. 161.]

(2) L. 16, tít. 26, P. 2, siendo *realengo* lo demas.

(3) L. 2, tít. 15, lib. 8, R. C. Otra ley dispone lo mismo en los *conduchos* ó auxilios que se toman [L. 3, tít. y lib. cit]. Pero estos y otros casos de que hablan estas leyes, dice muy bien Tapia, son peculiares de aquellos tiempos de parcialidad y bandos, desconocidos ahora, [t. 7, v, *sedicion* ed. 1846].

(4) Diciembre 27 de 1852.

(5) Enero 10 de 1853. « En la expresion de *cabecillas* se consideran, dice, y deben considerarse no solo los que estan con las armas en la mano, sino tambien todos los que de dentro ó fuera de la ciudad, cooperan con auxilios de dinero, armas, escribiendo por la prensa y esparciendo rumores con la tendencia criminal de introducir el temor ó el desaliento ».



## CAPÍTULO V.

## DELITOS CONTRA EL DERECHO ELECTORAL.

**191.** Si los ciudadanos deben ser protegidos por las leyes, es precisamente cuando ejercen los derechos cívicos, que los hacen participar en cierto modo del ejercicio del poder público. Privarles de ellos ó impedirles su ejercicio, es atacar la Constitución misma; y por eso el lugar de estos delitos es aquí; pero desgraciadamente sobre materia tan importante no poseemos mas que el siguiente decreto: «Todo el que altere el órden de obra ó de palabra, promueva discusiones ó intente coartar la libertad de los sufragantes, sorprender con engaño á la mesa escrutadora (1), y cometer algun acto de nulidad, deberá ser arrestado y corregido segun la gravedad de su falta » (2). Delitos, penas, jurisdiccion, todo es oscuro y arbitrario en este decreto. Asi es que no tenemos noticia de que se haya intentado nunca proceso ó averiguaciones por este motivo. (3).

**192.** Observaremos solamente que segun estas palabras *intente coartar*, no parece necesario que el hecho se consume; y que si los medios empleados para dominar las

(1) Este engaño se refiere al domicilio del sufragante, que debe ser el de la parroquia á que corresponde la mesa, segun el art. 3. El decreto no se ocupa del engaño cometido por la misma mesa escrutadora, sin embargo de ser el mas frecuente.

(2) Decr. Marzo 14 de 1825.—En Dic. del año 59, se dictaron dos decretos de circunstancias.

(3) Las legislaciones libres de la mayor parte de los países contienen ya disposiciones rigurosas, y descendiendo á los detalles mas minuciosos, castigan no solo la violencia y falsificación, sino al que vota sin tener derecho, ó mas de una vez, al que facilita la introduccion de un falso elector, y cualquiera que por promesas ó influencia estraña apoye las pretensiones de un candidato [Chauveau Adolphe, t. 2, p: 186.]

elecciones tuviesen un carácter distinto, no quedarían ab-sorvidos por la violación del derecho, objeto de esos mé-dios (1). Esto es sin duda lo que el derecho quiere decir con estas palabras, *según la gravedad de la falta* (2).



## CAPÍTULO VI.

### ASOCIACIONES ILÍCITAS.

**193.** Los antiguos, siguiendo el derecho romano, distin-guían las asociaciones perjudiciales á la República, *ad seditionem convocentur* (3), de las que tenían un objeto lí-cito (4). Presumiase no obstante la criminalidad, cuando la reunion era numerosa, en lugares públicos y con ar-mas (5). Nuestra Constitución dice simplemente: «quedan asegurados á todos los habitantes del Estado los derechos de reunion pacífica y de petición individual ó colectiva á todas sus autoridades. La forma de estos actos será regla-da por la ley de la materia» (6).

**194.** ¿Este artículo importa el derecho de asociacion? Nosotros creemos que no. La asociacion supone bases fijas, fin determinado, organizacion permanente, *imperium in im-perio*. La reunion es temporal como sus objetos (7). Po-dría pues haber asociaciones prohibidas, sin que esto fuese un escándalo constitucional. En Estados-Unidos mismo don-de no es permitido hacer leyes contra el derecho del pue-

(1) Por ejemplo, la revuelta concertada con este motivo, el empleo de las armas etc.

(2) Art. 5º del decr. cit.

(3) L. 1, § 1, D. ad leg. jul. majest.

(4) LL. 1, y 2, D. de colleg. illicitis.

(5) *Conventicula non est puniendi, dice Farinacio, nisi fiat in damnum et injuriam alterius* [Farin, q. 113, n. 120, 143 y 146].

(6) Art. 149 de la Constitución.

(7) Morin, Rep. associations et reunions, n. 2.

blo de reunirse pacíficamente (1), Washington obtuvo de las Cámaras en 1794, un decreto autorizándolo á impedir ó negar su licencia á las sociedades *sin título ó clubs*. Los *meetings* ingleses no son tampoco mas que reuniones accidentales sometidas á la vijilancia de la policia, que puede disolverlas (2).

**195.** Las leyes españolas no permitian sinó las asociaciones con objeto piadoso, mediante licencia real y autoridad del prelado, bajo pena de muerte y confiscacion (3). La aplicacion de estas leyes, imposible hoy, sirve para mostrar la necesidad de dar la ley reglamentaria anunciada, que al mismo tiempo que proclame el principio, reprima sus estravíos (4).

## CAPÍTULO VII.

### SERVICIO DE LA GUARDIA NACIONAL.

**196.** Todo ciudadano está obligado á enrolarse en la Guardia Nacional, que suple la deficiencia del ejército permanente para la defensa y seguridad del territorio (5). Esta obligacion comprende á la pasiva misma en caso de invasion ó rebelion (6). La Guardia Nacional mientras se halla sobre las armas, está sujeta al código militar (7). En cuanto á los que no se enrolan, como los que se au-

(1) Art. 1º, Correc. 1787.

(2) Morin, Rep. lug. cit. n. 4 y 5.

(3) L. 3, tit. 14, lib. 8, R. C.

(4) La ley brasilera condena toda reunion secreta en dias fijos de diez personas [art. 282]. En Inglaterra toda sociedad, cuyos miembros se ligan por juramento, ó que se subdividen en otras afiliadas, está declarada ilícita (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 340).

(5) Ley de Dic. 27 de 1823, art. 5. Pero no puede emplearse fuera del territorio de la provincia, sin un acto legislativo [ley de Enero 2 de 1826].

(6) Ley de 1823, art. 7.

(7) Ley cit. art. 6.



sentan sin licencia por dos meses, faltan igual término, no se presentan despues de vencido, ó no renuevan sus papeletas, tienen pena de dos años de servicio á las armas, pudiendo eximirse mediante un personero (1). El juez de estas causas es el jefe de policía con aprobacion del gobierno (2).



## TÍTULO II.

### DE LOS DELITOS CONTRA LA RELIJION.

**197.** Bajo la denominacion de delitos relijiosos, se comprenden no solo los que afectan al dogma sinó tambien al culto, ministros y bienes de la Iglesia. Como esta materia ha perdido mucho de su antigua importancia, la trataremos brevisivamente.

### CAPÍTULO I.

#### CONTRA EL DOGMA.

**198.** Donde hay libertad de cultos, los delitos contra el dogma no se conocen. La ley penal llena su objeto con protegerlos á todos. La primera cuestion, pues, que se presenta, es si estos delitos existen delante de los artículos constitucionales, que han declarado inviolable el derecho del hombre á dar culto á Dios Todopoderoso, segun su

(1) Ley de Octubre 30 de 1858, art. 4 y 5. La Constitucion agrega suspension de los derechos civicos [art. 12].

(2) Ley de 1858, art. 6.

conciencia (1). Nos inclinamos á la afirmativa por dos razones: 1.<sup>a</sup> porque está declarada al mismo tiempo religion del Estado la Católica, y sujeta esa libertad á lo que prescribe la moral, el órden público y leyes existentes; 2.<sup>a</sup> porque la ley de imprenta clasifica de abusivos los escritos que atacan á la religion (2); palabras sin sentido si aquellos no existiesen. La Constitucion propiamente no proclama sinó la libertad de conciencia, que es sola la facultad de no ser inquietados por opiniones religiosas. El recinto de la libertad de conciencia es el hogar doméstico. La libertad de cultos por el contrario es un derecho, es la libertad de la palabra y de la prensa, y sus dominios no tienen limites (3).

## ARTÍCULO I.

### HEREJÍA.

**199.** Las Partidas llaman á los herejes «manera de gente loca que se trabaja de escatimar las palabras de Nuestro Señor Jesucristo, e darles otro entendimiento contra aquel que los Santos Padres les dieron, e que la Iglesia de Roina cree e manda guardar» (4); y los divide en dos clases, la 1.<sup>a</sup> de los que desacuerdan de la fé, y la 2.<sup>a</sup> de los que niegan la inmortalidad, y que segun ellas son «peores que las bestias» (5). Pasando en seguida á fijar las penas, dicen que los herejes *predicadores* deben ser quemados vivos; los *creyentes* decapitados; y los encubridores y oyentes, sufrir destierro, confiscacion é infamia (6). Las Leyes Recopiladas repiten esto mismo con pequeñas variantes (7).

(1) Art. 3, 4 y 5, de la Constitucion.

(2) Art. 1.<sup>o</sup>, ley de mayo de 1828.

(3) Chassan, *délits de la presse*, t. 1, n. 383.

(4) Proem. tit. 26, p. 7.

(5) L. 1, tit. y P. cit. Véase tambien el Proem. tit. 3, p. 1.

(6) Leyes 2, 3, 4, 5 y 6, tit. y P. cit.

(7) Tit. 1, lib. 1, R. C. El derecho canónico define este delito *perjurium*.



**300.** De este delito conocia antiguamente la inquisicion; pero abolida entre nosotros, su jurisdiccion fué devuelta á los Ordinarios « guardando el órden y respetando los derechos de los ciudadanos » (1). Siempre pues, que la herejia se mantenga en la conciencia inviolable, no habria tribunal que la juzgase; pero si revistiese formas esternas, *si heresis prorumpat in actus externos* podria segun los casos tener lugar la intervencion del Obispo, ó del jurado, á excitacion fiscal (2).



## ARTICULO II.

### CISMA.

**301.** Esta palabra de orijen griego significa division, separacion, rotura. El cisma consiste, pues, en separarse de la Iglesia bajo pretexto de error, ó por cualquier otro motivo (3). En los códigos romanos no hay disposicion alguna á este respecto; pero en cambio, el derecho canónico contiene muchas (4); siendo la pena en jeneral escomunion mayor, privacion de beneficios y dignidades eclesiásticas, suspension de las órdenes, y destierro (5). Los canonistas dividen el cisma en *particular* y *jeneral*; y exigen, como en el delito de herejía, la pertinacia como elemento esencial, *ne secus*, dicen, *S. Cyprianum et*

*defensio dogmatis ecclesiae universalis iudicio condemnati, simboloque fidei orto doxæ contraria*, y lo castiga con la deposicion en los clérigos, con la escomunion y privacion de sepultura en los demas (Gmeinerii, *jus eccles.* t. 2, n. 800).

(1) Ley de la Asamblea, año 13. Segun el Concilio Trid. toca al Obispo la absolucion de este delito, [ses 24, c. 6].

(2) Suprá, n. 198, L. 3, tít. 3, P. 1 y sus notas y 1, tít. 5, P. 1, con las notas.

(3) En el siglo 3º se llamaron tambien cismáticos á los que se constituian pastores sin ordenacion.

(4) C. 1 y 4, q. 6, caus. 23, decr. Gratiano, c. un tít. 4, lib. 5. Extravag. com. y 9, tít. 3, lib. 5, Decretales.

(5) C. 279, f. caus. 24, decr. Gratiano.

*Africanos in causa baptismi ab hereticis collati, immo et quosdam Pontifices, inter schismaticos referre debeamus (1).*

### ARTÍCULO III.

#### APOSTASÍA.

**202.** La apostasia consiste propiamente en convertirse de cristiano á otra religion (2), pero los canonistas comprenden tambien la conversion del cristianismo al materialismo, ó deísmo (3). El Fuero Juzgo sin especificar el delito, manda castigarlo con *muy crueles penas* (4); el Fuero Real con la muerte (5); las Partidas con la nulidad de los actos civiles, infamia y muerte, caso de ser tomado (6); las Recopiladas con la confiscacion y muerte á fuego (7). Antiguamente se conocian varias clases de apostasia. Hoy están reducidas á la que dejamos espresada, y al hecho del religioso, apostasia *obedientia*, ó clérigo, apostasia *irregularitatis*, que abandonan su estado, y que por ser delitos enteramente eclesiásticos (8) no pertenecen á este lugar.

**203.** Entre nosotros las penas espresadas serian arbitrarias, y se distinguiria probablemente al hijo del pais, del extranjero. El precepto constitucional de la unidad religiosa nada tiene que ver con estos, y su conversion, aun pública, debe ser libre (9).

(1) Gmeinerii, jus eccl., t. 2. § 804, schol. La herejía no es esencia, en el cisma, pero suele acompañarla. *Schismaticos non fides diversa facit, sed communiois disrupta societas* [S. Agustín]. De aquí otra division de los cismáticos en puros y no puros.

(2) *Apostata nomen est detestabile, et propter nescientibus atrocibus, quam latine, deus tor, transfuga, rebellis*, [c. non observetis, 26, q. 7].

(3) Gmeinerii, jus eccl. t. 2, § 799, Cor.

(4) L. 17 y 18, tit. 2, lib. 12, F. Juzgo.

(5) L. 1, tit. 11, lib. 4, F. Real.

(6) Leyes 4, 5 y 6, tit. 25, P. 7.

(7) L. 10, tit. 2, lib. 8, R. C. Por el derecho canónico, la pena es la misma de la herejía [Gmeinerii, Jus eccl., t. 2, § 799].

(8) Tit. 7, lib. 5, Decr. Greg. IX, y Conc. de Trento, ses. 25, c. 4.

(9) Las Recopiladas permiten espresamente la conversion en publico de judios y moros á la fe católica. L. 1. t. 2, lib. 8, R. C.



No así la de los hijos del país, que nunca puede hacerse sinó respetando la moral y leyes existentes, como está mandado por punto jeneral (1).



## CAPÍTULO II.

### CONTRA EL CULTO.

**204.** Las antiguas leyes mencionan como delitos contra el culto, el hecho de trabajar los días de fiesta (2); de no acompañar al Santísimo, los bailes en las iglesias y átrios, el poner cruces en sitios donde puedan pisarse (3), no confesarse pudiendo; estorbar el oficio divino, etc. Las penas eran multa ó confiscacion, segun las Recopiladas (4), unos días de prision segun las Partidas en el caso de las fiestas (5). Pero la mayor parte de estas faltas se castigan hoy gubernativamente, como contrarias al orden público (6); y no merecen proceso, sinó ataques graves contra las personas ó cosas eclesiásticas.

## ARTÍCULO I.

### INJURIAS Y VIOLENCIAS CONTRA LOS MINISTROS DEL CULTO.

**205.** Antiguamente los hombres y mujeres dedicados á la

(1) Art. 5 de la Constitución.

(2) En esta prohibicion se comprendia la actuacion en las causas forenccs L. 10, tit. 1, lib. 2, Fuero Juzgo;

(3) LL. 44, 62 y 63, tit. 4, P. 1, y tit. 1, lib. 1, R. C.

(4) El médico mismo que no advierte al enfermo la necesidad de confesarse, especialmente en enfermedades agudas, tiene pena de diez mil maravedis. [L. 3, tit. 16, lib. 3, R. C.]. Por las Partidas, la pena era excomunion, si no le ordenaba confesarse antes de curarlo [L. 37, tit. 4, P. 1].

(5) Que podian evitarse recurriendo á los Prelados, dice Tapia, t. 7, fiestas de guarda, ed. de 1846, v. tambien el Concilio de Trento que dá á los obispos la facultad de establecer y suprimir las festividades [ses. 25, c. 12].

(6) Las Partidas eximian de pena á los estráños «que viniesen de otra parte e non supiesen esto» [L. 63, tit. 1, P. 1,] pero el artículo constitucional comprende á todos los habitantes, y tal es en jeneral el carácter de las leyes de policia y buen gobierno.

religion, eran cosa sagrada (1), y toda ofensa contra las personas se llamaba *sacrilegio personal* (2). La pena era excomunion «por el fecho solo» (3), y cárcel ó destierro, con pena pecuniaria á arbitrio del juez (4). Pero esto ha desaparecido completamente entre nosotros por la abolicion de los fueros (5). La calidad de sacerdote ó monje no es ya mas que una circunstancia agravante, especialmente si el ataque se comete mientras el sacerdote está en el ejercicio de sus funciones (6).



## ARTÍCULO II.

### BLASFEMIA.

**206.** La blasfemia puede definirse toda impiedad contra los santos, *dictum vel factum in contemptum Dei*. En la antigua ley los blasfemos eran lapidados (7). Justiniano pronuncia la pena de muerte (8). Las Partidas, azotes, marca y cortadura de lengua (9). Las Recopiladas *mordaza*, y mas tarde la prision por primera vez, destierro con multa la segunda, y clavarle la lengua la tercera (10). En la actualidad, el mismo

(1) L. 1, tít. 18, P. 1.

(2) Véase n. 209, y canon *si quis sua dente diabolo*. Delito que no hay que confundir con el del que viste por escarnio hábitos de religion. [L. 37, tít. 7, P. 7]. Ni con el de cantar misa sin tener órdenes, que las Partidas castigan como falsedad [L. 2, tít. 7, P. 7], es decir con 5 años de destierro [L. 6, y tít. cit].

(3) L. 4, tít. 18, P. 1.

(4) L. 5, tít. y P. cit.

(5) Ley de 5 de julio de 1823.

(6) «Diciendo las horas». [L. 9, tít. 18, P. 1]. Las Ordenanzas mismas hacen esta distincion. Cuando la violencia recae sobre un sacerdote *en el traje de su estado*, se corta la mano al delincuente, y en caso de muerte ó mutilacion, es ahorcado. En los demás casos la pena es discrecional [trat. 8, tít. 10, art. 5].

(7) Levit. c. 24, n. 16.

(8) Novela 77. *Præcipimus ultimis subdere supplicis*.

(9) L. 4, tít. 28, P. 7.

(10) L. 5, tít. 4, lib. 8, R. C. Jurar en vano tiene por las mismas leyes 600 maravedis de multa. La mordaza consistia en llevar públicamente al reo por el pueblo con la lengua atada á un palo ó hierro. En los soldados v. la Ord. trat. 8, tít. 10, art. 172.

derecho canónico no fija sino penas arbitrarias (1); y nosotros creemos que exceptuando los casos de herejía (2); no se castigaría ya la blasfemia sino como delito de policía (3).

## ARTÍCULO III.

### MAJIA Y SORTILEJIO.

**207.** Majia, hechicería, adivinación, astrología, sortilejio, son nombres distintos que designan una misma cosa (4). La ciencia que pretende predecir los acontecimientos por ciertas señales, ó *dañar* á otros por estos mismos medios, *Conatum ope demoniis aliquid efficiendi etsi, conatus irritus sit* (5). En el Fuero Juzgo, la pena es cien azotes á los adivinos, y á los que los creen (6). En las Partidas y Recopiladas, la muerte (7). Pero entre nosotros nunca se formaría proceso por esta razón, exceptuando el caso de estafa (8).

## ARTÍCULO IV.

### SIMONIA.

**208.** Este delito que trae su origen de Simon Mago (9),

(1) C. 2, tit. 26, lib. 5. Decretales, con excepción de ciertas blasfemias, que tienen penas fijas y crueles.

(2) La blasfemia se llama herética cuando niega algun dogma, ó atributo divino (Gmeinerii, jus eccles. t. 2, § 806, cor. 1.

(3) Feversbach, quiere que la blasfemia se coloque entre las injurias, por que ofende, dice, á la sociedad eclesiástica, (Man. de derecho crim. alemán).

(4) Antiguamente se distinguía la astronomía de la agorrería y de la necromancia, (V. LL. 1 y 2, tit. 23, P. 7.

(5) Gmeinerii, Jus eccles. t. 2, § 810.

(6) L. 1, tit. 6, lib. 6, F. Juzgo.

(7) Tit. 23, P. 7, y tit. 3, lib. 8, R. C. En el derecho canónico, la pena por un número de años mas ó menos grande. Es de advertir que las Partidas exceptuaban el arte de los *astronomeros*, que era cierto, dicen (V. la L. 17, tit. 9, P. 7, y 1, tit. 23, P. 7).

(8) El cód. español de 1818 considera los adivinos reos de falta leve punible con una multa de medio duro á cuatro (art. 182).

(9) Por la oferta de dinero que hizo á San Pedro para obtener de él la li-



consiste en comerciar con las cosas espirituales y oficios anejos (1). Segun el derecho canónico, el reo de este delito debe ser depuesto, *de ecclesia Dei debet eliminari atque repelli* (2). Esta pena se agravó despues con la prision por dos años, y la inhabilitacion para obtener dignidad alguna (3). Las Partidas llaman *geesitas* á los simoniacos (4), distinguen muchas clases (5), pero procediendo á designar las penas no hacen mas que confirmar las de los canones (6). El conocimiento de la simonia corresponde al eclesiástico (7).

## ARTÍCULO V.

### SACRILEJIO.

**200.** Sacrilejo parece venir de *sacra legis, qui sacra legit, aufert et furatur* (8). Al principio por el derecho de las Decretales, como por el romano, era solo el hurto de cosa sagrada en lugar sagrado (9), pero despues se comprendió en la misma palabra todo delito contra la ley de Dios (10). El sacrilejo puede cometerse de tres maneras: 1º cuando se roba una cosa sa-

ciedad de conferir el Espíritu Santo por la imposicion de las manos [Acta apost. cap. 8].

(1) *Studiosa voluntas* [Lancelot, inst. lib. 3, tit. 3]. Los autores distinguen las cosas sagradas de las espirituales. *Quoniam vero res sacra a spiritalibus differunt, permutatio rerum sacrarum cum temporatibus, non est simonia, sed prohibita alienationis species, nisi prius fracta sint, excepto oblo et chismate consecrato, quod canones nulla ratione permutare sinit.* [Grocioverii, Jus. eccles. t. 2, § 813, cor].

(2) C. 6, tit. 3, lib. 5. Decretales de Greg. 9. Algunos canones comprenden en el sacrilejo la simonia.

(3) C. 2 y 3, tit. 11, lib. 5, Sept. de Decretales, v. á Tapia, t. 7, v. simonia, ed. de 1846.

(4) L. 2, tit. 17, P. 1.

(5) Leyes 3 y siguientes, tit. y P. cit.

(6) L. 11 y siguientes, tit. y P. cit. Véase la L. 18, tit. 26, lib. 7, R. C.

(7) Gutierrez, Pract. crim. t. 3, p. 19.

(8) Leyes 4 y 5, D. ad leg. Jul. peculatus, 1, tit. 18, P. 1.

(9) L. 9, § 1, D. ad leg. Jul. pecul.

(10) En cuyo sentido lato no hay delito eclesiástico en que no entre el sacrilejo.





grada en lugar sagrado, *sacrum de sacro*: 2º cuando se roba una cosa sagrada en lugar profano, *sacrum de non sacro*: 3º cuando se roba una cosa sin consagrar en lugar sagrado, *non sacrum de sacro* (1). Puede además cometerse, por toda profanación de cosas santas ó sagradas, designándose como tales: 1º los lugares santos, como iglesia, monasterio y cementerios: 2º los sacramentos, ceremonias de iglesia, vasos sagrados: 3º las personas eclesiásticas ó religiosas (2). De aquí las tres especies de sacrilejo de los autores, personal, real y local (3).

§ 10. Las penas entre los Romanos eran arbitrarias (4), pero crueles. Por el derecho canónico, pecuniarias (5). Las Partidas, las mismas del derecho canónico, es decir, excomunión y dinero, según las casos (6). De estas disposiciones solo queda de positivo la regla establecida por otra ley de Partida que el juez debe observar en qué cosa se cometió el sacrilejo, de qué modo, y quién lo comete, « e según qual fuere el yerro, e el que lo fizo, e la cosa en que fué fecho, así le debe juzgar agravando la pena ó dandogela mas ligera ». (7). Entre nosotros el hecho unas veces será contra el culto, otras de simple policía, otras comun con circunstancia agravante, en cuyo caso á la pena del delito se agregará la del sacrilejo (8).

(1) L. 2, tit. 18, P. 1.

(2) LL. 2 y 3, tit. y P. cit.

(3) Gmeinerii, Jus eccles. t. 2, § 808.

(4) LL. 6 y 9, tit. 13, lib. 48, D. y 2, tit. 29, lib. 9, Código.

(5) C. 21, q. 4, caus. 17, decret. Gratiano; arbitrarias según la enormidad del delito, por otros canones, y excomunión.

(6) Leyes 4, y siguientes, tit. 18, P. 1, bien entendido que la excomunión pertenece á la jurisdicción eclesiástica.

(7) L. 12, tit. 1, P. 1.

(8) V. L. 7, tit. 18, P. 1. Sobre las penas del soldado por este delito, véase la Ordenanza, trat. 8, tit. 10, art. 4, 5 y 6.



## TÍTULO III.

---

### DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD.

---

#### CAPÍTULO I.

##### RESISTENCIA Á LA JUSTICIA.

**211.** Este delito consiste en todo ataque ó resistencia por medios violentos, pero sin fin político, contra actos aislados de la autoridad (1). El que mata, prende, ó hiere, dice una ley Recopilada, á ciertos majistrados, *usando de su oficio*, tiene pena de alevé, confiscacion, y cabeza proscripta (2). En caso de asonada, diez años de presidio y mitad de los bienes, los autores principales; y los cómplices cinco, con la cuarta parte de los bienes (3). La simple tentativa (4), destierro por dos años y seis mil maravedis, ó un año de cadena (5). Estas mismas leyes son modificadas por otras en algunas circunstancias de la pena (6). Pero unas y otras han perdido su aplicacion, porque no conocemos las autoridades á que se refieren, y porque no

(1) El ataque es el hecho de tomar la ofensiva, la resistencia el hecho de tomar la defensiva. Los medios violentos, la ley romana los definía de este modo: *Hac lege (Julia de vi privata) tenetur is qui convocatis hominibus vim fecerit quo quis verberetur vel pulsatur* [L. 2, D. ad leg. Jul. de vi privata]. En las Partidas estos hechos ejecutados por una reunion de jente armada, tienen el nombre de fuerza [L. 7, tít. 10, P. 7].

(2) L. 2, tít. 22, lib. 8, R. C. La calidad de alevé se suprimia, si el atentado era contra majistrados inferiores. La L. 143 del Estilo distingue el juez propio del ajeno.

(3) L. 3, tít. y lib. cit.

(4) Acometida, aunque no acabe el hecho, dice la ley.

(5) L. 3, tít. y lib. cit.

(6) Leyes 5 y 7, tít. y lib. cit.

son ya los mismos magistrados, los que ejecutan ó compelen, sinó los agentes de la autoridad administrativa.

**212.** Las autoridades disputan si habrá delito de resistencia, cuando se rechaza por la fuerza la ejecucion de actos arbitrarios ó irregulares. La ley romana consagraba el derecho espresamente, cuando los oficiales del principe, se excedian en su oficio (1). Los comentadores, estendiendo esta disposicion, erijen el derecho en deber, *imo quod punitur si non resistit* (2). El derecho nos parece inconcuso. *Quid est*, dice Ciceron, *quod contra vim sine vi, fieri possit* ? (3). Pero la dificultad está en fijar el limite de la resistencia. Barbeyrac aconseja que se sufran las injusticias dudosas, y se rechacen las manifestas (4). Nosotros creemos deber distinguir. Si el agente trae una orden de autoridad competente, debe ser obedecido, aunque obra irregularmente, porque el primer principio es la obediencia á la autoridad, y el agente que exhibe una orden tiene en su favor la presuncion. Pero en el caso contrario, la resistencia no seria mas que oponer la fuerza á la fuerza, un acto de lejitima defensa (5) *Vim vi repellere licet*, decia la ley romana (6). Las causas justificativas no son tampoco una concesion arbitraria del lejislador; y ellas deben valer, lo mismo delante del particular, que del oficial público que comete un exceso de poder, que viola el derecho (7).

**213.** Puede colocarse en esta clase de delitos todo acto individual ó colectivo, tendente á impedir la ejecucion de una sentencia. De él habla una ley Recopilada en estos términos: «Ninguno sea osado de impedir con osadía loca por fuerza y con armas, contradecir ó defender, ó impedir la ejecucion de

(1) L. 5, Cód. de jure fisci, *si excedant in suo officio* [glosa].

(2) Farin, q. 31, n. 88.

(3) Ep. ad fam. tit. 2, ep. 3.

(4) Notas á Grocio, t. 1, p. 171.

(5) Las Partidas no distinguen cuando dicen, « amparanza es cosa que es otorgada á todo ome comunalmente » [L. 7, tit. 10, P. 7].

(6) L. 1, § 27, D. de vi et de vi armata.

(7) Chausseau Adolphe, t. 3, p. 95 y siguientes. Véase entre nosotros un decreto de 4 de Setiembre de 1829.



las sentencias que son pasadas en cosa juzgada; y si alguno lo tal hiciese, mandamos que allende de las otras penas en derecho establecidas (1) que pierda la mitad de sus bienes, y sean aplicadas á nuestra Cámara » (2).

**214.** Del mismo jénero, aunque de menor importancia, es todo hecho en desobedecimiento de un mandato legal ó judicial: por ejemplo, el del testigo que no quiere comparecer á rendir las declaraciones necesarias á la justicia; y que puede ser preso ó multado para que lo haga (3); ó el de la fuerza pública que no presta los auxilios debidos y reclamados en forma, y á la que la ley hace responsable de los daños que resulten (4).

## CAPÍTULO II.

### CÁRCEL PRIVADA

**215.** Los Romanos confundían el abuso de los funcionarios que detenían á los ciudadanos en otros lugares que los destinados al efecto, con el de los particulares que por venganza ú otro motivo atentaban contra la libertad de las personas. Aquí hablaremos solo de la *cárcel privada*, porque los demas hechos pertenecen á los *arrestos legales*, de que nos ocupamos mas adelante (5).

**216.** El delito de cárcel privada puede verificarse por el arresto momentáneo de una persona sin secuestrarla, por la simple detencion en su casa propia, ó por el secuestro en un lugar solitario. Para que exista basta que no pueda reti-

(1) Contra la fuerza probablemente.

(2) L. 8, tit. 17, lib. 4, R. C.

(3) L. 35, tit. 16, P. 3 y 6, tit. 6, lib. 4, R. C.

(4) La Ordenanza distingue los casos ejecutivos de los que permiten dirijirse al Comandante de Armas. [Trat. 8, tit. 10 art. 21]. El auxilio debe pedirse por juez competente [Decr. Febrero 14 de 1822, art. 3]. Véase tambien el decr. de Octubre 31 de 1829 y L. 66, tit. 5, lib. 2, R. C.

(5) N. 231.



rarse libremente, ó disponer de sí misma (1). Muy frecuente en otro tiempo este delito, las penas con que las Partidas le castigan son desproporcionadas, considerándolo atentatorio jeneralmente de los derechos del soberano (2). Unalo compara con la fuerza, y señala el destierro perpétuo con confiscacion; y en caso de sobrevenir la muerte, pena capital (3). Otra clasificándolo de usurpacion del imperio, cuando se hacen cárceles de nuevo, ó se usan de las que se tienen, ó de cepo ó cadena, sin mandado del rey, impone la muerte (4), aunque G. Lopez la modera, diciendo que no debe estenderse *in eo qui casu hominem solum unum aliquantulum tenet carceratum* (5). Por el Fuero Juzgo la pena era de azotes (6), por el Fuero Real pecunia-ria (7). Nosotros tenemos declarado sin esplicacion alguna en vigor « las prohibiciones y penas que las leyes existentes dictan sobre cárceles y prisiones privadas » (8).

§ 17. Con este delito no debe confundirse ni el hecho del atreedor que prende á su deudor (9), ni el acto del que echa á otro de la tierra (10). En el primer caso, lo que hay es una injuria, un abuso del derecho propio; y por eso el castigo es perder el delincuente su derecho, pagar otro tanto, y una pena en el cuerpo, segun albedrio del juez (11). En el segundo,

(1) *Inclusus seu non inclusus, cum vinculis vel sine vinculis..... Semper dicitur sub carcere priatus inclusus.* [Farin, q. 27, n. 11].

(2) Así era tambien en el antiguo derecho romano [L. 9, D. ex quib. caus major]; pero despues se variaron por unos cuantos dias de prision. [L. 2 Cod. de privat. carceribus].

(3) L. 8, tit. 10, P. 7.

(4) L. 15, tit. 29, P. 7.

(5) Gl. 3, ley cit. El mismo G. Lopez, dice que no hay cárcel privada si el preso puede evadirse fácilmente, ó si el que comete el delito pone de su propio motu en libertad al preso, y entre uno y otro hecho no pasa mucho tiempo, [gl. 1]; nueve dias segun una ley de Partida [l. 17, tit. 26, P. 2].

(6) L. 4, tit. 1, lib. 8, F. Juzgo.

(7) LL. 12 y 13, tit. 4, lib. 4, F. Real.

(8) Decr. feb. 14 de 1822, art. 5.

(9) L. 15, tit. 10, P. 7 y 1, tit. 17, lib. 5, R. C.

(10) L. 7, tit. 12, lib. 8, R. C.

(11) L. 15, tit. y P. cit. *Quia dolo non videtur habere qui jure suo utitur* [L. 1, § 2, D. de hom. lib. exhibendo]. La L. 5, sin embargo, tit. 12, lib. 4, R. C. equipara este delito al de cárcel privada, y lo hace caso de corte.



un delito *sui generis* que seria penado, segun las circunstancias de cada caso, si pudiera suceder entre nosotros. La ley señala « pena de forzador con armas » (1).

§ 10. No habria tampoco delito de cárcel privada en el encierro en que pusiese un padre á sus hijos, ó el marido á su mujer; si bien estos hechos podrian segun su gravedad dar materia á un proceso criminal, hoy que á diferencia del antiguo derecho, la autoridad de los padres y maridos no pasa de una autoridad moral (2).

### CAPÍTULO III.

#### EVASION Y OCULTACION DE PRESOS

§ 11. La ley romana castigaba la simple evasión, menos severamente que cuando se quebrantaba la cárcel (3). *Fugiens ex carcere*, dice Farinacio *quia invenerit ostium apertum, non puniuntur de efracto carcere sed mitius* (4). Las Partidas, respecto de los cuidadores, distinguen cinco casos; el 1º cuando el preso se va con muy gran culpa ó *engaño* de los que lo cuidan: el 2º cuando solo hay *negligencia*: el 3º si se van por *ocasion*: el 4º por *compasion*: el 5º si el preso se suicida. Las penas contra los custodios son en el primer caso, la del *talion*; en el segundo, la destitucion y azotes: en el tercero ninguna: en el cuarto pena discrecional: en el quinto destitucion tambien y azotes (5). Pero respecto del preso no consideran que hay delito sinó cuando es acompañada la evasión de que-

(1) L. 7, tit. y lib. cit.

(2) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 338 y 339. El mismo derecho antiguo negaba al marido la facultad de secuestrar á su mujer: *licet marito uxorem delinquentem trahere corrigere*, dice la glosa, *at non in carcere aut vinculo conjungere*. [in leg. 8, C. de repudiis.]

(3) L. 1, D. efracti, et expil.

(4) Farin, q. 30, n. 160.

(5) L. 12, tit. 29, P. 7.



bramiento de cárcel, y *acuerdo* de todos, en cuyo caso «yendose todos ó la mayor parte, se darán por *sechores* del delito de que están acusados» (1). Las Recopiladas no se ocupan del hecho de los presos, sinó de los que los cuidan. Segun ellas, si los que guardan los presos se van con ellos, ó los sueltan, deberán sufrir la pena que correspondia á aquellos; y un año de cadena por la *mengua de guarda*. Pero si la pena habia de ser pecuniaria, en el primer caso pagarán lo que el preso debia, con medio año de cadena, y en el segundo tres meses de cadena (2). Solo una ley habla del preso que fuga de la cadena y declara en jeneral que se tendrá por confeso, y sufrirá su pena con una multa (3).

**220.** Ni estas leyes ni las romanas distinguen presos por causa civil de presos por delitos (4). En opinion de los antiguos jurisconsultos, el hecho se castigaba, no tanto por el delito que motivaba la prision, cuanto por la rebelion contra la autoridad, *quia ad effectum puniendi*, dice Farinacio, *consideratur solum violatio loci publici et carceris, qui dicitur locus sacer, non autem causa detentionis* (5). Pero si distinguian de presos con causa justa, y de presos ilegalmente. Los segundos no tenian pena, aunque quebrantasen la cárcel (6), aunque empleasen la violencia contra sus guardianes (7). Los mismos controvertian largamente si la tentativa debia asemejarse á la

(1) L. 13, tit. y P. cit. tomada de la l. 1, D. de effractoribus, que señala la pena de muerte. Si solo se van unos pocos, la pena es discrecional, aumentándoseles las prisiones. Ley cit.

(2) L. 12, tit. 23, lib. 4, R. C. Esta disposicion viene del derecho romano. *Eximens debitorem ex carcere tenetur solvere de proprio debitum creditoribus non aliter ac si fuisset ipsius de bitoris fidejussor* (Farin, q. 30, n. 107).

(3) L. 7, tit. 26, lib. 8, R. C. La práctica ha destruido esta confesion ficta. Hoy no se priva á nadie de su defensa. Lo único que se hace es formar pieza separada por la evasion, y acumular á la pena principal otra *accessoria*, [Goyena, cod. crim.]

(4) Sin embargo la 12, cit. anteriormente, disminuye la pena contra el guardian en el caso de ser el preso por causa civil.

(5) Farin, q. 39, n. 25 y 81.

(6) Menochius, de arbitr. jud. casu 301, n. 14.

(7) Covarrubias, Var. resol. lib. 1, c. 2, n. 12.





consumacion. Segun una ley romana, la persona se reputa fuertiva, no por el acto de la fuga, sino por la intencion (1). Segun otra, se necesitaba un hecho cualquiera que comenzase la evasion (2), dar por lo menos un paso afuera, decian los intérpretes (3). Pero estas decisiones no eran seguidas en la práctica. El que era detenido en los actos de ejecucion tenia pena inferior (4).

221. El delito del preso consiste pues en quebrantar la prision (5), en las violencias que cometa para conseguir la fuga (6). El deseo de libertad, natural en el hombre, pasa á ser culpable cuando va hasta rebelarse contra la autoridad (7). Pero si el preso se evade por encontrar la puerta abierta, ó por cualquier otra negligencia de los cuidadores, no tendrá pena (8). Los autores justifican tambien al preso que fuga porque la prision se incendia, ó inunda, en caso de una enfermedad contagiosa, ó por huir cualquier otro peligro cierto, como tratamientos atroces, ó la injuria un atentado contra su honor (9).

222. Hablemos ahora de los que favorecen la evasion. Esto puede ser por los mismos guardianes, ó por otros. El principio antiguo en el primer caso era que fautores y cómplices debian sufrir la misma pena (10). Pero es preciso distinguir la negli-

(1) L. 17, D. de edictio edicto.

(2) L. 225, D. de verb. signif.

(3) Boerius, Dec. 215, n. 1 y 12.

(4) Farin, q. 30, n. 30 y 31.

(5) *Effracto carcere, effractus foribus*. Leyes romanas.

(6) Si matasen, hiriesen ó golpesen á los guardianes, el delito tomaria otra gravedad, v. el n. 211.

(7) Razon que comprende á los presos criminales como á los civiles, aunque en igualdad de circunstancias estos deben ser castigados con pena menor.

(8) Segun el derecho romano la pena como hemos dicho era menor, *levius puniendus*. (L. 1, D. *effract et epilati*). Algunas leyes modernas han seguido este principio. En Nápoles la pena se reduce á la 8ª parte.

(9) Farin, q. 30, n. 185 y 189. Lo mismo debe decirse del preso que aprovecha la puerta quebrantada por otros, sin haber participado del complot, [Arg. de la ley 13, tit. 29, P. 7.] El arrepentimiento del que volviere seria solo circunstancia atenuante. Contrá, J. Clarus, q. 21, n. 27.

(10) Farin, q. 30, n. 83 y siguientes. La ley 38, § 11, D. de penis, señala la de muerte que era tambien la del escapado. Las Partidas la del talion, si hubo engaño (L. 12, tit. 6, 29, P. 7).



gencia de la connivencia, como lo hacen ya nuestras leyes (1). La primera no es mas que la falta de vigilancia, mientras que la segunda supone infraccion intencional de sus deberes. La negligencia se presume; la connivencia necesita una prueba completa de parte del que la alega (2). Respecto de los otros, la negligencia no les atañe, y solo es posible la complicidad por procurar y facilitar la evasion, ó por actos de connivencia con los guardianes, que pueden revestir muchas formas. Pero nuestras leyes solo han previsto el caso mas grave de violencia (3), señalando la pena del talion contra «los que tienen el atrevimiento de sacar por fuerza un preso» (4).

\*\*\*. En el Digesto y Código se consideran culpables igualmente los que ocultan á los presos que fugan, *in pari causa habendi sunt* (5). Pero es preciso notar que en el Digesto se trata de oficiales públicos que reciben dinero por este hecho, y que el Código supone una asociacion entre los criminales y receptadores (6). Así, los jurisconsultos no trepidaban en enseñar que solo debia aplicarse una pena discrecional, segun las circunstancias de cada delito (7); y por un principio de humanidad que la justicia mas rigurosa no puede desechar, eximian de toda culpa á los parientes (8). *Eos apud quos, decia la ley romana, affinis vel cognatus latro conservatus est neque absolvendus, neque severe admodum puniendus* (9).

(1) Leyes Recopiladas cit. que señalan un año de cadena en el primer caso; en el segundo, la pena misma de los presos; y si el preso es civil estas penas se disminuyen todavía. Véase tambien el auto 7, tit. 23, lib. 4, R. C. sobre los Escribanos y Alguaciles que por malicia ó interés avisan al reo para que no sea preso.

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 195 Si hubiese fuerza mayor ó imprevista, es claro que ninguna pena merece el guardian.

(3) L. 14, tit. 29, P. T, Farin, q. 30, n. 92.

(4) Segun el Fuero Juzgo, tiene la misma pena los que empleen artificios ó engaños, L. 3, tit. 4, lib. 7, F. J. v. tambien la L. 5, tit. 22, lib. 8, R. C.

(5) L. 1, D. de receptatoribus. *Par ipsos et eos parva expectet*, L. 1, Cód. de his qui latrones ocul.

(6) Véase, n. 52 y 53.

(7) *Non eadem pena sed arbitraria*, Farin, q. 30, n. 98.

(8) J. Clarus, q. 29, n. 5.

(9) L. 2, D. de recep.



## TÍTULO IV.

### DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS

#### CAPÍTULO I.

##### ALLANAMIENTO Y VIOLACION DE DOMICILIO.

334. El principio que declara inviolable el domicilio de los ciudadanos remonta á las legislaciones mas antiguas. Ciceron lo proclamaba como una regla comun. *Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam uniuscujus que cirium domus?* (1). La ley romana castigaba toda introduccion violenta al domicilio de un ciudadano (2), y sus jurisconsultos decidian que no era permitido arrancarle de su casa para traerlo ante la justicia (3). La casa del ciudadano era una especie de asilo sagrado, *tutissimum refugium atque receptaculum* (4). Entre nosotros, el lejislador no se ha mostrado menos solícito por la seguridad individual. La Constitucion dice: « la casa de un ciudadano es un asilo inviolable, y solo podrá entrarse á ella en virtud de órden escrita de juez ó autoridad competente » (5). Faltaba determinar esta autoridad. Esto se ha hecho últimamente (6); diciendo que lo es á mas de los majistrados, el Ge

(1) Ciceró, *pro domo*, c. 41.

(2) L. 5. D. de injuriis.

(3) LL. 18 y 21 D. de injus vocando. *De domo sua nemo extrahi debet.*

(4) L. 18. D. cit. Su fortaleza, dicen las leyes inglesas [Blackstone, c. 16.]. Sin embargo, estas lo mismo que las norte americanas no castigan la violacion del domicilio, sino de noche y con efraction.

(5) Art. 160 de la Constitucion, dec. Noviembre 3 de 1811, y Belg. Prov. de 1817.

(6) Ley de Agosto 20 de 1859. En general podia decirse que un funcionario es todo agente que en nombre del Estado ejerce una parte de la autoridad pública.



de Policía en la ciudad, y en la campaña, los Jueces de Paz y Comisarios (1).

**225.** Queda todavía dar á estas leyes una sancion penal y fijar los casos en que pueda violarse el domicilio, y con qué formalidades. Los autores y antiguas leyes señalan, en primer lugar, un incendio, inundacion ó pedido del interior mismo de la casa (2); en segundo, las casas abiertas al público, que deben ser accesibles para la Policía, de noche mismo (3); en tercero, un objeto especial determinado por la ley ó la autoridad (4). Sobre las formalidades hablamos en la 2ª parte.

**226.** La violacion ó allanamiento del domicilio es un hecho *sui generis*; pero si la introduccion tuviese por motivo perpetrar otro delito, un robo por ejemplo, un raptó ó un asesinato, no seria sinó acto preparatorio, principio de ejecucion; y entonces se castigaria, no ya el domicilio violado, sinó la tentativa del delito (5).

## CAPÍTULO II.

### VIOLACION DE LA CORRESPONDENCIA.

**227.** Una carta es la propiedad de aquel á quien se envia, y por lo mismo que está espuesta á mas ataques, debe ser mas

(1) Según la ley brasilera, el solo hecho de entrar de noche á una casa sin el consentimiento de la persona que la habita, tiene seis meses de prision [art. 209], y tres meses, si es de dia [art. 310] con excepcion del *flagrante delito* ó de ejecucion de órdenes superiores. Pero la ley encarga siempre « toda circunspeccion con los habitantes de la casa, y respeto á la modestia y honor de las familias ». La ley francesa, multa y prision de seis meses á un año, [art. 184], y de seis dias á seis meses si es particular el culpable.

(2) L. 9, tit. 21, lib. 3, Novis, R.

(3) Autos 22, 47 y 80, tit. 6, lib. 2, R. C.

(4) Así puede entrarse para el censo, ejecucion de la contribucion directa, descubrir las trazas de un delito, arrestar un delincuente, verificar la legalidad de los presos y medidas, salubridad de medicamentos etc. En el caso de arresto de un individuo, ó de la averiguacion de un delito, puede hacerse la *visita domiciliaria*, que envuelve el allanamiento [v. el n. 233 y 2ª parte n. 94].

(5) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 19.



protejida que las otras propiedades. Desde los tiempos mas remotos la legislacion ha reconocido este principio de la Constitucion (1): «La correspondencia es inviolable, y el que la viole se hace reo contra la seguridad personal» (2). Este delito puede cometerse por un particular ó por un funcionario. Sucediendo sin embargo mas frecuentemente lo segundo, hemos creido que este era el lugar mas apropiado de ocuparnos de él.

**229.** El artículo constitucional promete determinar por una ley especial los casos y justificaciones con que puede procederse á ocuparla; pero hasta ahora se ha dado. Solo agregaremos, pues, que segun la ordenanza de Bilbao el Tribunal de Comercio tiene derecho de apoderarse de la correspondencia de los quebrados y sus dependientes (3); y que en jeneral, los jueces del crimen lo tienen tambien en el caso de los procesados; porque la represion de los delitos es del interés jeneral de la sociedad, y superior á la inviolabilidad de la correspondencia (4). Seria extraño, dice con mucha razon un autor francés, que las cartas estuviesen al abrigo de las investigaciones judiciales, cuando no lo está el domicilio mismo del ciudadano, mas sagrado todavia (5). Los magistrados sin embargo deben usar con mucha reserva de este derecho, porque la publicacion de la correspondencia puede comprometer los intereses y el honor de una familia.

**230.** La inviolabilidad de la correspondencia carece, como

(1) Las mismas leyes españolas consagran el respeto de las correspondencias. «Reconociendo que este es el instrumento con que las jentes se comunican, dice una, conviene no dar lugar ni permitir excesos semejantes, pues de mas de lo sobre dicho, es opresion, violencia é inurbanidad, que no se permite entre gente que vive en cristiana poltica». La ley siguiente dice, que para justificar este delito basta la prueba privilegiada. [Leyes 7 y 8, tit. 16, lib. 3, R. Ind].

(2) Art. 158 de la Constitucion.

(3) Cap. 17, art. 11. El código de Com. ha repetido esta disposicion [art. 1566].

(4) Véase la L. 6, art. 9 á 12, 15, tit. 13, lib. 3, de la Nov. Recop., y n. 86 y 91 de esta 1.ª parte.

(5) Chauveau Adolphe, Theorie du code penal, t. 3, p. 32. Una carta puede en muchos casos constituir el cuerpo mismo del delito.



el domicilio, de sancion, á menos que le apliquemos las penas de los arrestos ilegales, con cuyo delito parece compararlo la Constitucion (1). La Ordenanza española de correos, en caso de quebrantamiento de balija impone al forzador si es noble 1,000 ducados y 10 años de presidio, y si es plebeyo 200 azotes y 10 años de galeras; y si se limita á la interceptacion las mismas penas, sin la multa ó los azotes, comprendiéndose en el castigo los auxiliadores, mandantes y aconsejadores (2). Pero es evidente que estas penas desproporcionadas no pueden aplicarse á los simples particulares, ni á la mayor parte de los casos, el de abrir una carta por ejemplo, y volverla á entregar.

**230.** Por lo demas, este delito no existe sinó cuando la abertura ó supresion se hace á sabiendas y con intencion fraudulenta; puesto que se trata de un delito que debe componerse, como todos, del hecho y de la intencion. Así, la pérdida de una carta ó su abertura accidental, no entraria en las disposiciones de la ley; y bajo de un punto de vista distinto, el delito desaparecería igualmente si la supresion ó abertura tuviese por objeto la perpetracion de otro delito, como la sustraccion de una letra de cambio que viniese inclusa. El delito de violacion de correspondencia se encontraria entonces absorbido por el mas grave de hurto (3).

### CAPÍTULO III.

#### ARRESTOS ILEGALES.

**231.** Dijimos antes que la cárcel privada entre los romanos era castigada severamente, por considerarse que solo al príncipe

(1) Art. 158 de la Constitucion.

(2) L. 13, tit. 13, lib. 3, Novis. Rec.

(3) Chauveau Adolpe, t. 3, p. 33.



correspondia la custodia de las personas (1). Era tal el rigor de esta legislación que la muerte y confiscación de los delitos de lesa majestad se extendía á los gobernantes que no reprimían las detenciones ilegales (2). Justiniano suavizó despues estas penas (3); pero sin distinguir tampoco el abuso de los funcionarios del de los particulares. El texto de la ley era aplicable á las dos hipótesis: *Iubemus nemini penitus licere in quibuslibet imperii nostri provincis vel in agariis suis, aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam* (4). Exceptuábanse no obstante: 1º los que no habian hecho mas que ejercer un poder legal (5); 2º los parientes ó magistrados que encerraban á los locos (6).

232. Cométese este delito siempre que el arresto se verifica sin orden de autoridad competente, y fuera de los casos en que la ley permite la prision (7). En los códigos norte americanos se define « toda violación de la libertad individual sin causa legítima y suficiente ». Jeneralmente hablando, solo los jueces que á la garantía de la inamovilidad reúnen las demas de la magistratura pueden mandar el arresto y prision de los delinquentes (8). Una orden de prision no es un simple acto conservatorio, sinó de jurisdicción (9). Pero hay delitos exceptuados en que cualquiera puede prender. Tales son la falsificación de moneda, la traición, ladrón conocido, incendiario, forzadores de virgenes ó relijiosas, y los blasfemos (10). Los autores agre-

(1) L. 9. D. ex quibus caus, maj. *Personarum custodia ad solum principem pertinet.*

(2) L. 1, C. de privatis cacer *qui laxam non vindicaverit majestatem.*

(3) L. 2, C. cod. tit. *tot dies manere in publico carcere quot fuerit quis in privato ab eis inclusus.*

(4) L. 1, Cod. de priv. carcerib.

(5) L. 1, § 2, D. de hom. lib. exhib.

(6) L. 13, D. de off. pras.

(7) En el derecho francés estos hechos se conocen con el nombre de *forfaiture*, de *foris factura*, acción fuera de toda regla.

(8) L. 2, tit. 29, p. 7.

(9) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 206.

(10) L. 2, cit. y 4, tit. 4, lib. 8, R. C.

gaban el flagrante delito (1); pero este caso se halla hoy comprendido esplicitamente en la Constitucion (2).

**233.** La misma Constitucion exige como formalidades necesarias: 1º una indagacion sumaria que produzca semi plena prueba, ó indicios de un hecho que merezca pena corporal: 2º orden de juez: 3º que si se le prende sin observar estos requisitos, se ponga al aprehendido dentro de 48 horas á disposicion del Tribunal: 4º que se le notifique la causa de su prision dentro de tercero dia: 5º que sinó merece pena corporal sea soldado bajo fianza (3). De consiguiente siempre que se falte á cualquiera de estos requisitos, el arresto será ilegal (4).

**234.** Pero ¿qué motivo se considerará suficiente para prender? El artículo constitucional habla de indicios. ¿Entrará en estos la fama pública, segun las Partidas? Poco habríamos ganado entonces en libertad individual. G. Lopez, comentando la ley, observa con razon que siempre debe preceder una informacion, *aliqualis cognitio* (5), y la instruccion de correjidores de 1778 recomienda á los jueces en jeneral que no sean fáciles en decretar prisiones, si las causas ó delitos no son graves, y no se teme la fuga ú ocultacion del preso (6).

**235.** Respecto de la pena de este delito, el derecho romano castigaba al juez que abusaba de su poder en los daños y perjuicios. *Judex indebite inquirens contra aliquem in omnes impensas et interesse partis exxatæ tenetur* (7). Segun el Reglamento provisorio del año xvii el juez ó comisionado que prendiese ó arrestase indebidamente, debe ser removido, y

(1) Gomez Var., lib. 3, c. 9, n. 3, y arg. de las leyes 7, tít. 23, lib. 4, 9, tit. 3, lib. 1, y 6, tít. 4, lib. 4, R. C.

(2) Art. 151.

(3) Art. 152, 153, 154 y 155.

(4) Una ley Recopilada manda presentar el preso inmediatamente al juez, antes de meterlo á la cárcel, á menos que fuese de noche (L. 7, tít. 23, lib. 4, R. C.) Esta misma ley prohibe detener en sitios ó casas particulares.

(5) Gl. 1, á la L. 1, tít. 3, P. 7.

(6) Véase la 2ª parte, n. 100 y siguientes.

(7) L. ut filius fam. D. de judicis. Baldo, dice formalmente. *Judex temere capiens innocentem, puniendus est, et tenetur ad damna et interesse partis* [in leg. 2, Cód. de his qui latrones].



pagar los daños (1). Un decreto sobre prisiones en cuarteles, cuerpos de guardia ó cárceles militares, dice que el jefe que contraviniese á lo dispuesto en él, responderá al Gobierno por la infraccion, y á la parte por el daño (2). Una ley Recopilada en fin prohíbe á los jueces eclesiásticos, so pena de estrañamiento, que arresten á legos, sin implorar el auxilio del brazo secular (3). Pero es claro que los daños no bastan en la mayor parte de los casos. De todos los derechos del hombre, la libertad es el mas importante. Un arresto perturba la existencia de la familia, y puede comprometer la fortuna ó la industria del ciudadano. La ley deberia definir y organizar rigurosamente el derecho de arrestar (4).



## CAPÍTULO IV.

### CORRUPCION.

**236.** Se entiende por corrupcion el hecho del funcionario que trafica con su autoridad, para hacer ó dejar de hacer un acto de sus funciones (5). Este abuso es una de las mas graves prevaricaciones que pueden cometerse. El funcionario que entrega por dinero el ejercicio de la autoridad que se le ha confiado, no traiciona solo los deberes especiales de su empleo, sino tambien la sociedad que confiaba en su probidad. Pero el delito aparece todavia mas grave, cuando es un juez el que trafica con sus sentencias, un magistrado el que vende sus opiniones, su religion y su conciencia (6). *Non flagitiosum tantum,*

(1) C. 3, art. 23.

(2) Feb. 14 de 1822, art. 2.

(3) L.L. 14 y 15, tit. 1, lib. 4, R. C. La iglesia no tiene imperio, territorio, ni fisco. Véase el n. 258.

(4) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 199. En Inglaterra este delito en ciertos casos tiene las penas del *perjurium*, que pueden ser prision perpétua y confiscacion.

(5) L. 8, tit. 1, P. 7. Los autores españoles lo conocen con el nombre de *boralleria ó cohecho*.

(6) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 570.



dice Ciceron, *sed omnium etiam turpissimum maximeque nefarium mihi videtur ob rem judicam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem et religionem* (1). Los antiguos empe-  
zaron por castigar este delito cruelmente (2), pero tanta severi-  
dad no fué mas que un freno impotente. Las costumbres no  
tardaron en reaccionar sobre las leyes. La ley *Julia repetun-*  
*darum* señaló solo una multa del cuádruplo. Posteriormente  
fué permitido agregar una pena corporal, en proporcion á la  
gravedad del hecho (3), que podia elevarse hasta la capital, si el  
efecto habia sido el sacrificio de alguna vida. Mas en el último  
estado de la lejislacion, *noro jure*, segun la espresion del Código,  
se distinguieron las causas civiles de las criminales. En el  
primer caso, la pena era una multa doble ó triple: en el segundo  
la confiscacion y destierro (4).

**337.** Esta distincion ha pasado á nuestro derecho. Segun  
las Partidas, en las causas civiles pueden hacerse tres hipótesis:  
que la injusticia se cometa por *amor ó desamor* (5), por *necedad*  
ó por *paga ó promesa*. En el primer caso, la pena es otro  
tanto (6), daños, espensas é infamia « porque fizo contra la jura  
que juró quando lo pusieron en el oficio »: en el seguudo, daños  
solamente, jurando que no dió el juicio maliciosamente: en el  
tercero, tres tantos de lo que le dieron ó prometieron, daños,  
espensas, nulidad del juicio é infamia, perdiendo el sobornador  
lo que dió « porque la torpedad avino tambien del uno como del  
otro » (7). En las causas criminales, por el contrario, la ley no

(1) In Verrem, n. 1.

(2) Como clavar en una cruz el Juez, ó pelarlo vivo. Las 12 tablas señalaban muerte.

(3) L. 7, § 3, D. ad leg. Jul. repet. exilio vel etiam durius.

(4) L. 4, § 2, Cód. de pena judicis qui malé judicavit.

(5) *El sic dolo* (G. Lopez).

(6) O azotes en su defecto, segun el Fuero Juzgo, que distingue solamente dos casos, *ruego é ignorancia* [L. 19, lit. 1, lib. 2]. Lo mismo el Fuero Real que equipara el caso de *ruego* al de *precio* [L. 2, tit. 2, lib. 2, F. R].

(7) L. 24, tit. 22, P. 3 y 52, tit. 14, P. 5. En la práctica la pena es la restitution, y la que juzga prudente el Tribunal Superior que conoce del hecho. La cédula de 15 de mayo de 1788 prohibe *toda* regalo de cualquier *premio* que sea, bajo privacion de oficio, inhabilitacion para otros, y cuantitativo.



distingue, y sea que el juez sentencie injustamente á sabiendas, ó por error, deberá ser condenado á la misma pena de muerte que él impuso, conmutable en destierro con infamia y confiscacion, « ca, dice la ley, esta es cosa que despues que es hecha non se puede cobrar nin enmendar cumplidamente en ninguna manera » (1). Pero si interviniese precio, la pena será destierro perpétuo y confiscacion, ó daños y perjuicios en favor de los herederos (2).

**238.** Este delito que no es considerado por las legislaciones modernas sino como un abuso de confianza, agravado por la calidad del agente ó los resultados que produce (3), requiere tres condiciones esenciales: 1ª que el delincuente tenga la calidad de funcionario: 2ª que haya aceptado las promesas ó recibido los dones: 3ª que estos dones ó promesas tengan por objeto un acto de su empleo no sujeto á salario, ó abstenerse de uno que entraba en el órden de sus deberes (4). La corrupcion que se comete por agentes que no tienen funciones judiciales ó administrativas es un simple abuso de confianza ó estafa. Decimos dones ó promesas, porque para el objeto del delito, es lo mismo. *Qui accepit vel promissionem suscepit*, decia la ley romana (5); *Don ni promision*, dicen nuestras leyes (6); y en efecto, poco importa que el juez se haya dejado arrastrar por presentes reales, ó por esperanzas á que ha dado crédito. Su delito es el mismo, aunque sea mas difícil comprobarlo (7). Poco importa

(1) L. 25, tit. 22, P. 3. Los antiguos exigian que la condenacion se ejecutase. [J. Clarus, § homic. n. 15]. Pero esta pena no está en práctica, ni seria justa en el caso de ignorancia, sino que el Tribunal impone la que estima prudente segun los casos.

(2) L. 25, tit. 22, P. 3 y 52, tit. 14, P. 5, in fine, tomadas de la L. 7, § 3, D. ad leg. Jul. repetund. En caso de absolucion ó disminucion injusta de pena, v. G. Lop. gl. 3, á la L. 25, cit.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 582 y 583.

(4) Chauveau Adolphe, loc. cit.

(5) L. 1, § 2, Cód. de pœna judicis.

(6) L. 52, tit. 14, P. 5, quel den ó le prometan, L. 2, tit. 2, lib. 2, F. Real, y 6, tit. 4, 2. 3.

(7) La cédula de 15 de mayo de 1788 admite la prueba de dos testigos singulares, y la accion popular.

tambien que reciba por sí ó interpositas personas, como su mujer, dependientes ó criados (1). Se requiere en fin que sea un acto de su competencia, *ex officio suo*, porque la ley solo ha querido proteger esta clase de actos contra un tráfico ilícito (2).

339. La corrupcion es punible, aunque tenga por objeto ejecutar un acto justo, ó facilitar el despacho (3); porque procediendo á estos actos el juez cede mas bien á la corrupcion que á la voz de su deber. La espedicion del negocio es una cosa justa en sí misma, pero desde que sea el precio de un regalo ó promesa, el acto se reviste de una criminalidad que debe reprimirse (4). Como hay diferencia sin embargo entre uno y otro hecho, la pena debe ser menor. En el uno, el agente solo es culpable de avaricia: en el otro agrega la violacion de sus deberes (5). La misma disminucion debe hacerse si la sentencia es apelable, porque el peligro no es el mismo (6).

340. Es igualmente pasible de pena el funcionario que despues de haber recibido los dones ó promesas, deja de ejecutar el acto á que se habia comprometido. En el derecho romano este punto no ofrecia duda alguna. *Si igitur accepit ut negotium faceret sive fecit sive non fecit, tenetur qui accepit ut ne faceret, et si fecit tenetur* (7). Pero los comentadores sostenian que la pena no debia ser la misma. *Non sequuto effectu*, dice Farinacio, *non punitur pasciscens eodem modo et eadem pæna ac si effectus sit sequutus* (8). Distinguanse dos delitos

(1) L. 2, Cód. ad leg. Jul. repet. 2, D. de calum. y ced. de 15 de mayo de 1788, véanse tambien la ley 30, tit. 4, y 56, tit. 5, lib. 2, R. C.

(2) Chauveau Adolphe, *loc. cit.*

(3) G. Lop. gl. 1, á la L. 52, tit. 16, P. 8.

(4) Farin, q. 111, n. 159, y Menochius de arbit. quæst. lib. 1, casu 242, n. 26. Pero el derecho romano no era bien claro á este respecto, como tampoco nuestras leyes, que siempre parecen suponer la perpetracion de una injusticia. (Farin, q. 111, n. 39).

(5) El Código brasileiro castiga con prision de tres á nueve meses la sentencia justa arrancado por dinero y de seis meses á dos años la injusta, (art. 131).

(6) Por las leyes penales de Nápoles solo se castigan las sentencias definitivas que terminan el negocio (art. 200).

(7) L. 3, § 1, de calumniat.

(8) Farin, q. 111, n. 179.





en este hecho: el que resulta de la convencion entre el agente, y el sobornador, que subsistia por el pacto mismo, prescindiendo de sus efectos; y el que se deriva de la ejecucion del pacto. Por eso el agente que se hacia solo culpable del primero, era castigado con menos severidad. Sin admitir nuestro derecho esta distincion, la ejecucion tiene que modificar necesariamente el acto. Así, en el caso de abstenerse por un libre movimiento de la voluntad, y devolver los dones, la convencion rota luego de formada, no puede mirarse sino como simple proyecto. Si por el contrario, solo ha dejado de ejecutarse por un suceso independiente de la voluntad, el acto presenta todos los caracteres de la tentativa asimilada al delito mismo (1).

**§ 41.** Hasta aquí hemos hablado del agente principal del delito: examinemos ahora el hecho del corruptor. Nuestras leyes distinguen el acusador del acusado (2). El acusador fuera de recibir la misma pena del juez que toma algo por la sentencia que ha de dar, pierde su accion (3). El acusado, si dá para que lo absuelvan, se tiene por confeso « ca bien se da a entender que era en culpa... fueras ende si fuese cierta cosa que non ficiera el aquel mal de quel acusaban, mas que diera algo al juez con miedo que avia de seguir el pleito, porque era ome de flaco corazon ». En los pleitos civiles, las mismas leyes castigan el hecho del sobornador con solo la pérdida del pleito, y tres tantos de lo que dió, ó dos de lo que prometió (4).

**§ 42.** El soborno requiere las mismas condiciones de la corrupcion; y existe como este aunque no se consume. *Tentans*

(1) Chauveau Adolphe, t. 7, p. 599.

(2) L. 26, tit. 22, P. 3.

(3) *Per sententiam, non ipso jure*, dice G. Lopez, gl. 3.

(4) L. 26, tit. y P. cit. Pero si lo diese porque no le hagan injusticia tiene accion para repetirlo [L. 27, y G. Lop. gl. 4]. Este hecho es mas propiamente concusion. La misma accion tiene para repetir lo que hubiese dado el sobornador que delata despues el hecho, y lo prueba, recayendo la pena únicamente sobre el juez. Si no puede probarlo la ley distingue el pleito civil del criminal. En el 1º *debe probar otro tanto*. En el 2º confiscados los bienes, salvándose el juez por su jura [L. 26, cit. in fine], *Nota casum*, dice G. Lopez, in quo fit *juramentum purgationis* [gl. 10].

*corrumpere judicem*, decía Farinacio, *aliqua pœna puniendus* (1) pero es preciso que se haya manifestado por algun acto de ejecucion, *actum proximum, veluti si pecuniam obtulit et judex recusavit* (2).

343. Hay un hecho que tiene cierta analogia con este delito, tal es el del juez que sentencia por favor ó enemistad, *per sordes, aut dolo malo*. Nuestras leyes solo hablan de él en los pleitos civiles, como se ha visto. Los antiguos disputaban mucho sobre la pena (3). La ley romana (4), copiada despues en las Partidas (5), manda pagar el valor de la cosa en litigio, con los daños y espensas. Pero esta pena parece insuficiente en los pleitos criminales. La restitution y los daños son poca cosa para un juez que deshonra ó mata, encubriendo sus violencias con el manto de la justicia. El lejislador ha sido detenido quizá por la dificultad de comprobar el hecho. La justicia humana solo puede alcanzar las circunstancias exteriores. ¿Cómo sondear la conciencia del juez cuando se trata de un movimiento del alma, que no deja vestijios materiales? (6).

344. Concluiremos advirtiendo que si el juez ha recibido presentes ó dinero, la presnncion pesa sobre él por este solo hecho: *in dubio pecunia semper præsuntitur data in malo*. Pero si solo se trata de la pasion del juez, la presuncion está en su favor, *in dubio judex non dolo sed per imperitiam malè judicasse præsuntitur*, esceptuando el caso de una enemistad particular entre el juez y la parte, ó haber el juez manifestado anticipadamente su opinion (7).

(1) Farin, q. 111, n. 103.

(2) Menochius, de arbitr. quæst. lib. 2, casu. 343.

(3) Farin, q. 111; n. 361.

(4) L. 15, D. de judiciis. Según Cujacio el juez quedaba infame tambien. Esto es expreso en nuestro derecho. (L. 25, tit. 22, P. 3).

(5) L. 25, tit. 22. P. 3.

(6) Chauvessu Adolphe, t. 2, p. 616.

(7) Chauvessu Adolphe, t. 2, p. 619.





## CAPÍTULO V.

## CONCUSION.

**245.** El delito de concusion se confundia en la legislacion romana con el de corrupcion, y consistia jeneralmente en el abuso que los majistrados hacian de su autoridad para sacar contribuciones, ó recibir sumas de dinero por hacer justicia (1). Pero los dos hechos difieren por una circunstancia esencial. La concusion exige la suma que percibe. La corrupcion se limita á recibir lo que se le ofrece (2). En el primer caso, hay abuso de autoridad: en el segundo, una especie de pacto. Conviene sin embargo en que no pueden ser cometidos sinó por funcionarios con alguna potestad, *cum aliquam potestatem* (3), ó por sus socios y dependientes con conocimiento y aprobacion suya (4): en que la percepcion debe ser ilejitima, por exceder los derechos de la ley, ó no estar autorizada por los reglamentos, *quo magis quid ex officio suo faceret*: y en la conciencia que el agente debe tener de su ilegalidad, porque sin esto no habria delito (5).

**246.** Si el juez delinque por el solo hecho de admitir cualquier regalo, con mas razon delinquirá, cuando á la fuerza, con

(1) Voet ad Pand. lib. 47, tit. 13. La concusion era conocida entre los romanos con el nombre de *crimen repetundarum*, porque producía accion de restitution en favor de las provincias ó partes damnificadas. Esta era la única pena por la ley *calpurnia repetundarum*. La ley *Junia* agregó el destierro. Despues, la ley *Julia* impuso el cuádruplo á los gobernadores de provincia, y destierro, en caso de recaer sobre los habitantes de la campaña. La restitution quedó reservada para los jueces que recibian regalos por hacer justicia.

(2) *Concusio á concutere, hoc est intimidare*, dice Farinacio (q. 111, n. 43); y en otra parte distingue los hechos en estos términos: *corruptio quando á sponte pecuniam dante judex injustitiam facit: concusio quando pecuniam non á sponte dante recepit, sed extorquet* (n. 39). V. tambien la L. 10, tit. 17, P. 1, in fine.

(3) L. 3, D. ad leg. Jul. repet.

(4) L. 1, Cód. ad leg. Jul. repet.

(5) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 560.

armas, amenazas, vejaciones, ó de cualquier otro modo exija precio por administrar justicia. Así, las leyes han agravado el castigo en estos casos, y fuera de las penas espresadas contra la corrupcion, imponen destierro perpétuo á una isla, confiscacion y duplo (1). La razon la da otra ley en estos términos: «Porque muy fuertes armas han para fazer mal aquellos que tienen voz del rey, quando quieren usar mal del lugar que tienen» (2).

**347.** Puede ser una cuestion si habrá delito cuando la percepcion ilegal se hace en favor del Estado. Nosotros creemos que no. La concusion es un delito complejo, que se compone de dos actos distintos: de un lado, el abuso de poder, que es el medio; del otro, la exaccion de dinero, que es el fin. Si el agente, pues cuando abusa de su autoridad, no tiene por objeto su interés, sino el del Fisco, puede ser todavía culpable de un exceso de celo; pero el hecho no tiene ya los caractéres del hurto, porque ha perdido uno de sus elementos de criminalidad. Puede sin embargo castigarse con una pena menor, por que hay siempre abuso de autoridad (3).

## CAPÍTULO VI.

### EJERCER UN COMERCIO INCOMPATIBLE

**348.** La ley penal no se ha limitado á preveer los hechos consumados, y en ciertos casos ha querido prevenir hasta la posibilidad del abuso. Llevada de esta idea, la ley romana, prohibia só pena de confiscacion á sus procónsules adquirir y construir nada en la estension de las provincias que goberna-

(1) Que son las mismas del forzador (L.L. 5 y 8, tit. 10, P. 7 y 9, tit. 7, P. 5). Por las Recopiladas la pena es los derechos que exijiesen con las setenta y tres Leyes 1 y 2, tit. 6, lib. 3, R. C.

(2) L. 4, tit. 10, P. 7.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 562, que cita varios códigos extranjeros de conformidad con esta doctrina.



ban (1). La misma prohibición ha pasado á nuestras leyes (2), so pena de perder lo que así comprasen, edificasen ó tratasen (3). Semejantes prohibiciones están sin duda en el derecho del legislador, que puede imponer á los agentes públicos las condiciones que le parezcan mas propias para garantizar á la sociedad. Pero es preciso advertir que el delito solo existe cuando se comete con dolo. La contravención material puede hacerlo presumir, y autorizar un proceso; pero si el magistrado justifica la pureza de su conducta, el delito desaparece (4). Las leyes por otra parte que contenian estas prohibiciones han caído en desuso.



## CAPÍTULO VII.

### VIOLENCIAS E INJURIAS CONTRA LOS PARTICULARES Y DENEGACION DE JUSTICIA.

**349.** Los funcionarios pueden en el ejercicio de sus deberes cometer violencias, y dirigir injurias sin motivo lejítimo. Siempre que esto se verifique se harán acreedores á una pena, que se medirá por la gravedad de cada hecho (5). Nuestras leyes hablan de este delito en varios casos, pero sin determinar su naturaleza ni penas (6). Decimos sin motivo lejítimo, porque el agente que arresta en virtud de una orden, ó el que

(1) L. 46, § 2, D. de jure Neci.

(2) L. 5, tit. 5, P. 5.

(3) LL. 1 y 2, tit. 6, lib. 3, R. C.

(4) Chauveau Adolphe.

(5) Otra tal pena, dice la L. 4, tit. 30, P. 7, si el juez dá tormento por enemistad, don ó precio, y el atormentado muere ó pierde algun miembro.

(6) L. 16, tit. 9, P. 7, que encarga mucho al juez no haga deshonra á los que vienen ante él, ni los atormente sinó con derecho; porque si lo hiciese sin razon, «tenudo seria de fazer mayor enmienda que si otro ome lo fiziese». Sobre el castigo del abad á sus monjes, por desamor ó mal querencia » v. L. 32, tit. 7, P. 1; y sobre el alcaide de la cárcel, la 11, tit. 23, P. 7, que señala la pena de muerte.

ejecuta una condenacion, no comete delito alguno (1). El delito solo existiria si se entregase á violencias inútiles, ó se excediese de cualquier otro modo de los limites en que debia obrar (2).

**250.** La denegacion de justicia consiste en no querer juzgar. La ley no se preocupa de las lentitudes de la decision. El juez responde solo á su conciencia del uso que hace de su poder; pero importa que la justicia no tenga trabas, que no se suspenda su curso, que los negocios se despachen con prontitud. Hacer justicia en el sentido de las leyes es pronunciar sentencia: *prætor jus reddere dicitur etiam cum inique decernit* (3). La pena segun las Partidas eran las costas con mas «la que quiera imponerle el rey» (4): segun las Recopiladas, las costas dobladas y cincuenta mil maravedis de multa (5). Al efecto se entabla ante el superior lo que se llama *recurso de retardada justicia*. (6).




---

(1) *Non enim nasci debent injuria, unde jura nascuntur.* (G. Lopez, gl. 4, á la L. 16, tít. 9, P. 7).

(2) *Licet tamen judici, agrega G. Lopez, insolentem vel importune agentem increpare verbis et corrigere* [gl. 4, á la L. 16, tít. 9, P. 7].

(3) L. 11, D. just. et jure.

(4) L. 12, tít. 4, P. 3. Si la denegacion de justicia es en la tramitacion, otra ley de Partida, impone las espensas y los daños, probando que el juez comete la falta, por maldad ó mal querencia, por ruego ó por amor [L. 9, tít. 7, P. 3].

(5) L. 1, tít. 17, lib. 4, R. C.

(6) Castro Pract, for. n. 218. Los funcionarios pueden tambien faltar á sus deberes anticipando ó prolongando ilegalmente su autoridad, participando de los delitos cuya vijilancia les está encomendada etc. Pero las Partidas solo hablan del que usurpa la jurisdiccion civil ó criminal, de otro territorio. En el primer caso tienen pena del duplo de lo que juzgasen. En el segundo la pena del tallon [L. 7, tít. 4, P. 3]. Respecto de los eclesiásticos, v. el n. 258.



## TÍTULO V.

---

### DE LOS DELITOS DE LOS MINISTROS DEL CULTO.

---

#### CAPÍTULO I.

##### REVELACION DEL SECRETO DE LA CONFESION.

**251.** «El que descubre poridad de otro en cosa que non deve, dicen las Partidas en general, faze mal» (1), pero solo castigan como delito la revelacion de los secretos del rey, de que tratamos antes (2); la del abogado que manifiesta á la contraria los secretos de su parte, hecho que clasifican de falsedad (3); la de los acuerdos del Tribunal, por uno de sus ministros (4); y la del sacerdote que descubre los secretos de la confesion (5). Las leyes ponderan el alcance de este hecho (6), y ordenan que el sacerdote no revele lo que sabe por la confesion, aunque solo manden sus superiores «ca él no lo sabe teniendo

(1) L. 5, tit. 9, P. 2.

(2) V. el n. 182.

(3) L. 1, tit. 7, P. 7, y 2ª parte n. 64. Sobre su pena v. la l. 17, tit. 16, lib. 2. R. C.

(4) L. 82, tit. 5, lib. 2, R. C.

(5) Del sacerdote que descubre *poridad del rei* trata la ley 5, tit. 9, P. 2.

(6) «Este atal, dice la ley, faze muchos males e grandes. Lo uno que es traidor á Dios y desobediente á Santa Iglesia; e lo al que es aleroso á su cristiano; e denas, es homiziero, ca mete malquerencia entre los omes e dales exemplo de mal; e faze muy grande falsedad, tolliendo á los omes que non sirvan á Dios, recelando de confesarse. E aun dicen los Santos de tal como este, que es así como el falsario, que quebranta carta sellada con el sello del señor, ó de amigo que gela diese, flandose del en su lealtad, etc». [L. 35, tit. 4, P. 1].

lugar de orge, mas de Dios » (1): so pena de ser depuesto, y encerrado en un monasterio por toda la vida, y esto porque no se le puede matar « de otra guisa » (2).

357. Esta prohibicion es muy antigua. Desde el siglo IV un concilio habia sentado como máxima, *non liceat clericum ad testimonium devocari eum qui præses vel cognitor fuit*, y despues todos los jurisconsultos la han repetido: *Sacerdos*, dice Farinacio, *non potest nec debet revelare sibi imposita per confidentem in sacramentali confessione* (3). Es además inviolable, porque no deriva de la ley, sinó de la religion. La inviolabilidad de la confesion es un dogma del catolicismo, que está proclamado religion del Estado (4).



## CAPÍTULO II.

### FALSEDAD Ó INFORMALIDAD EN LOS ACTOS DEL ESTADO CIVIL

358. La autoridad eclesiástica es la encargada entre nosotros de la conservacion de las partidas de bautismo, matrimonio y defunciones. Las leyes ninguna precaucion habian tomado á este respecto, y la práctica mostraba todos los dias graves faltas. Remediar estos males ha sido el objeto del decreto que ha reglamentado últimamente la forma en que deben llevarse los registros. Su artículo 21, dice testualmente: «toda alteracion en los registros y en sus copias llevadas en las municipalidades, y toda infraccion culpable en las disposiciones contenidas en este decreto (5), darán lugar contra los transgresores á una accion de daños y perjuicios, y á la aplicacion de las

(1) L. 35, tit. y P. cit. *Etiam si sit Papa qui præcepit*, dice Lopes, gl. 2.

(2) L. 35, tit. y P. cit.

(3) Farin, q. 51, n. 93.

(4) Merlín, v. confesseur. La Inquisicion misma respetó este principio.

(5) Se refiere á los curas.

leyes penales» (1). Otro encarga al Presidente de la Municipalidad denunciar al Obispo y Jueces de 1ª Instancia los vicios que notare (2).

**254.** Esta obligación comprende á los ministros de creencias distintas que ejerzan su ministerio en el Estado: lo que tampoco pueden hacer sin manifestar previamente los documentos que acrediten su carácter, so pena de ser castigados, conforme á las leyes, y echados del país, si no hubiese perjuicio de tercero (3).

## CAPÍTULO III

### DISCURSOS Y PASTORALES CONTRA LA AUTORIDAD CIVIL.

**255.** Si los cultos son libres es á condicion que se encierran en los límites asignados á su mision religiosa. Si los ministros pueden enseñar libremente, es en la intelijencia de que no mezclarán con la palabra consagrada á intereses eternos, los efimeros de la sociedad civil (4). Toda vez pues, que en la cátedra de la virtud y de la verdad, se dejen oir predicaciones insensatas, la represion es un deber de la autoridad.

**256.** La censura del gobierno y de sus actos, puede hacerse en discursos ó escritos; y unos y otros ser mas ó menos graves, segun que critiquen solamente, ó prediquen la desobediencia (5). En jeneral, las leyes Recopiladas estimaban que habia alevosía y traicion (6), y castigaban estos abusos con

(1) Decr. de 28 de Octubre de 1859. Estas leyes podrian ser por analogia las que hablan de la falsedad de los escribanos.

(2) Art. 28, decr. cit.

(3) Decr. 20 de Dic. de 1833, art. 4.

(4) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 64.

(5) Son dignas de leerse sobre las cualidades que deben tener los sermones, las leyes 42 y siguientes tít. 5, P. 1, v. tambien ses. 5, c. 5, Conc. Trid.

(6) L. 3, tít. 4, y tít. 26, lib. 8, R. C. que encargan al Prelado prender al predicador y enviarlo preso al rey.



la confiscacion (1). Pero es claro que la pena tiene que ser diversa segun el discurso ó escrito, y efectos que produzca. La estension del discurso poco importa; pero sí es esencial, que sea en asamblea pública, y en el ejercicio del ministerio (2). La pastoral supone un escrito emanado del Obispo (3), y por lo mismo mas digno de represion, si por él se incurre en semejantes excesos. La pena, segun dijimos antes, seria estrañamiento y pérdida de las temporalidades (4).



## CAPÍTULO IV

### CORRESPONDENCIA CON LA CORTE DE ROMA.

**257.** Los ministros del culto no cesan de ser ciudadanos del Estado. Es pues, un delito reprehensible en ellos entretener relaciones con un soberano extranjero, consagrarle una especie de sumision, y hacer depender lo que deben á su patria de lo que creen deber á otro poder. Así, nuestras primeras leyes impusieron esta prohibicion, y ella no ha sido revocada hasta ahora (5). Solo falta la sancion penal. Puede suscitarse la cuestion de si esta prohibicion está en armonia con la libertad de cultos, proclamada por la Constitucion, desde que la correspondencia con el Papa, en cuestiones relijiosas, es casi esencial al ejercicio del culto. Pero á esto se contesta que no está prohibida, sinó sometida á la inspeccion del gobierno, á fin de mantenerla dentro de límites justos (6). Esto mismo es lo que in-

(1) Véase tambien la L. 7, tit. 8, lib. 1, Novis. R. y sobre los gobiernos extranjeros, la n. 26 á la L. 23, tit. 1, lib. 1, Novis. R.

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 67.

(3) Otros comprenden tambien los escritos de los curas á sus feligreses. Escrito de pastor (Gaudry Leg. des cultes).

(4) Suprá, n. 121. Sobre las injurias en los sermones contra los particulares, v. la L. 35, tit. 5, P. 1.

(5) Ley del Cong. de 21 Setiembre de 1819, y acuerdo de Octubre 1º de 1821.

(6) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 75.

porta la necesidad del *exequatur* en el pase de las bulas y rescriptos pontificios, impuesta por otras leyes (1).

## CAPÍTULO V.

### USURPACION DE FUNCIONES.

**259.** Este delito pueden cometerlo todos los agentes del poder administrativo y judicial; pero las leyes no se ocupan especialmente sinó de la usurpacion que los jueces eclesiásticos hacen conociendo de asuntos de legos, ó intentando emplear por si mismos los medios coercitivos (2). Siempre que se encierre en los límites de su jurisdiccion, está mandado que sus cartas citatorias y derechas sean acatadas por la autoridad civil, so pena de mil maravedis de multa (3). Pero á su turno, ellos no pueden prender la persona de los legos, ni practicar ejecucion en sus bienes, sin invocar el auxilio del brazo secular (4). Los que lo contrario hicieren, dice la ley, « pierdan por eso mismo las temporalidades y naturalezas que en nuestros reinos tienen » (5). Y los legos que interviniesen, en calidad de Escribanos, ó Procuradores, sean infames, desterrados por diez años, y pierdan la mitad de sus bienes (6). El pretender conocer de las causas de legos, da lugar á los *recursos de fuerza*, que no son de nuestra materia (7).

(1) Leyes del tít. 10, lib. 1, R. C.

(2) Véase la nota del n. 250.

(3) LL. 1 y 2, tít. 3, lib. 1, R. C. « Porque esto sería contra la libertad eclesiástica ».

(4) LL. 14 y 15, tít. 1, lib. 4, R. C.

(5) LL. 1 y 2, tít. 8, lib. 1, R. C.

(6) L. 2, tít. 8, lib. 1, R. C. La 15, tít. 1, lib. 4, R. C. impone todos los bienes y destierro perpetuo. Respecto del que demanda á otro ante la jurisdiccion eclesiástica sobre deudas y cosas profanas, v. la ley 10, tít. 1, lib. 4, R. C.

(7) V. las leyes del tít. 5, lib. 2, R. C.





## TÍTULO VI

---

### DE LOS DELITOS CONTRA LA COSA PÚBLICA.

---

#### CAPÍTULO I.

##### FALSIFICACION DE MONEDA.

**259.** Por mucho tiempo el lejislador ha desconocido los verdaderos caractéres de este hecho. En Roma no era solo la falsificacion lo que castigaba la ley, sinó la ofensa á la persona del príncipe, la usurpacion del derecho imperial de batir moneda (1). Las penas que se dictaron fueron consecuencia de esta falsa calificación. Castigados al principio los falsos monederos con la deportacion y minas, despues con ser echados á las bestias si eran libres, ó con la última pena, si eran esclavos (2), no tardaron en ser todos sometidos á la horrible del fuego (3). El procedimiento se parecia á la definicion. La causa se juzgaba sin apelacion, cualquier prueba se tenia por buena, y los falsos denunciantes ningnn castigo recibian (4).

**260.** Este modo de considerar la falsificacion ha pasado á las Partidas. «Moneda es cosa, dicen, con que mercan é viven los omes en este mundo. E por ende non ha po-

(1) L. 2, C. de fals. monet.

(2) L. 8, D. ad leg. Corn. de falsis.

(3) *Flammarum exustionibus mancipetur* [L. 2, C. de fals. monet.]

(4) *Farin*, q. 115, n. 47 y 48.



der de la fazer ningun ome si non Emperador ó Rey » (1). Las mismas distinguen el caso de falsificar la moneda, del de cercenarla ó teñirla « ó que fiziesen alquimia » (2). En el primero, la pena es muerte á fuego, estensiva á los aconsejadores, ayudadores y encubridores « por el gran daño que viene á todo el pueblo », y confiscacion de la casa en que se elabora (3). En el segundo, arbitraria (4). Distinguen tambien la falsificacion hecha por los fabricantes del rey, que labran otra para sí, aunque igual en calidad (5), y la de los que mezclan metal de menos valor (6). La pena era el cuatro tanto contra los primeros (7) trabajos perpétuos contra los segundos (8). Pero las Recopiladas se dejan de estas distinciones, y fulminan uniformemente la muerte y confiscacion « contra todos los que sean osados de desfazer, ni fundir, ni cercenar las monedas de oro y plata y vellones en ninguna parte que sean » (9) — « contra los que imitasen ó falseasen la moneda nueva ó hiciesen otro fraude »: — y « contra los que no revelan, receptan, introducen, ayudan la entrada, ó intentan introducir moneda falsa, sin admitir las escepciones de ignorancia, menor edad, ni calidad de estranjeros (10). Nosotros no acuñamos oro ni plata,

(1) L. 9, tít. 9, P. 7. Segun esta ley, la falsificacion es *muy gran falsedad y gran atrevimiento*; pero otra la enumera como el 14º caso de traicion [L. 1, tít. 2, P. 7].

(2) *Ratione materiae vel ratione formae* [G. Lop. gl. 2, L. 9, tít. 7, P. 7].

(3) L. 10, tít. 9, P. 7, que exceptúa de la confiscacion la viuda y menor de 14 años. Los diez años y medio justifican de la falsificacion misma [L. 10, tít. 7, P. 7].

(4) Ley 9, tít. y P. cit.

(5) Estos «farian furto, dice la ley, en cuanto monta la ganancia para sí», [L. 15, tít. 14, P. 7]. V. tambien la 3 y 4, tít. 6, lib. 7, P. Juzgo, 7, 8 y 9, tít. 12, lib. 4, P. Real.

(6) «Falsedad vuelta con furto» [L. 15, cit].

(7) La misma pena tienen los que sin ser empleados reciben oro ó plata del rey para hacer monedas, ó otra cosa [L. 15, cit. en el medio].

(8) L. 15, cit. «E si fuese otro ome destierro en alguna isla para siempre».

(9) LL. 11 y 67, tít. 21, lib. 5, R. G.

(10) Autos 25 y 26, tít. y lib. cit. Pero la pena del cambiata ó otra perso-

pero respecto del papel tenemos dicho en jeneral, que los falsificadores serán castigados como monederos falsos (1), moderando las penas (2) conforme al espíritu del reglamento de justicia (3). Otra ley comprende los fondos públicos en estas penas (4), sin embargo de no ser de curso forzoso.

§§. Fácil es advertir el defecto jeneral de estas disposiciones. Aunque el derecho de acuñar moneda fuese el atributo de la soberanía, la justicia exige distinguir de casos. Si la intencion del fabricante fuera apropiarse el derecho, habria ciertamente atentado á la soberanía. Pero si solo quiere procurarse un beneficio ilejítimo, la ley que lo castiga como reo de lesa majestad, no es mas que una ficcion (5). Este delito tenia antiguamente mas importancia, porque la imperfeccion de las monedas hacia fácil su falsificacion, y la química no poseia sinó elementos incompletos de averiguacion. Pero hoy la clasificacion misma de delito público no es merecida. En rigor, cada pieza considerada separadamente, es una propiedad privada, y todo ataque contra ella solo perjudica al poseedor. La rápida circulacion de la moneda da mas facilidades, pero no cambia la naturaleza y efectos del delito (6).

§§. En la falsificacion de moneda no hay mas que un hurto acompañado de circunstancias agravantes siempre que se altera con mala fé; ó una estafa, cuanda se imita dorando ó plateando una pieza de cobre. Algunos pretenden que es

na que recibe ó distribuye monedas falsas es solo de 4 años de destierro y mitad de bienes [L. 64, tit. 21, lib. 5, R. C.] pudiendo librarse de ella si nombra la persona que se las dió [L. cit].

(1) Ley de 22 de Junio de 1822, art. 4. En los soldados, v. la Ordenanza trat. 8, tit. 10, art. 81.

(2) Ley del Congreso, año 18, con motivo de una falsificacion de moneda en Salta. Segun esta ley el Estado no debe indemnizacion á los tenedores, y la que se recojiese debe volverse inutilizada.

(3) Art. 11, c. 13, sec. 4.

(4) Ley de Octubre 30 de 1821, cap. 2, art. 5.

(5) Las Partidas mismas no condenaban á muerte á los fabricantes de las casas de moneda de tan buena calidad como la del rey.

(6) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 259 y 260. Gut. Pract. crim. t. 3, p. 151.





menos todavía, porque no hay tanta bajeza, dicen, como en el hurto, y porque el fabricante no sabe á quien perjudica (1). Pero estas reflexiones son mas especiosas que exactas. Desde que el monedero falso imite la moneda, engaña á quien la recibe, y ninguna ilusion puede hacerse sobre su delito. La circunstancia estraña de pasarla el que la recibe, no puede servirle de excusa, porque á su respecto queda consumado el delito. (2). No debe tampoco olvidarse que si bien el que fabrica moneda no es culpable de un atentado á la soberanía, lo es siempre de una usurpacion de poder, que compromete la seguridad jeneral.

**363.** En los mismos hechos conviene distinguir la emision de la fabricacion é introduccion, las monedas extranjeras de las del país, la fabricacion de muchas ó pocas piezas (3), la falsificacion hábil de la grosera (4), la tentativa del delito consumado. La fabricacion misma tiene dos grados, la que no cambia el peso ni el título, y la que disminuye su valor. En el primer caso se viola un solo pacto, dice Filangieri. Todo el daño para el fisco consiste en los derechos de amonedacion, sin hurto, ni perturbacion en las relaciones privadas. En el segundo, á la usurpacion de poder, y falsedad cometida, hay que agregar la intencion de un hurto, la larga premeditacion (5).

**364.** La fabricacion propiamente no es mas que un acto preparatorio. El delito no se consuma sinó por la emision. La facilidad sin embargo con que se puede poner en circulacion la moneda, el interés y seguridad del comercio, y sobre todo la presuncion que pesa sobre el fabricante, han hecho que el lejislador la acrimine independientemente de sus resultados (6). Pero cualquiera

(1) M. de Molénes, *De l'humanité dans les lois criminelles*, p. 334.

(2) Chauveau Adolphe, t. 2, 263.

(3) *Si non ascendi ultra quinque vel sex scutos* [Farin, q. 115, n. 138].

(4) *Si moneta tonta habet in se vitium patens ad oculum* [Farin, oc. cit. n. 136].

(5) Ciencia de la lejislacion, t. 5, p. 77.

(6) *Leyes Recopiladas*, cit. y ley de octubre 30 de 1821, sobre fondos pú-

siente que la criminalidad del fabricante, que no ha emitido todavía su moneda, es menos grave. La pena pues debe ser menor, y así sucede ya en algunas legislaciones (1).

**265.** Las Recopiladas igualan también á la fabricación el hecho de arjentar ó dorar monedas de cobre ó plata, siguiendo en esto el derecho romano (2). Pero los autores deciden con razon que solo debe aplicarse una pena inferior, *tingens monetam tenetur pœna falsi*; porque estos hechos no son completamente idénticos (3). El que dora ó platea comete un fraude punible, pero ni la facilidad con que puede ejecutarse este fraude, deja presumir la misma premeditacion de falsedad, ni la alarma que esta alteracion produce es grave, porque la sustancia colorante solo tiene una duracion efímera (4).

**266.** Del mismo modo es injusto comparar con la fabricación, el hecho de limar la moneda. Esta alteracion es un hurto, en verdad, pero sin la circunstancia agravante de la falsedad. El perjuicio mismo que acarrea es poco considerable, porque el que recibe la pieza alterada no pierde mas que la parte disminuida (5).

**267.** En la emision, en fin, merece distinguirse, si el que pone en circulacion la moneda falsa es cómplice del fabricante, si ambos forman una compañía, en que uno la trabaja y el otro la entrega como buena (6). En este caso

blicos, que dice así: «sufrirá la pena de muerte el que falsifique ó altere cualquier billete: la misma pena sufrirán los cómplices en la falsificación ó alteracion fraudulenta; y los que con mala fé circulen billetes falsos».

(1) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 270.

(2) L. 8, D. ad leg. Corm. de falsis.

(3) Las Partidas dejando la pena arbitrio del rey en este caso decidian lo mismo [L. 9, tit. 7, P. in fine].

(4) Chauveau Adolphe, loc. cit. p. 272.

(5) El F. Real distingue entre el falsificador de moneda y el que la rae ó acerca imponiendo muerte á aquel, y á este mitad de los bienes [L. 7, tit. 12 Lib. 4, F. Real]. Por las Partidas la pena era arbitraria en este caso, como vimos antes [n. 259].

(6) Las Partidas parecen suponer siempre esta compañía.



los dos son culpables en el mismo grado, y deben sufrir la misma pena. Pero si el autor de la emision no ha participado de la fabricacion, si solo quiere aprovecharse de un delito anterior, cuyos productos posee, sin conocer los autores, no es propiamente falsario (1). La posesion de las monedas es lo único que le hace nacer la idea criminal. No comete de consiguiente mas que un hurto simple (2).



## CAPÍTULO II

### FALSIFICACION DE SELLOS Y ESCRITURAS PÚBLICAS

333. Cualquiera que fingiese sello ó firma del rey ó sus ministros, dicen nuestras leyes, ó de algun Arzobispo, obispo ú otro prelado tiene pena de muerte, y se aplica á la Cámara la mitad de sus bienes (3). La falsificacion de firmas ó sellos de personas de menor consideracion, presidio, segun la importancia y calidad del documento, objeto á que se dirige, y demas circunstancias (4). El escribano de la Corte del Rey que falsee privilegio ó instrumento público, pena capital (5). El escribano de ciudad ó villa que otorgue documento falso, ó cometa falsedad en las actuaciones, mutilacion de la mano (6), y tenido por infame, mientras viva (7). Si alguna persona en fin actua como escribano sin la aprobacion competente, es castigado como

(1) Necesidad e falsedad son dos cosas distintas, dice una ley de Partida [L. 2, tit. 14, P. 2].

(2) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 275. Las leyes del Estillo castigaban al que ponía en circulacion moneda falsa, con pena arbitraria, si daba al autor, y como falsario en el caso opuesto [L. 78, del Estillo].

(3) L. 6, tit. 7, P. 1 y 3, tit. 17, lib. 8, R. C.

(4) R. Orden de 10 Diciembre de 1768.

(5) Si revelase secreto del Rey, el castigo que merece por la traicion [L. 8, tit. 9, P. 2, y gl. 6, 7 y 8].

(6) No estando en uso esta pena, se sustituye en el día con el presidio.

(7) L. 16, tit. 19, P. 3, y 6, tit. 7, P. 7.

falsario; pero si teniendo aquella actúa sin haber sacado título, solo pierde la escribanía, y quinientos ducados de multa (1).

§ 69. Cuando falsedad de la escritura pública se comete por uno que no es escribano, la pena es solo destierro (2). Esta diferencia es justa. El oficial público es doblemente culpable, porque traiciona al mismo tiempo la fe debida á su carácter, goza de una confianza obligada y conoce mejor sus deberes. Pero respecto del simple ciudadano no hay porque graduar la pena, segun la naturaleza de la escritura que falsifica (3). *Sed et cæteros*, decia la ley romana, *qui in rationibus, tabulis, litteris publicis, aliare qua re sive consignatione falsum facerent, vel ac verum non appareat, quid celaverunt, subripuerunt, subfece-runt, resignaverunt, eadem pena affici dubium non esse* (4).

§ 70. Si la falsedad consiste, no en fabricar la escritura, sinó en exhibirla á sabiendas « para probar lo que demanda, ó para defenderse de los que le demandasen » (5), la ley distingue. El que exhibe la escritura puede saber que es falsa ó no. En el primer caso se librará de la pena de falsario mostrando al que se la mandó ó dió (6). En el segundo incurre en ella de todos modos. « E si amos lo supiesen amos hayan pena » (7). Segun las Partidas tambien el abogado ó procurador que muestra las poridades e las cartas de los pleitos que razona (8), hecho que clasifican de « engaño muy grande », « falsedad con ramo de traicion », tiene pena de des-

(1) Pragm. de 7 de enero de 1744.

(2) En alguna isla por cinco años, [L. 6, tít. 7, P. 7]. Por el F. Real confiscacion y « echénle de la tierra por falsario » [L. 4, tít. 12, lib. 4, F. Real].

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 384.

(4) L. 16, § 12, D. ad leg. Corn. de falsis. Esta pena era la deportacion y confiscacion para las personas libres y la muerte para los esclavos.

(5) L. 21, tít. 1, P. 7.

(6) L. 10, tít. 12, lib. 4, P. R.

(7) Ley 10, cit. del F. Real.

(8) L. 1, tít. 7, P. 7.





tiempo perpétuo y confiscación (1). Si la falsedad en fin se cometía en las ventas, por los pesos y medidas, las Partidas castigaban este hecho con el daño doblado y destierro (2). Pero las Recopiladas lo clasifican de hurto, y la primera vez lo castigan con multa de 1000 maravedis, picota y quebrantamiento de las medidas: la segunda con 3000 maravedis y diez días de cadena; y la tercera con la pena de falsario (3). La acción para acusar la falsedad es popular, y dura veinte años (4).

271. Tales son las únicas disposiciones que poseemos sobre esta materia importante. No es extraño de consiguiente que la mayor oscuridad reine en ella. Las dificultades vienen no solo de que el legislador no se ha cuidado de definir con precisión el delito, sino también de las innumerables transacciones que produce la vida social, y que la falsificación puede imitar ó alterar mas ó menos. Para servir de guía en este vacío, sentaremos algunas reglas, que fijando los caracteres del hecho en general, puedan dominar la diversidad de casos.

272. El derecho romano poco auxilio nos puede dar. Sus jurisprudencias parecen no haber comprendido claramente la naturaleza de la falsedad, puesto que la ley *Cornelia de falsis* confunde con este delito hechos que no tienen con él sino una relación lejana, la destrucción ó ocultación de las últimas voluntades (5), la abertura del testamento de un hombre vivo (6), la usurpación de un nombre ó sobrenombre (7), el estelionato y

(1) L. 11, tit. 16, P. 7.

(2) L. 7, tit. 7, P. 7. *Pena falsi tenetur*, decía Farin, q. 150, n. 57. Contrá Menochius, c. 382, n. 119, que lo clasifica de estelionato. En los vivanderos, v. la ord. trat. 8, tit. 10, art. 86 y 87.

(3) L. 2, tit. 13, lib. 5, R. C. Sobre sellos postales entre nosotros, v. el decr. Abril 9 de 1858, art. 7, 8 y 10.

(4) L. 5, tit. 7, P. 7.

(5) L. 2, D. ad leg. Corn. de falsis. *Qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interlaverit, subjecerit, resignaverit, quic testam. mentum falsum acrisperit, signaverit, recitaverit dolo malo, legis Corneliae pena damnatur.*

(6) L. 1, § 5, D. loc. cit. *is qui aperiret vivi testamentum.*

(7) L. 13, ibid *falsi nominis vel cognominis adsecrator.*



venta de una misma cosa á dos (1). En medio de esta confusión, sin embargo algunas trazas luminosas se encuentran de tiempo en tiempo. Así sus juriconsultos exijan como condiciones del delito que hubiese fraude, *dolus malus* (2), y posibilidad de un perjuicio (3). La definición misma que dá el juriconsulto Paulo indica ya con precisión uno de los caracteres de la falsedad. *Quid si falsum queritur? Et videtur id esse si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes intercidat vel describat* (4). Lo mismo se observa en el antiguo derecho español (5). Así, según las Partidas, comete falsedad, el que tiene testamento de otro y lo niega; el que lo hurta al que lo tiene en guarda; el que lo esconde, rompe los sellos, ó lo daña de cualquier otro modo; el que lo abre y lo lee á otro sin licencia del testador; el que publica una información criminal; el abogado prevaricador ó que alega leyes falsas; el que sentencia contra derecho á sabiendas; el que declara falsamente, ó recibe precio por no decir su testimonio, y el que lo dá; «todo ome, en fin, que se trabaja de corromper al Juez.» (6).

§§§. Según Livingston hay falsedad siempre que sin autoridad legítima, y con intención fraudulenta se fabrica una pieza falsa existente antes, y que la pieza así fabricada ó labrada produce el efecto de crear ó destruir, acrecentar ó disminuir una obligación pecuniaria, ó afecta de algun modo una propiedad cualquiera (7). Esta definición tiene el mérito de expresar con

(1) L. 31, Cód. Si duobus in solidum eandem rem diversis contractibus tradidit.

(2) L. 22, Cód.

(3) L. 29, Cód.

(4) L. 23, Cód.

(5) Leyes 4 y 6, tít. 5, lib. 7, F. Juzgo, y 4, tít. 7, P. 7.

(6) L. 1, tít. y P. cit. Por otras leyes también comete falsedad el que usa de nombres ó calidades falsas, el que viste de caballero sin serlo, el que dice misa sin ser presbítero, la mujer que finge un parto, el artífice que mezcla con el oro ó plata otro metal, el boticario que adultera los remedios, y el que vende una misma cosa á dos.

(7) Cód. de Luisiana, art. 287.



claridad las condiciones del delito. Pero ella no comprende mas que la falsificación que los criminalistas llaman *material*, cuando puede haberla tambien *intelectual*, que consiste en la alteracion, no de la escritura, sino de la sustancia de las cláusulas que encierra. Ella parece además, exigir la consumacion del perjuicio, cuando basta la posibilidad (1). Preferimos decir sencillamente con Farinaccio: *Falsitas est veritatis mutati dolose et in alterius prajudicium facta* (2). Las tres circunstancias en efecto que constituyen el delito son: 1º la alteracion de la verdad, 2º la intencion de dañar, 3º la posibilidad de perjuicio.

**274.** Que la alteracion de la verdad sea una condicion esencial, debe bastar enunciarlo. Sin ella la intencion de dañar no es mas que un pensamiento culpable, que la ley penal no alcanza. No hay, pues, falsedad en el hecho de guiar la mano de otro, porque no sabe, ó no puede escribir (3); del que borra una cláusula que queda leible, segun algunos jurisconsultos (4); del que miente simplemente, aunque sea por escrito, y con intencion de perjudicar, porque la falsedad requiere que se cometá sin saberlo la parte á quien perjudica (5); del reo que alega hechos falsos en sus declaraciones (6) ó en los escritos presentados á los Tribunales, para sorprender la relijion de los magistrados, porque estas mentiras forman parte de su defensa (7).

**275.** La falsedad no es tampoco la estafa, la simulacion ni el abuso de confianza. Aunque haya acto fraudulento, sino

(1) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 332 y 333.

(2) Farin, q. 150, n. 1, 2 y 3. Las Partidas la definen « mudamiento de verdad » [L. 1, tit. 7, P. 7], pero en este sentido comprende la simple mentira, que no es un delito.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 335.

(4) J. Clarus, suppl. n. 200.

(5) Chauveau Adolphe, lug. cit. p. 336.

(6) La razon es, dicen los antiguos, porque falta el perjuicio [Farin, q. 150, n. 294]. Podria agregarse que el sumario tiene por objeto consignar las respuestas del reo, cualesquiera que sean, y no su verdad.

(7) El derecho romano consideraba estas alteraciones como una *rasi falsitas*, y las castigaba con pena menor [LL. 29 y 33, D. ad leg. Corn. de falsis].

produce obligacion ó descargo, será estafa. La falsedad consentida por las dos partes, sin perjuicio de tercero, es propiamente simulacion (1). Pero si media ese perjuicio pasa á ser falsedad. *De simulatione*, dice Farinacio, *agitur et excipitur potest, non solum civiliter sed etiam criminaliter. Nam pœna simulationis videtur esse pœna falsi. . . Doctores ponunt exemplum in simulatione et collusione creditoris cum debitore in damnum tertii* (2). Entre el abuso de confianza y la falsedad, la diferencia consiste únicamente en que la parte perjudicada ha conocido ó podido conocer la existencia del hecho, y solo por lijereza ha dado lugar á él. Pertenece á este jénero el abuso de una firma en blanco por el mismo que la recibe (3), y el del socio que grava los fondos sociales por sus deudas particulares (4).

**276.** Las cuentas falsas, las cifras erróneas no constituyen, en fin, este delito, por falta de la misma condicion. Esta restriccion viene desde el derecho romano (5). Godefroy da por razon, *quod ea parte errorem communem etiam prudentissimus preterere possit*. Pero la verdadera razon está en lo que hemos dicho. La parte que recibe la cuenta puede verificar las cifras, conoce todos sus articulos. El delito de falsedad solo existiria, si se fabricasen piezas falsas en apoyo de las cifras equivocadas (6).

(1) L. 28, D. de leg. Corm. de falsis y L. 3, D. de fide instrumentorum. La 1ª coloca entre las falsedades el hecho de antedatar un documento: pero la 2ª decide lo contrario cuando las dos partes consienten en ello, *quantum ad eos qui in hoc consensuerunt*.

(2) Farin, q. 162, n. 12. Esta opinion se fundaba en L. 15, Cód. ad eg. Cornl. de falsis. Debe advertirse sin embargo que esta ley solo decidia un caso particular, el de cambiar fraudulentamente la fecha de la hipoteca, en el momento de la venta de un bien hipotecado.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 347 y siguientes.

(4) El hecho que le ha servido en este caso, dice Chauveau Adolphe, es el mandato que tenia de la sociedad, del cual abusa. Este hecho es doloso ciertamente; pero el dolo no es siempre la falsedad. La falsedad solo existiria en el caso de suplantacion fraudulenta de una obligacion.

(5) L. 23, D. ad leg. Jul. de falsis. *Non qui alias in computatione vel in ratione mentiuntur*.

(6) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 351. Pero cometeria falsedad, segun las

**277.** La segunda condicion de la falsedad dijimos antes que era la intencion fraudulenta. La voluntad criminal tiene diferentes grados. Unas veces consiste en conocer la voluntad de la ley, y querer infringirla. Otras requiere un fin determinado que sea criminal, y que refleje su criminalidad sobre la intencion. Esto es precisamente lo que sucede en el delito de falsedad. La alteracion puede cometerse á sabiendas, y sin embargo no haber falsedad, que requiere siempre fraude, ó designio de dañar á otro. La ley romana decia terminantemente. *Non nisi dolo malo falsum* (1). Pero este daño puede ser á la fortuna, honor ó reputacion; á los intereses privados ó públicos. En jeneral, toda falsificacion se propone un hurto. Su fin principal es pues dañar á la fortuna de otro; pero esto no quita que otras veces tenga por objeto perjudicar á la reputacion ó la vida. Así seria falsario el que fabricase una receta de médico para hacerse entregar arsénico, y el que imitase una firma en documento oprobioso para alguno. Deben sin embargo distinguirse con cuidado los elementos de la falsedad, del delito de calumnia ó difamacion. Publicar cualquier falsa imputacion no es falsedad, sinó en el caso de apoyarse tambien en un certificado falso. Los intereses públicos, en fin, son perjudicados por toda falsedad con el fin de salvarse de la ley del reclutamiento, por ejemplo, ó cualquiera otra de orden público, desde que el resultado es que se llenen esos deberes por otro ciudadano (2).

**278.** Estos principios no están exentos de dificultad respecto de los funcionarios. La regla es necesariamente la misma. Pero es mas difícil caracterizar la especie de fraude que constituye la intencion de parte del funcionario. El escribano por

Partidas, el contador nombrado de comun acuerdo, si maliciosamente incurre en yerro perjudicial á uno y favorable á otro [L. 8, tít. 7. P. 7]. La pena es discrecional, daños y perjuicios [L. 8, cit].

(1) L. 15, Cód. ad leg. Corm. de falsis. *Et non quilibet, doli us*, dice G. Lopez, *sed quando delinquitur in aliquibus ex capitulis hic expressis* [gl. 1, L. 1, tít. 7, P. 7].

(2) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 359 y 360.

ejemplo que pone una falsa fecha con el solo fin de retardar los derechos; el que dice en la escritura haberla hecho en su oficio, cuando ha sido en casa del interesado; el que asegura haber asistido á un inventario que ha sido hecho por un subalterno, no comete sinó alteraciones materiales desnudas de criminalidad, sujetas solo á la accion disciplinal (1). *Fraus non ex eventu duntaxat*, decia la ley romana, *sed ex consilio quoque desideratur* (2). No faltan autores sin embargo que ven falsedad en estas enunciaciones embusteras (3).

§ 70. La tercera condicion es el perjuicio de tercero. El derecho romano sentaba la regla de este modo. *Non puniuntur falsitas in scriptura quæ non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere* (4). Si el acto pues alterado no puede producir efecto, si no dá orijen á un derecho ó accion, conserva su criminalidad en el foro de la conciencia; pero es indiferente á los ojos de la sociedad, que solo castiga los hechos que la amenazan de algun peligro. Pero no es necesario que el perjuicio sea actual, sinó que basta que sea posible (5). Debe distinguirse tambien si la alteracion se comete en acto nulo por su naturaleza ó no. En el primer caso es evidente que falta al delito uno de sus elementos esenciales. Pero esa nulidad puede derivarse de la forma, ó de la persona cuya firma se ha supuesto. Aquí se presentan dos sistemas. En la antigua jurisprudencia no se creia punible la falsedad cometida en escritos que carecian de sus formas esenciales (6). La razon que daban los doctores era que esos escritos no podian dañar, *falsitas nulla nullum potest afferre præjudicium*. De aquí deducian, que si

(1) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 365.

(2) L. 79, D. de reg. juris.

(3) Merlin, Repert. v. acte authentique y Toullier, t. 8, c. 6.

(4) L. 6, D. y 20, Cod. ad leg. Cor. de falsis. *Nullum falsum nisi nocivum*.

(5) Por no ser posible en las alteraciones que uno hace en sus propios libros, no hay falsedad, quando illa scriptura nihil probat pro scribente, decia Farinacio, attamen quando eadem scriptura facit pro scribente aliquam fidem et probationem puniuntur pena falsi [Farin, q. 150, n. 353].

(6) Farin, q. 150, n. 304. *Nullum falsum quando nullitas provenit ex defectu forme, substantia seu solemnitalum*.





ella servia á pesar de la nulidad de forma para causar perjuicio, el delito revivia, *tunc intrat pena ex actu nullo*. Merlin sienta otros principios. De que un acto se vuelve nulo *ex post facto* no se deduce que la falsedad debe quedar *in pune*: Los elementos posteriores nada tienen que ver con la falsedad cometida al tiempo de la redaccion (1). La verdad se halla entre estos dos sistemas. En nuestra opinion deben distinguirse los actos nulos desde el principio, de los que válidos en el momento de la redaccion, resultan nulos despues por la omision de sus formas necesarias. Los primeros no son punibles, porque es de creer que en ningun caso producirán perjuicio (2). En los segundos, debe distinguirse si la nulidad proviene del agente, ó es independiente de su voluntad. Si proviene del agente, su acción no pasa de un pensamiento culpable. Si de tercero, habría delito frustrado, y sería punible (3).

§ 90. Puede preguntarse si cometeria falsedad el acreedor que no pudiendo obtener el pago de una deuda real, se presentase á un tercero, depositario de fondos del deudor, con un documento ó un poder falso. La ley romana en una especie análoga, cuando el acreedor se apodera del deudor en lugar estraviado, y le toma por fuerza lo que le debe, decidia que no habia hurto, por falta de intencion criminal (4). El agente era castigado por sus actos de violencia, pero no por el hurto. Así, la pena era solo la pérdida del objeto arrebatado (5). La analogía con el caso

(1) Rep. v. faux. s. 1, § 24. Un acto podria ser nulo desde el principio, agrega, y no por eso el oficial público que lo hubiese redactado estaria al abrigo de la persecucion del Ministerio. Así, puede y debe ser castigado el escribano que recibiese un testamento sin estar presentes los testigos, y omitiese espresar esta circunstancia.

(2) La falsa aceptacion de un menor, por ejemplo, en una letra de cambio.

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 376.

(4) Instit. de vi bonor. rapit. 1, 4, t. 2, § 1, *licet etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet*, (v. tambien el n. 414).

(5) *Prospectum est ut nemini liceat vi rapere, vel rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem exstimat; sed si quis contra statuta principum fe-*

que nos ocupa es notable. El delito de falsedad es complejo. La ley penal no lo considera ni castiga sinó como medio de cometer un hurto, de dañar. Si se separa de este efecto, si se emplea con un fin que no es criminal, si á nadie perjudica, el delito carece de uno de sus elementos, y no existe para la ley. En el caso supuesto hay un fraude ciertamente, pero no todo fraude constituye falsedad, sinó aquel que tiene por objeto un perjuicio posible (1).



### CAPÍTULO III.

#### PECULADO.

§§1. Se llama así toda sustracción del dinero público, cometida por un empleado (2). Julio César comprendió despues en la misma calificación, por la ley *Julie de peculatu*, la disipación de las cosas destinadas á los sacrificios (3); y mas adelante el mal uso del dinero particular confiado á depositarios públicos (4). Las penas fueron primero el destierro, despues la deportación ó condenación á las minas, segun la calidad de los culpables (5). Otra ley estendió el mismo castigo á los que retenían en su poder los dineros públicos, que habían recibido para un uso determinado (6).

*cerit, rei quidem sua dominio cadere. En nuestro derecho está dispuesto « que torne lo que tomó, e por la osadía deve perder el deudo que avia »* [L. 14, tit. 10, P. 7]. Véase tambien la 14, tit. 14, P. 5 y 7, tit. 12, L. 8, R. C.

(1) Chauvezu Adolphe, t. 2, p. 379.

(2) *Peculatus est furtum pecunia publica vel fiscalis*, Tácito. Esta palabra parece venir de *pecus*, ganado, que entre los primeros romanos era la única riqueza.

(3) L. 4, D. ad leg. Jul. de peculatu *pecuniam sacram*.

(4) L. 9, § 3, eod. tit. *Non solum pecuniam publicam sed etiam privatam crimen peculatus facere*.

(5) L. 4, D. ad leg. Jul. de peculatu.

(6) L. 1, D. cit.



282. Las Partidas imponen la pena capital al tesorero, recaudador, ó juez que hurte ú oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, lo mismo que á los ausiliadores, consejeros y encubridores (1). Otra ley ordena que el que teniendo dinero del rey ó de algun pueblo para salarios ú otros fines, los emplease en su propia utilidad, hace *mui gran yerro*, y debe restituirlo con el tres tanto (2). Pero las Recopiladas mandan que el empleado público ó arrendador de las rentas ó derechos reales, que usurpase *fraudulentamente* los caudales que maneja, ó diese á otro consejo ó auxilio para hacerlo, debe perder todos sus bienes y ser desterrado perpétuamente del reino; y el que sabe la usurpacion y no la denuncia, dentro de dos meses de saberla, ~~la~~ mitad de sus bienes, y cualquier oficio que hubiese recibido del soberano (3). Los tesoreros que emplean estos caudales en usos propios, aunque lleguen á aprontarlos, no solo perderán su oficio, sino que quedan inhábiles para cualquier otro; y si hay descubierto, que no se reintegra, presidio por diez años (4). El rigor de la ley española en este último caso es evidente, pues en él se trata solo de un abuso de confianza, agravado por el carácter del empleado (5).

283. La autoridad competente para declarar el déficit, es la administrativa. Segun nuestras leyes lo es tambien para conocer de las causas criminales de los empleados en el servicio de hacienda y correos, por los delitos en el ejercicio de sus funciones (6). Pero si el abuso se comete sobre dineros privados depositados en sus manos á

(1) L. 18, tít. 14, P. 7. Segun la ley 145 del Estilo la pena es discrecional. Por el F. Juzgo el nueve tanto [L. 10, tít. 2, lib. 7, F. J].

(2) L. 14, tít. 14, P. 7. Este hecho, dice la ley, no es hurto.

(3) Leyes 1, 2 y 3, tít. 8, lib. 9, R. C.

(4) Leyes citadas. En caso de violencia, la pena es muerte y confiscacion [L. 7, tít. 8, lib. 9, R. C.]

(5) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 530 y 541.

(6) Ley de 5 de Julio de 1823.

virtud de sus funciones, ó por un particular en dineros públicos que le han sido confiados por cualquier motivo, la competencia de los tribunales es esclusiva. En la práctica además se remiten á estos aquellas mismas; delegando el Gobierno no solo la informacion, sinó la resolucion.



## CAPÍTULO IV.

### CONTRABANDO.

**284.** Contrabando en jeneral es todo lo que se hace contra la prohibicion de una ley (1); pero en particular significa el trasporte por importacion ó esportacion de mercaderías prohibidas por las leyes de aduana (2), ó la manifestacion inexacta de su número y calidad al tiempo del despacho en aquellas cuyo comercio es permitido (3). Este es un delito creado por las leyes, dice con mucha razon Say. Segun las Partidas consistia en comerciar con los artículos estancados, y «andar descaminados por furtar ó encubrir los derechos de portazgo» (4). Pero abolidos entre nosotros dichos ramos (5), el delito se ha reducido á la introduccion furtiva de mercaderías que deben derechos (6), y manifestacion fraudulenta, ó simplemente equivocada en mas ó en menos, de las que se despachan (7).

**285.** La pena del contrabando en jeneral, es el comi-

(1) De bando y contra, entendiéndose por bando todo decreto *notificato col suono di trompa* [Vocabul. della Crusca].

(2) *Massé, Droit comm.* t. 1, n. 114.

(3) *Manifiesto, c. Registro.* Debe ser *menudo y graneado* [leyes Recopiladas] jeneral y puntual [Regl. del Reguardo, art. 53].

(4) Que eran el 10 p.º/º [leyes 5 y 6, tit. 7, P. 7].

(5) Decr. 22 de Agosto de 1812.

(6) Fuera de hora ó en otra direccion que la Aduana [Decreto Enero 11 de 1839, art. 6].

(7) Regl. art. 50. En los defectos que se manifiestan por peso se admite una tolerancia de 8, p.º/º [Regl. cit. y acuerdo de Setiembre 1º de 1858.]



so, ó pérdida de las mercaderías, que se rematan, y su valor se distribuye, entre el fisco y denunciante ó aprehensor (1); pero cuando la inexactitud de la manifestacion procede de error ó ignorancia, y no de fraude, aunque la ley no distingue, se acostumbra imponer solo el pago de dobles derechos (2). Si el contrabando consistiese en la introduccion furtiva de mercaderías, y se encontrasen individuos de cualquier clase ó profesion, protejiéndola, serán aprehendidos, y sufrirán una multa igual al valor del comiso, debiendo estar presos, mientras no la paguen. Los patronos, marineros del cabotaje, carretilleros y jente jornalera, tienen tres meses de presidio, ó el 20 p. 0/0 del valor del comiso de mancomun (3). El Colector, contador é inspectores, responden con sus empleos de los contrabandos que consientan (4).

**206.** Segun las antiguas leyes no era necesario tomar el contrabando, sinó que podía hacerse pesquisa, allanar las casas de comercio, y mediante probanza imponer las penas legales (5), pero entre nosotros no hay ejemplar de que se proceda á semejante investigacion, fundados sin duda en el espíritu de los Reglamentos citados, que solo hablan de la aprehension infragante. Por las mercaderías ilicitas no se pierden tampoco las permitidas ó registradas aunque vayan juntas (6); pero en la confiscacion de carretas del comercio terrestre los antiguos decidian que entraban las bestias y sus aparejos (7); y creemos que esto rejiria todavia.

(1) Regl. de 1853.

(2) En el derecho romano hay disposicion espresa. [Curia Filip. P. 3, c. 10, n. 27]. Esta misma pena y el comiso puede atenuarse en ciertos casos [v. decreto Setiembre 1º de 1859] y los dobles derechos pueden ser del total de la partida, ó de solo el exceso, segun los casos [Resolucion de Octubre 4 de 1858]. En los cargamentos de frutos del país que se introducen á depósito, la pena por la falta son los derechos de exportacion [Acuerdo de Noviembre 17 de 1854.]

(3) Regl. vijente de 28 Setiembre de 1853, art. 94.

(4) Regl. cit.

(5) Curia Filip. lib. 3, c. 10, n. 5.

(6) Accev. in la 25, n. 18, y siguientes, tit. 18, lib. 6, R. C.

(7) Curia, lug. cit. n. 4.

**287.** La pena pecuniaria de este delito es transmisible á los herederos, y tercero poseedor; pero de los bienes tomados se deben pagar las deudas del dueño anteriores al delito, si no tiene mas (1). Contra ella puede alegarse tambien la prescripcion, por cinco años segun las Partidas (2), por seis meses, segun las Recopiladas (3). En la práctica sin embargo, esta regla no aparece admitida, y mas de una vez hemos visto cobrar derechos olvidados de dos y tres años.

**288.** Antiguamente no se podian abrir los bultos para descubrir el fraude (4); pero otra cosa se ha de decir por las leyes mas nuevas (5), y por el Reglamento del Resguardo (6).

(1) Curia, lug. cit. n. 10, 17 y 18.

(2) L. 6, tit. 7, P. 5.

(3) L. 1, tit. 25, lib. 9, R. C.

(4) L. 8, tit. 7, P. 5.

(5) L. 35, tit. 18, lib. 6, R. C.

(6) Regl. set. 23 de 1853, art. 50. El monopolio era tambien antiguamente otro delito contra la cosa pública. De él se ocupan varias leyes romanas [L. 2, D. de leg. Julia de annona, L. 6, D. de extraordin. crim. y l. un C. monopolio] y españolas [L. 2, tit. 7, P. 5, 4, tit. 14, lib. 8, R. C.]. Las penas eran pérdida de los bienes y destierro. Pero siendo libre hoy la industria, no habiendo gremios, esta clase de hechos han dejado de pertenecer al derecho criminal.





## TÍTULO VII.

### DE LOS DELITOS CONTRA LA MORAL.

#### CAPÍTULO I.

##### PROSTITUCION

§§. La prostitucion consiste en el tráfico que la mujer hace de si misma. Jamas punto alguno de la lejislacion ha experimentado tantos cambios como este. Por las leyes de Atenas, las prostitutas debian ir vestidas de colores vivos, *meretrices floridas vestes inutæ sunt*, distinguiéndose en cuatro clases. En Roma, Caligula dividia con las ramera las ganancias, y los Emperadores siguientes, ya las consintieron, ya las persiguieron. En Francia, desde tiempos antiguos existen reglamentos para el mejor órden de las casas de prostitucion, y en Nápoles una reina no se desdennó de redactar ella misma los estatutos de la que estableció en Aviñon (1). Pero en el derecho canónico ha sido otra cosa. La disposicion de Paulo IV indica todo el horror que siempre inspiró este delito á la iglesia (2). Este mismo derecho sin embargo permitia la fornicacion *in usu viduarum, meretricum vel concubinarum* (3).

(1) Gótiles, exámen de los delitos y penas, t. 2, p. 136.

(2) C. un. tit. 15, lib. 7, sept. de las Decretales, que señala la última pena.

(3) Tales mujeres, decia Constantino, no merecen los cuidados del lejislador. *He autem immunes a judiciaria severitate præsentur quas vita vilis dignus legum observatione non credidit.* [L. 29, C. ad leg. Jul. de adulter].



**290.** Nuestras leyes no han seguido tampoco una misma conducta. En el fuero Juzgo las prostitutas tienen pena de azotes (1). Las partidas las consentían, y les hacían pagar diezmo (2). Algunas leyes Recopiladas prueban la existencia de las casas de prostitución, puesto que mandan que las mujeres que « sean malas de sus personas y ganan por ello en estos nuestros reinos », no puedan llevar escapularios, ó hábitos de religion etc. (3), ni tengan criadas menores de cuarenta años, porque « con su ejemplo no se crien fácilmente otras » (4), bajo pena de un año de destierro y 2000 maravedis. Pero otras prohíben espresamente las mismas casas, « donde mujeres ganen con su cuerpo »; encargan su cumplimiento á las autoridades, so pena de privación de oficio y 5000 maravedis (5); y mandan recoger y encerrar en galeras á las prostitutas (6).

**291.** El legislador dominado unas veces por el deseo de reformar las costumbres, y otras por las ideas religiosas, ha confundido simples actos de libertinaje, con la violencia y corrupción dignas de castigo. Hoy nadie cree en este delito. *Fornicatio simplex de jure civili non est prohibita*, dice Julio Claro (7). La simple fornicación no es posible ni de daños y perjuicios, según la máxima, *scienti et consentienti no fit injuria neque dolus* (8). Así, en la práctica las leyes mencionadas han caído en desuso, y nadie persigue ya á las mujeres públicas: si bien que-

(1) L. 17, tit. 4, lib. 3, F. Juzgo.

(2) L. 12, tit. 20, P. 1, *majoris mali vitandi gratia prudenter dis simulat*, glosa.

(3) L. 7, tit. 19, lib. 8, R. C.

(4) Ley 7, cit.

(5) L. 8, tit. y lib. cit.

(6) Auto 61, tit. 6, lib. 2, y 2, tit. 11, lib. 8, R. C.

(7) J. Clarus, § fornicatio, § 1. Exceptuando los sacerdotes y frailes y monjas por razón del voto, y el caso de estupro (v. el n. 361, y siguientes).

(8) De acuerdo con esta regla una ley del F. Real dice que si alguna mujer no casada ni desposada « se fuese de su voluntad á casa de algun ome á faser fornicio, aquel con quien lo fizo non haya pena ninguna » [L. 7, tit. 7, lib. 4, F. R].

dando embarazadas tampoco pueden quejarse, ni pedir indemnización (1).

## CAPITULO II.

### LENOCINIO

**292.** El derecho romano declaraba infames á los alcahuetes (2); pero esta disposicion recaia únicamente sobre los que hacian de esto un oficio, *qui quæstuaria mancipia habuerit* (3). Era el precio recibido lo que constituia el delito y la infamia (4). La pena fué al principio arbitraria, pero los emperadores Teodosio y Valentiniano señalaron la confiscacion, el destierro y las minas contra los padres y amos, *qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt* (5). Pronto fueron insuficientes estas mismas penas, y se pronunció la muerte siempre que se probaba que habia mediado dinero, que el individuo tenia este oficio, ó que habia prostituido niñas inocentes (6).

**293.** Alcahuete es pues como dice Farinacio, *is qui quæsturias fæminas habet, in illisque quæstum exercet* (7). El delito en efecto no existe sinó cuando reúne estas dos circunstancias, dinero recibido y costumbre, *consuetudo saltem per trinum actum* (8). Pero es indiferente que sean

(1) Tapia, t. 7, v. prostitucion, ed. 1846.

(2) L. 1, D. de his qui notantur infamis, *infamia notatur qui lenocinium fecerit*.

(3) L. 4, § 2, D. cod. tit. 4. La 43, § 7, D. de ritu nuptiarum, dice tambien *Lenas eas dicimus quæ mulieres quæstuaras prostituant*.

(4) L. 29, § 3, D. ad leg. Jul. de adult. *Plectitur et qui pretium pro comperio stupro acceperit: nec interest utrum maritus sit qui acceperit, an alius quilibet. Quicumque enim ob conscientiam stupri acceperit aliquid, pæna erit plectendus: ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet*.

(5) L. 6, Cód. de spectaculis et lenonibus

(6) Nov. 14, de lenonibus, *tamquam pestiferos et communia castitatis cassatores*.

(7) Farin, q. 444. n. 17.

(8) Farin, ibid. n. 35.



una ó muchas las personas, *virgenes, matronas aut meretrices*, y que la solicitacion se haga pública ó secretamente (1). Las Partidas distinguen cinco clases de alcahuetes: 1º los que guardan las ramerías: 2º los que andan por trujamanes: 3º los que tienen mozas en sus casas: 4º el marido que consiente á su mujer: 5º el que presta su casa (2); y en todas requiere como el derecho romano *algo que le den* (3). Las penas eran la infamia (4), pérdida de la casa y destierro; muerte en el caso de marido; ó si la persona corrompida era mujer virgen, religiosa ó viuda de buena fama (5). Pero las Recopiladas castigan este delito, la primera vez, con vergüenza pública y diez años de galeras; la segunda con 100 azotes y galeras perpétuas; y la tercera con la horca (6), aunque por costumbre jeneral de los tribunales de España, dice Tapia, la pena de muerte se convierte, en presidio (7). La accion para perseguir el lenocinio, está declarada popular (8).

**294.** ¿ Pero será necesario para la existencia del delito que la corrupcion se consume? Esta cuestion se agitó mucho entre los antiguos, apoyándose todos en el mismo testo (9), que interpretaban diversamente. Segun Farinacio el delito no puede existir cuando la tentativa de corrupcion no ha tenido resultado, *effectu non secundo ut puta quia mulier á lena sollicitata noluerit consentire* (10). Segun las Partidas, parece que debe castigarse por lo menos la injuria (11).

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, P. 239.

(2) L. 1, tit. 22, p. 7. Sobre este quinto modo, v. Chauveau, t. 4, p. 311.

(3) G. Lopez no cree necesario el precio, *si perfectum fuit adulterium et stuprum* [gl. á la ley cit.]

(4) L. 4, tit. 6, P. 7.

(5) L. 2, tit. y P. cit. Sobre los criados alcahuetes, v. la L. 4, tit. 20, lib. 6. R. C. v. tambien el tit. 10, lib. 4, F. R.

(6) LL. 4, 5 y 10, tit. 11, lib. 8, R. C. Estas leyes comprenden al marido.

(7) Tapia, t. 7, alcahueteria.

(8) L. 2, tit. 22, P. 7.

(9) L. 1, § 2, D. de extraordin. criminibus, *Perfecto flagitio puniuntur capit. imperfecto in insula deportatur.*

(10) Farin, q. 144, n. 33.

(11) « Cada uno de los que errasen en alguna de las maneras sobre dichas,



## CAPÍTULO III.

## AMANCEBAMIENTO.

**295.** Este delito, que puede definirse con Tapia trato ilícito y continuado de hombre y mujer (1), no era conocido antiguamente. Como las leyes romanas daban muchos derechos á los señores sobre sus esclavos, prescribían á los que ascendían á ciudadanos, ciertas consideraciones con sus patronos. De aquí nació que la liberta que estaba en concubinato con su patrono, no podía separarse, ni ser dada á otro en matrimonio ó concubinato, sino con la voluntad de aquel, *quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matrem familias habere*. Según la misma ley, no podían tenerse como concubinas aquellas con quienes se cometía estupro, y que eran menores de doce años, pues la edad se guardaba también en el concubinato (2). Pero observando estas reglas, el concubinato era lícito, *licitam consuetudinem*. Así Justiniano dice que en él se puede vivir sin ofensa del pudor, *eaque casté vivere*.

**296.** Andando el tiempo, sin embargo, otras leyes, restringieron esta libertad. Primero, se prohibieron las mancebas de los casados (3), después se declaró aborrecible el tener muchachas (4), y últimamente el Emperador Leon proscribió espresamente todo concubinato, mandando que no se hiciera mención de semejante error legislativo. *Itaque lex illa in eternum sileto* (5). Por el mismo tiempo, el derecho canónico empezó á castigar á los clérigos concubinarios con excomunión, suspen-

dice la ley, y una de ellas es la seducción intentada por medio de alcabuetas, sea tenido de fazer enmienda de ello á la muger que tal deshonra recibiese» [L. 5, tit. 7, P. 7].

(1) Tapia, t. 7, v. amancebamiento, Conc. de Trento, ses. 24, c. 8.

(2) L. 1, tit. 7, lib. 25, D.

(3) L. 2, tit. 7, lib. 25, D.

(4) L. 1, tit. 26, lib. 5, Cód. odibitis.

(5) Constitución 91, de Leon.



sion de beneficios y remocion (1); que el concilio de Trento ha reducido despues á simple privacion de las rentas (2).

**297.** Las Partidas siguieron á Justiniano, segun puede verse en el titulo « de las otras mujeres que tienen los omes que non son de bendiciones » (3). El amancebamiento en ellas es una especie de matrimonio lejítimo, menos solemne que aquel en que la mujer llevaba el titulo de *uxor*. Solo estaban prohibidos de amancebarse los que no podian casarse, como los clérigos (4). Pero las Recopiladas restablecieron el derecho romano de los últimos tiempos, elevando de nuevo á la categoria de delito el amancebamiento de casado con soltera, de soltero con casada, y de los clérigos ó frailes con solteras ó casadas. La pena del casado que saca mujer soltera es la del 5º de sus bienes (5), y la del soltero que saca mujer casada, la mitad (6). Las mancebas de los clérigos, frailes y casados tienen multa y destierro de un año, la primera vez: la segunda de dos: la tercera, multa, 100 azotes y destierro (7). La pena de azotes viene del Fuero Juzgo (8). Pero estas mismas leyes muestran ya la diferencia de costumbres, puesto que no señalan pena contra el amancebamiento de soltero y soltera (9).

**298.** El amancebamiento mismo de los casados, clérigos

(1) Tit. 2, lib. 3, Decretales de Gregorio 1º, y tit. 16, lib. 5, Sep.

(2) Ses. 25, c. 14.

(3) Tit. 14, P. 4.

(4) LL. 37, 38, 41 y 43, tit. 6, P. 1.

(5) L. 5, tit. 19, lib. 8, R. C. Este quinto se le entrega como dote al año de vivir honestamente; pero lo pierde si torna á vivir torpemente.

(6) L. 6, tit. y lib. cit. La misma estiende la pena de la mitad al casado que se amanceba con una soltera si « vive con ella juntamente en una casa y no en casa de su mujer ».

(7) L. 1, tit. y lib. cit. La accion es popular tambien por esta ley, y la 2. del mismo tit. y lib. permite el allanamiento de la casa de los clérigos, pero no la prision de las mancebas en las dos primeras veces, por no deber sufrir pena corporal.

(8) Véase la L. 18, tit. 4, lib. 3, R. C.

(9) La ley parece permitir hasta el amancebamiento de clérigo con solteras, « salvo seyendo soltera » etc. [L. 2, tit. 19, lib. 8, R. C].





y frailes requiere para ser perseguido que haya ó pueda haber escándalo mediante un trato continuo. Para evitar discordias en las familias está mandado además que los jueces procedan con la mayor circunspeccion, cuando las mancebas sean casadas, empezando por amonestarlas; y si á pesar de todo fuere necesaria la formacion de causa, como solo el marido puede acusar el adulterio (1), debe ponerse en testimonio reservado el nombre de la manceba, y referirse á este documento las diligencias que se actúen. Pero si el marido sabe y consiente el amancebamiento se procede sin reserva contra él, y ambos amancebados (2).

## CAPÍTULO IV.

### BIGAMIA

399. La bigamia consiste en contraer un segundo matrimonio antes de disolverse el primero (3). El interés social de la represion de este delito es evidente, porque segun nuestra ley religiosa la unidad del matrimonio es la base de la familia, y todos los hechos que tienden á romper este lazo, atacan la sociedad misma. La ley romana, hasta Justiniano, declaraba solo infames á los que *suo nomine sponsalia, binasve nuptias eodem tempore constitutas habuit* (4). El cristianismo ejerció algun influjo sobre esta lejislacion inmoral; pero la pena continuó todavía á voluntad del juez (5). Esta ley, y otros testos no menos vagos, que consideran á la esposa bigama culpable de adulterio, y al varon de estupro (6), hicieron nacer entre los

(1) L. 2, tit. 19, lib. 8, R. C.

(2) Tspia, t. 7, v. amancebamiento, ed. de 1846. La ley 2, tit. y lib. cit. solo habla de los maridos que consienten que sus mujeres esten con clérigos,

(3) De bis dos veces y gamos matrimonio.

(4) L. 1, D. lit. 3, tit. 2. De his qui notantur infamia.

(5) L. 2, Cód. de incest. et inutil. nupt.

(6) L. 18, Cód. ad leg. Jul. de adult.

antiguas dudas sobre la pena con que debía castigarse este delito. Unos proponían la del adulterio, puesto que la bigamia lo contiene comunmente: otros le aplicaban la del estupro; otros la dejaban á discreción del juez, según las circunstancias, *pro admissa qualitate* (1).

**300.** Este delito puede cometerse de varios modos, según las Partidas, pues acontece unas veces que el hombre y la mujer se casan dos veces á sabiendas en vida de sus consortes: otras, que desposados por palabras de presente, se desposan ó casan después con otras mujeres; y otras, en fin, que estando desposados, tienen conocimiento de que sus novias van á celebrar matrimonio, y guardan silencio dejando que se efectúe el casamiento, ó interviniendo ellos mismos para casarlos con los que ignoran aquella circunstancia. La pena de cualquiera de estos casos es relegación en isla por cinco años, y pérdida de bienes para sus hijos, y si no los tuviere para el engañado y rey por mitad. Si ambos saben el impedimento, ambos sufren la pena, y los bienes del que no tuviese hijos son todos del rey (2).

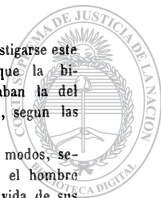
**301.** « Cosa de gran pecado y mal ejemplo, dice una ley Recopilada, es el hecho de casar segunda vez, siendo sus mujeres vivas », y en consecuencia previene que « cualquiera que fuere desposado ó casado por palabras de presente, y se casase ó desposase otra vez, que demas de las penas en derecho contenidas, que sea herrado en la frente con fierro caliente que sea hecho á señal de Q » (3). Otra manda, que el desposado con dos mujeres, cuando no se ha separado antes de la una por sentencia de la iglesia « ha de ser condenado en la pena de alevé y perdimiento de la mitad de sus bienes » (4). Llamando después la aten-

(1) Menochio, de arbitr. jud. casu 220.

(2) L. 16, tít. 17, P. 7. Véase también la L. 35, tít. 5, P. 1.

(3) L. 5, tít. 1, lib. 5, R. C. Gómez sostiene que esto es un error de copista, y que la marca debía ser con la letra B [L. 80 de Toro, n. 27].

(4) L. 6, tít. 1, lib. 5, R. C.



cion la frecuencia del delito «por no ser la pena condigna» se recomendó á las justicias su castigo, declarando que la pena de las Partidas debía entenderse para las galeras, sin disminuirse por esto las otras (1). Pero segun disposicion posterior, la pena es vergüenza pública y diez años de galeras (2), que entre nosotros se aplicarian en el presidio. El conocimiento de estas causas corresponde á la jurisdiccion ordinaria, segun las mismas leyes (3). Mas por cuanto el bigamo ofende tambien la jurisdiccion eclesiástica, engañando al párroco, para que asista al segundo matrimonio nulo, sobre esta nulidad conoce ella, como así mismo del delito que puede haber en la mala creencia del sacramento (4).

**302.** Tres son, pues, los elementos necesarios para constituir este delito, un primer matrimonio, el hecho de contraer otro antes de la disolucion del primero, y dolo ó mala fé, comun á todos los delitos. Pero estas tres condiciones exigen alguna esplicacion. Es evidente en primer lugar que delito de bigamia no puede haber, sinó que en tanto que existen los primeros vínculos. No puede haberlo ni aun cuando el esposo, al tiempo de celebrar el segundo matrimonio, ignore la disolucion del primero; porque si bien el ha tenido intencion de cometer el delito, la ley penal no castiga el pensamiento, cuando no va acompañado de los elementos materiales. ¿Será lo mismo si el primer matrimonio es nulo, pero no está declarado tal por la au-

(1) L. 7, tit. 4, lib. 5, R. C.

(2) L. 8, tit. 20, lib. 8, R. C.

(3) Céd. de 5 de Febrero de 1770 que es la ley 10, tit. 28, lib. 12, Novis Rec.

(4) La nota de la ley cit. describe así la inmoralidad de la bigamia. «Que por el mismo hecho de casarse segunda vez, viviendo la primera mujer, falta á la fé pública del contrato, engaña á la segunda mujer, y ofende la primera; invierte el órden de la sucesion y de la legitimidad establecida por las leyes civiles, en cuanto precisa con su dolosa malicia á que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adulterinos, se tengan por legítimos por la buena fé de la madre, y sucedan á sus padres etc.»



toridad competente? La respuesta en rigor de principios debe ser afirmativa, porque ningun matrimonio impone vinculos verdaderos mientras no es válido. El matrimonio nulo no necesita disolverse, sino que se declara que no ha existido. ¿Cómo condenar, dice con mucha razon Merlin, á un acusado, antes que conste de una manera irrefragable la prueba del delito que se le imputa? (1). ¿Como condenarle tampoco provisoriamente? Sin embargo, la ley Recopilada que antes citamos parece exigir la sentencia de juez « non se departiendo de la una por sentencia de iglesia » (2).

**303.** El segundo elemento de la bigamia es un nuevo matrimonio contraído antes de disolverse el primero, y propiamente hablando es en el que consiste el delito. La validez de este matrimonio no es sustancial. El es nulo necesariamente por lo mismo que existe otro antes. Es menester sin embargo que independientemente de esta nulidad radical, se contraiga con las formalidades de ley, porque uno irregular no seria matrimonio. Así el matrimonio que no se contrae, libre ó públicamente, no podria servir de base á una condenacion, porque no habria realmente matrimonio, y de consiguiente bigamia. No se crea por esto que la celebracion es indispensable, desde que la tentativa es punible entre nosotros, como el delito mismo, si reune las condiciones que la constituyen, y el delito es grave (3).

**304.** El tercer elemento es, como hemos dicho, el dolo del acusado, sin el cual no puede concebirse delito alguno. Si el acusado pues justifica su buena fé, deberá ser absuelto. ¿Pero en qué consistirá esta buena fé? Claro está que en la certitumbre concebida por el agente, de

(1) Rep. v. bigamie. V. tambien Chauveau Adolphe, t. 4, p. 317.

(2) L. 6, tit. 1, lib. 5, R. C. El antiguo derecho admitia la excepcion de muerte anterior (L. 2, tit. 12, P. 4). V. á G. Lop. gl. 1, L. 16, tit. 17, P. 7.

(3) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 319, v. el n. 28.

que era libre al tiempo de celebrar el segundo matrimonio (1). Así la mujer no incurre en bigamia por el derecho de las Partidas, si se casa después de recibir noticias de la muerte de su marido ausente, por persona que merezca fe (2).

**305.** Sentados estos principios se presenta una grave cuestión sobre el procedimiento que debe emplearse cuando el acusado alega la nulidad del primer matrimonio. En regla general, todo juez competente para fallar un proceso, lo es para decidir las cuestiones que se elevan incidentalmente. Esta regla que tiene por fundamento la necesidad de evitar conflictos y demoras, era un principio formal en el derecho romano. *Quoties questio status bonorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominus apud eum, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur* (3). Aplicada esta regla á las materias criminales resulta, que el juez investido del conocimiento del delito, tiene por esto mismo el derecho de examinar todos los hechos y cuestiones incidentales que se ligan con él. Pero esta regla sufre excepcion, en las cuestiones perjudiciales de propiedad y obligaciones civiles. ¿Entre ellas deberá comprenderse también la excepcion de nulidad que el acusado oponga? Respecto del segundo, el acusado puede objetar que no existe ó que no es válido. En la primer hipótesis, no hay cuestion perjudicial. La existencia del segundo matrimonio es el delito mismo, y sin ella no hay base de acusacion. En la segunda, tampoco hay cuestion perjudicial, á nuestro juicio, porque la nulidad del segundo matrimonio no hace cesar necesariamente la criminalidad del agente. La cuestion de nulidad no puede pues separarse de la cuestion principal. Las dos cuestiones se confunden en una sola (4).

**306.** ¿La solucion será la misma respecto del primer ma-

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 321.

(2) L. 5, tit. 17, P. 7, y 8, tit. 9, P. 4. Sobre el modo de probar la muerte, v. la L. 14, tit. 4, P. 3.

(3) L. 3, Cód. de judiciis. V. también L. 1, Cód. de erd. judiciorum.

(4) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 323 y 324.





trimonio? Nuestro derecho parece resolver negativamente esta cuestion, desde que manda que á la mujer acusada de adulterio, no se admita excepcion de nulidad por ninguna razon, ni pretesto, y que sea castigada como si el matrimonio fuese verdadero (1). Á pesar de todo, nosotros creemos que los jueces del crimen no podrian prescindir de oir esta excepcion como perjudicial. La ley citada no es especial al delito de bigamia; y la que exige sentencia de iglesia (2), no es tampoco aplicable. Por ella se quiere solamente determinar uno de los elementos del delito de bigamia, mientras que la cuestion que tratamos es de procedimiento.

## CAPÍTULO V.

### INCESTO

**307.** Las Partidas llaman incesto el acceso carnal con parienta, ó cuñada hasta el 4º grado (3). Pero las Recopiladas comprendieron despues el acceso con comadre ó religiosa, y el de mujer con hombre de distinta religion (4). Este delito puede cometerse sin contraer matrimonio, ó por medio de él, pero sin licencia. En el primer caso, los delincuentes tienen igual pena que los adúlteros, dicen las Partidas (5). En el segundo, si era hombre honrado, infamia, destierro á una isla y confiscacion, si no hubiesen hijos de otro matrimonio «fuera endé si tal casamiento como

(1) L. 4, tit. 20, lib. 8, R. C.

(2) L. 6, tit. 1, lib. 5, R. C.

(3) L. 1, tit. 18, P. 7. La computacion se hace segun el derecho canónico. G. Lop. gl. 3.

(4) L. 7, tit. 20, lib. 8, R. C. De aquí la division de incesto de parentesco, de afinidad, y espiritual, de que tratan los autores. La cópula del confesor con su penitente, ó del párroco con su feligresa, no tiene este carácter, pero se castiga severamente por los canones (c. non debet quest 1). El acceso con religiosa, segun las Partidas, era siempre estupro [L. 1, tit. 19, P. 7] agravado por el sacrilegio [L. 6, tit. 18, P. 1].

(5) Que entónces era en el hombre la muerte [L. 15, tit. 17, P. 7].



este fuese otorgado por dispensacion del Papa » ; si vil, azotes y destierro (1). Las Recopiladas á estas penas agregan la confiscacion de la mitad de los bienes (2). Pero en el dia la pena será arbitraria, y mas ó menos rigurosa, segun la proximidad del parentesco. (3).

**309.** El derecho romano consideraba de derecho de jentes el incesto en línea recta, y de derecho civil el de los colaterales. La pena era la muerte, sea que se cometiese entre ascendientes ó descendientes, suegros ó nietos (4). Lo mismo sucedia en el caso de haber tratado sucesivamente á la madre y á la hija (5). Pero el incesto entre cuñados, tíos y sobrinos no tenia sinó pena arbitraria (6). En la mayor parte de las lejislaciones modernas se hace esta misma distincion (7), pero nuestras leyes la pasan desapercibida.

**309.** Puede acusar este delito cualquiera del pueblo, dentro de cinco años de su perpetracion (8) ó treinta si hubo violencia (9). Pero en el dia no se persigue de oficio sinó habiendo difamacion ó escándalo grave (10), siendo de advertir tambien que no puede ser acusado el varon menor de 14 años, ni la mujer de doce (11). La prueba es del mismo tenor que en el adulterio, pero los indicios deben ser mas vehementes, segun Gomez, por razon del parentesco, que repugna su perpetracion (12).

(1) L. 3, tit. 18, P. 7 y 51, tit. 14, C. 5. V. tambien Conc. Trid. c. 6, ses. 24, L. 2, tit. 5, lib. 3, F. Juzgo, y LL. 1, 2 y 3, tit. 8, lib. 4, F. Real.

(2) L. 7, tit. 20, lib. 8, R. C.

(3) Tapia, t. 7, v. incesto, ed. de 1846.

(4) Farin, q. 149, n. 62.

(5) Farin, loc. cit. n. 104.

(6) Ibid. n. 88, 23 y 96.

(7) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 182.

(8) L. 2, tit. 18, P. 7.

(9) L. 2, tit. 20 y 4, tit. 17, P. 7.

(10) Cuenda cosa es, dice Villanova, dejar el castigo de estos crímenes para Dios, en vez de esponer con el remedio á mayores males » (Mat. crim. obs. 11, c. 28).

(11) L. 2, tit. 18, P. 7.

(12) L. 80, de Toro, n. 17. Las Partidas decian « por testigos que sean de crez ó por su conocimiento » (L. 3, tit. 18, P. 7).

## CAPÍTULO VI.

## SODOMIA Y BESTIALIDAD.

**310.** Ejecutados estos delitos en secreto, cubiertos las mas veces de un velo espeso, solo dañan á sus autores á quienes degradan. La justicia no puede tampoco perseguirlos sin esponerse á torpísimas revelaciones, peores que la impunidad (1). Por estas consideraciones casi todos los códigos modernos han borrado ya del catálogo criminal estos hechos. Nuestras leyes por el contrario siguiendo las romanas recomiendan y se esmeran en su castigo (2).

**311.** La sodomia, segun las Partidas, consiste en « yacer unos omes con otros contra natura y costumbre natural » (3). Los sodomitas por el Fuero Juzgo eran castrados, confiscados sus bienes, y entregados al Obispo, y las mujeres podian volver á casarse (4). Por el Fuero Real, esta castracion debia ser pública, colgándolos despues de las piernas (5). Las Partidas imponen la pena de muerte *aut faciens aut libenter consentiens* (6). Las ordenanzas militares, fuego y horca (7). Las Recopiladas, fuego y confiscacion, aunque no se consume (8), pudiendo procederse en

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 184.

(2) *Jubemus*, decia Constantino, *insurgere leges armari jura gladio ultoris ut exquisitis pœnis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei* [L. 31, Cód. ad leg. Jul. de adulteriis].

(3) Proem. tít. 21, P. 7. Segun G. Lopez, cometen tambien este delito las mujeres entre sí, y el hombre con la mujer [gl. 1]. Segun el derecho canónico, la sodomia es de dos clases, *perfecta*, una *altera imperfecta*. *Prior est concubitus masculi cum masculino, fœmiæ cum fœmina, sive mares inter se coeant in vase præputatorio sive in ore, sive fœmine anteriore vase utantur, aut posteriori. Posterior est concubitus viri cum fœmina extra vas naurale*. [Bulla de Pio 4º, 1568].

(4) Leyes 5 y 6, tít. 5, lib. 3, F. Juzgo.

(5) L. 2, tít. 9, lib. 4, F. R.

(6) L. 2, tít. 21, P. 7, excepto que el paciente sea menor de 14 años.

(7) Trat. 8, tít. 10, art. 83.

(8) « Actos propinuos y cercanos de manera que no quedase por el delincuente de acabar » [L. 1, tít. 21, lib. 8, R. C].



este delito «no digno de nombrar» dicen, á petición de parte ó de cualquiera del pueblo, por vía de perquisición ó de oficio (1). La prueba puede ser también por tres testigos singulares, mayores de toda excepción, ó cuatro aunque sean partícipes del delito, ó padezcan cualquiera otra tacha, que no sea enemistad capital «concurriendo indicios ó presunciones que hagan verosímiles sus declaraciones» (2).

**312.** La bestialidad es el acceso de hombre ó mujer con bestia. Las Partidas señalan contra este delito las mismas penas de la sodomía «e demas, dicen, deven matar la bestia para amortiguar la remembranza del fecho» (3). Las Recopiladas no lo tratan especialmente (4).

---

## TÍTULO VIII.

---

### DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD PATERNA.

---

#### CAPÍTULO ÚNICO.

##### MATRIMONIO CLANDESTINO.

**313.** La Iglesia ha detestado constantemente los matrimonios clandestinos (5); pero hay que distinguir el tiempo

(1) La misma acción popular daban las Partidas (L. 2, tít. 21, P. 7).

(2) L. 2, tít. 21, P. 7 y 2, tít. 30, lib. 8, R. C. Entre los Romanos por la ley Santina la pena era una multa de diez mil sestercios. Esta misma disminución se nota en las pocas legislaciones que continúan castigando estos actos, con excepción de la ley inglesa [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 183].

(3) L. 2, tít. 21, P. 7.

(4) Auto 63, tít. 6, lib. 2, R. C.

(5) *Clandestina conjugia penitus inhibemus*, [can. 51 del Cóno]. Lat. 4º, y también el cap. 1, ses. 24, Conc. Trid.



anterior y posterior al Concilio de Trento. Por las Decretales de Gregorio IX el matrimonio se decía clandestino, por celebrarse sin testigos, por no haberse observado las formalidades prescriptas, por no ser precedido de las proclamas (1). El Concilio de Trento no aumentó ni disminuyó estos modos, sino que irritó únicamente los matrimonios en que no intervenían dos testigos y el párroco, quedando siempre prohibidos los otros (2). Habiendo dicho, pues, la ley Recopilada «mandamos que el que contrajese matrimonio que la iglesia tuviere por clandestino, por el mismo fecho, el y los que interviniere, incurran en perdimiento de bienes, y sean desterrados de nuestros reinos, en los cuales no entren so pena de muerte, y esta sea justa causa para que el padre ó la madre puedan desheredarlos, si quisieren» (3), el delito y la pena deben considerarse vijentes (4) Gregorio Lopez (5), sin embargo y otros jurisconsultos (6) dan á entender que para incurrir en castigo no basta que el matrimonio se haga contra la voluntad de los padres, sino que además ha de ser clandestino, es decir, faltarle la presencia del párroco y testigos. Esta interpretacion la creemos errónea, porque la ley de Toro imponiendo penas á los que servían de testigos, muestra claramente que no se dirigía á los que se llamaban clandestinos por carecer de testigos (7). Pero conviene advertir, 1º que esta materia ha sufrido notable alteracion por la pragmática posterior que priva á los hijos que contraen semejantes matrimonios de todos los efec-

(1) Cap. 3º de cland. desp. Estos mismos modos se encuentran copiados en las Partidas [L. 1, tít. 3, P. 4]. El Concilio Lateranense se celebró en 1215 y las Partidas se hacían en 1256.

(2) Sanchez, de matrim. lib. 5, disp. 1, cuest. 1ª.

(3) Ley 19 de Toro. V. también L. 8, tít. 2, lib. 3, F. Juzgo, 5 y 14, tít. 1, lib. 3, F. Real.

(4) Molina, de prim. lib. 2, c. 10, n. 19. Contrá Gutierrez, lib. 2, c. 4, Pract. Quæst.

(5) Gl. 4ª á la L. 10, tít. 1, P. 4.

(6) Covarrubias, de matrim. P. 2, c. 6, n. 25.

(7) Llamas, Com. á la L. 49 de Toro, n. 50.

los civiles, como el de pedir dote ó legítima, y suceder como herederos forzosos, declarando la falta de licencia justa causa de desheredar, y estendiendo á los descendientes la privacion (1); 2º que el derecho de acusar este delito corresponde únicamente á los padres de ambos contrayentes (2).

(1) Pragm. de 23 marzo de 1776.

(2) Ley cit. de Toro in fine, y 1, tit. 1, lib. 5, R. C.



# LIBRO III.

---

## DE LOS DELITOS PRIVADOS

**314.** Los particulares pueden ser ofendidos en sus vidas, en la integridad de su persona, en su honor ó en sus bienes. De aquí la division de este libro en cuatro títulos.

---

# TÍTULO I.

---

## DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

### CAPÍTULO I.

#### HOMICIDIO.

**315.** El homicidio, *hominis cædes*, significa en su acepcion mas lata, todo ataque á la vida del hombre, *violenta vitæ hominis ademptio*. «Matamiento de ome, dicen las Partidas» (1). Pero en este sentido comprende hechos distintos por su naturaleza y carácter moral. El homicidio puede ser el resultado de un accidente, la consecuencia de una falta, ó un hecho intencional y premeditado (2). En el primer ca-

(1) L. 1, tit. 8, P. 7.

(2) La L. 14, tit. 8, P. 1, dice que el homicidio puede ser en cuatro maneras, «por fecho, por consejo, por mandamiento ó por defendimiento».



so no es punible; en el segundo, tiene pena menor; solo en el tercero es uno de los delitos mas graves. Un antiguo autor dividia el homicidio en seis clases, *manibus atque instrumento, lingua, consensu vel permissu, signis, incantationibus, toxico ac veneno* (1), Julio Claro reduce todas estas clases á dos, homicidio simple y homicidio deliberado. El primero, que es el exento de premeditacion, puede cometerse con cuatro circunstancias distintas, *necessitate, casu, culpa, dolo*. Homicidio necesario, *necessarium*, es cuando se comete en lejitima defensa; casual, *casuale*, si es el resultado de un caso fortuito; culpable, *culposum*, si es el producto de una falta ó imprudencia; y doloso ó intencional, *dolosum*, cuando se comete con intencion de matar, pero sin premeditacion (2). El homicidio deliberado puede producirse igualmente de cuatro modos, *ex proposito*, cuando se ejecuta con premeditacion sin circunstancia agravante (3); *ex insidiis*, si se comete con asechanzas; *proditorie*, en caso de perfidia, acometiendo súbitamente ó por detras, un huésped ó amigo; y en fin, *per assassinium*, cuando el homicidio se comete por dinero (4). Estas distinciones tomadas del derecho romano (5) han sido reproducidas por los jurisconsultos, y con lijeras modificaciones por casi todos los Códigos. Las Partidas dividen el homicidio en *tortizero*, con derecho, y por ocasion (6). El Concilio de Trento, en voluntaria, casual y necesario (7). Aquí solo nos toca hablar del primero (8).

**316.** El homicidio doloso ó voluntario *ex voluntate oc-*

(1) Damhouderius, *Prax. crim.* c. 68, p. 163 cit. por Chauveau Adolphe.

(2) *Impetu iracundiæ*, [Farin, q. 126, n. 8].

(3) *Per industriam*, dice el derecho canónico [c. 1, de hom. volunt. vel cas].

(4) J. Clarus. *Sentent. lib.* 5, § homicidium, n. 14.

(5) L. 1, D. ad leg. Corn. de sicariis y Cod. eod. tit.

(6) L. 1, tit. 8, P. 7.

(7) Ses. 14, c. 7.

(8) V. sobre los demas, los capítulos de las justificaciones y excusas libro 1º.



*cedentis*, requiere como elemento preciso el hecho material y la voluntad de matar. Pero esto necesita de alguna explicación para comprenderse bien. Sin homicidio ó tentativa de homicidio no hay delito. De esta regla evidente por sí misma nacen dos corolarios. El primero es que el hombre en quien se comete el atentado, debe estar vivo en el momento de su consumación. Así, aunque estuviese enfermo sin esperanza, ó no tuviese mas que una hora de existencia, el hecho que absorbiese su vida, sería un homicidio (1). Por el contrario, no lo sería, si en aquel mismo momento hubiese dejado de existir por cualquier otra causa, porque faltaría el hecho material (2). La ignorancia misma en que estuviese el agente de la muerte de la víctima, no puede asimilar este caso al en que él la hubiese producido, porque un delito no puede fundarse en una ficción (3). El segundo corolario, á que los antiguos daban gran importancia, era que el fin del atentado fuese la vida de un hombre. Así, cuando la víctima era un monstruo, decidían con la ley romana, que no había homicidio, *monstruos partus sine fraude cadunt* (4). Pero la jurisprudencia necesitaba definir los monstruos, y la definición se hizo restrictivamente (5). Distinguiéronse dos especies: unos que no eran mas que deformes, otros que participaban á la vez del hombre y de la bestia (6). Solo estos últimos se comprendían en los términos de la disposición. Pero estas cuestiones han desaparecido con la barbarie de los tiempos. Hoy todo ser por

(1) G. Lopez, pone por ejemplo el conducido al patíbulo [gl. 2, L. 1, tit. 8, P. 7]. Segun Fervervach, solo había en este caso contravención de policía [trat. de derecho pen].

(2) L. 15, D. ad leg. Aquil.

(3) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 573.

(4) *Secus si habet*, dice G. Lopez, *caput animalis quia tunc non est homo* [Gl. 1, L. 1, tit. y P. cit]. *Tales enim partus, decia tambien Damhouderius, nequitiam baptizandi sunt sed illico suffocandi... ut pulchre inquit Baldus* [P. 243, c. 84, n. 30].

(5) L. 28, D. de verb. signif.

(6) Las Partidas hablando de los derechos hereditarios los niegan á los que pacaen muertos « ó en figura de bestias.... que son como fantasmas » [L.



deforme que sea, siempre que haya nacido del hombre, puede decirse protegido por la ley. *Mutilus homo est*, dice el Evangelio, *quippe animam habet, per quam homo est* (4).

**317.** La proteccion de la ley se estiende á todo el género humano (2), cualquiera que sea el sexo de la persona, su edad ó religion (3). Pero es esencial un hecho material capaz de dar la muerte. Así no habria homicidio, si el ajente hubiese empleado un sortilegio para causarla, aun que tuviese fé en su poder, ó una droga que creyese veneno, pero que no era malsana. En estos casos hay sin duda voluntad de dar la muerte, pero falta el principio de ejecucion, puesto que el hecho de ningun modo podia dañar á la vida de la persona (4). Otra cosa debe decirse si el hecho material tiene el poder de causar la muerte, aunque no la produzca efectivamente, como golpes dados con intencion de matar. Estos golpes, cualesquiera que sea el resultado, constituyen un principio de ejecucion del delito, puesto que eran bastante por su naturaleza para consumarle (5).

**318.** El homicidio puede cometerse no solo por un acto material, sinó por su omision, como en el caso de no llevar los alimentos á una persona secuestrada, quien esté encargado de hacerlo (6); y aun por los dolores morales, como un padre ó marido, que no se sirve de su poder, sinó para cubrir de amargura los dias de su hija ó mu-

8, tit. 33, P. 7], «ó que non son figurados como omes, dice otra, así, como si oviese cabeza ó otros miembros de bestia». Pero nó, si tienen figura de hombre «aunque hayan miembros sobejanos ó menguados» [L. 4, tit. 23, P. 4].

(1) Mathæus, L. 5, n. 6. Un autor moderno sin embargo sostiene todavía que en la muerte de un monstruo no puede haber delito, porque no hay, dice, lesion de derecho alguno. Fevervach, lug. cit.

(2) *Lex Cornelia non de certo hominum genere loquitur, sed ipsam humanitatem tuetur.*

(3) L. 2, D. ad. leg. Corn. de sicariis.

(4) Una ley de Partida sin embargo impone la pena de muerte por el solo hecho de sortilegio [L. 3, tit. 23, P. 7].

(5) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 575.

(6) Segun las Partidas hay homicidio cualquiera que sea el arma ó el medio, v. ley 2, tit. 8, 1, tit. 10, 7, tit. 33, P. 7, y 3, tit. 16, P. 2.

jer (1). Sin embargo, la ley nada dice espresamente, sin duda por la dificultad de la prueba en un delito semejante. ¿Cómo justificar el poder del dolor y de sus funestos efectos? ¿Cómo apreciar las consecuencias de la omisión en el hambriento ó enfermo? (2).

**319.** Hasta aquí nuestras observaciones se han contraído al hecho material del homicidio. El segundo elemento consiste en la voluntad de matar. Esta voluntad es un elemento indispensable y constitutivo del delito. Así, delito hay aun cuando el hecho material no se consume, ó as produzca solo en parte (3). Por el contrario no existe desde que la voluntad no sea entera, desde que pueda ponerse en duda. *Divus Adrianus rescripsit eum qui hominem occidit si non occidenti animo hoc admisit, absolvi posse* (4). De donde se deduce que la voluntad de matar debe aparecer claramente de los hechos (5), y que nunca es circunstancia agravante (6). ¿Pero en qué se conocerá esta voluntad? Se presume, dicen los jurisconsultos, si el autor de las heridas se hubiese servido de armas mortíferas, si las heridas son en la cabeza, los golpes repetidos, y numerosas aquellas, si los agresores han sido muchos, si entre el agente y la víctima existia enemistad capital, si habian mediado amenazas, ó si despues de la perpetracion el culpable habia huido. Pero es evidente que estas circunstancias solo son conjeturas é indicios mas ó menos fuertes (7).

**320.** No basta en fin la misma voluntad de matar, si-

(1) Arg. de las leyes citadas.

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 375.

(3) *Vulnerabit ut occidat* [L. 3, D. ad leg. Corn. de sicariis y L. 2, tít. 3, P. 7].

(4) L. 3, D. cit. Contrá, LL. 8, y 15, tít. 8, P. 7, hablando del boticario que dá medicinas fuertes, *sin mandado de los fisicos*.

(5) *Animus occidendi*. «Matando algun ome ó alguna muger á otro asabiendas» L. 2, tít. 8, P. 7, y 4, tít. 23, lib. 8, R. C.

(6) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 377.

(7) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 379. Sobre las amenazas, v. la L. 60 del Estillo, que hace de ellas una presuncion juris et de jure.

nó vá acompañada de intencion de dañar, ó dolo. *In paenis corporalibus*, decía la ley romana, *lata culpa non comparatur dolo* (1). El dolo es un elemento esencial en todos los delitos, que no puede olvidarse en el homicidio.

**321.** Es una cuestion grave saber si la voluntad es suficiente para constituir el homicidio, cuando la persona muerta no es la que el agente queria matar. Segun algunos autores esta circunstancia solo hace desaparecer la premeditacion, pero no la voluntad (2). Otros no ven en este hecho mas que un homicidio casual (3); al mismo tiempo que otros le atribuyen todos los caractéres del homicidio premeditado (4). Las leyes romanas negaban la accion en el caso del sirvo (5). Las Partidas dicen que este homicidio seria *por su culpa* (6). Las Recopiladas lo clasifican *de ocasion*, cuando peleando dos hombres en vez de herirse entre sí matan á otro; y la pena es una multa, sobrevenga ó no la muerte «porque ninguno de ellos lo quiso hacer» (7). Entretanto no puede negarse que el ánimo de matar existe, *sinon en specie, saltem in genere*. El error no cambia sinó el resultado del delito, pero no su naturaleza. La premeditacion ha acompañado á la accion, y la criminalidad debia ser la misma (8).

(1) L. 7, D. ad leg. corn. de sicariis. *Dolus, id. est, dolosum propos situm* [glosa].

(2) J. Clarus, de homicidiis, n. 6. *Bené verum est quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberantis*.

(3) *Casualis*—Non potest dici in dolo fuisse cum non intendebat personam quam occidit, sed in ea erravit [Menochius, casu 324, n. 11].

(4) Farin, q. 125, n. 136. Porque el error no impide la intencion, dice, existiendo la voluntad de matar, sinó en el hecho mismo, en sus resultados. V. tambien la L. 18, § 3, D. de injuriis, que dá la accion cuando uno recibe golpes en lugar de otro.

(5) L. 1, D. de injuriis. *Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem inivitus percusserim, injuriarum non teneor*.

(6) Así la pena es los gastos de curacion y perjuicios; y si muere el herido, destierro por cinco años en alguna isla [L. 6, tít. 15, y 5, tít. 8, P. 7].

(7) L. 6, tít. 17, lib. 4, F. R. que es la 12, tít. 23, lib. 8, R. C.

(8) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 419. Es de notar tambien, que respecto de la víctima en el caso supuesto hay un hecho consumado, y del agente uno

**322.** La pena del homicidio voluntario era en los primeros tiempos de la república romana el destierro, *aque et igit interdicio*. La ley Cornelia substituyó á esta pena la deportacion y confiscacion (1). Mas tarde la deportacion quedó para los de rango elevado, *honestiores*, y la muerte para los de baja condicion (2). Poco á poco la muerte se hizo la pena comun (3); pero los autores persistieron en señalar una pena menor al homicidio simple, que se cometia sin premeditacion (4). Las Partidas distinguian de personas, como el derecho romano (5). Pero las Recopiladas castigan uniformemente con la muerte todo homicidio voluntario aunque resulte de pelea, á pesar de los fueros, dicen, que disponen otra cosa (6). La accion para acusar el homicidio es popular (7).

## ARTÍCULO I.

### PARRICIDIO

**323.** Se entiende por parricidio el homicidio de un ascendiente (8). El parricidio no es pues mas que un homi-

frustrado: y que si bien la filosofía quisiera una diferencia en la pena entre estos actos [v. el n. 29], las leyes no han hecho todavía esta distincion.

(1) L. 3, § 5, D. ad leg. Corn. de sicariis. La ley de las Doce Tablas, en caso de muerte ó heridas imponia la pena del talion: *si membrum rupit eum eo facit, talio esto*.

(2) Inst. de pub. judiciis.

(3) Inst. loc. cit. En el derecho canónico, v. tit. 12, lib 5, Decret. Gregorio IX.

(4) Farin, q. 126, n. 129.

(5) L. 15, tit. 8, P. 7.

(6) LL. 3 y 4, tit. 23, lib. 8, R. C. y G. Lop. gl. 1, á la L. 15, tit. y P. cit. Sobre las penas en las legislaciones modernas, v. Chauveau, t. 3, p. 382.

(7) L. 14, tit. 8, P. 7.

(8) En los primeros tiempos de Roma, esta palabra significaba lo mismo que homicidio. *Si quis liberum hominem*, decia una ley de Numa, *morti sciens dedit, parricida esto*. Los cuestores para las causas capitales se llamaban tam-

cidio agravado por la calidad de la víctima, y de aquí viene, que el delito es el mismo, de cualquier modo que se cometa. La premeditacion, *animus occidendi*, no tiene influencia ninguna en este caso. La ley romana iba mas lejos, castiga hasta los actos preparatorios, y el pensamiento (1). Así segun ella, bastaba que un hijo comprase el veneno que habia de servir á su padre, para incurrir en las penas (2), y lo mismo dice del que daba dinero para este objeto, aunque el ataque no tuviese lugar (3). Las Partidas han copiado estas disposiciones (4). Pero como usan de estas palabras: «se trabajase de gelo dar, maguer non gelo pueda dar» (5). G. Lopez sostiene que no basta comprar el veneno, sinó que se necesita un principio de tentativa (6).

**334.** El segundo elemento del parricidio, es la calidad de las personas en quienes se comete. La lejislacion ha variado mucho á este respecto. Por la ley Pompeya de *parricidiis* se comprenden en la palabra *parentem* no solo el homicidio de un ascendiente, sinó tambien el de un colateral hasta el grado de los primos, y aun los aliados, esposos y patronos (7); y lo mismo han repetido las Partidas (8). Los jurisconsultos entónces distinguieron dos parricidios, *proprium et improprium*. El primero es el que se comete en los ascendientes ó descendientes, *in infinitum*: el segundo, en los esposos y demas personas enumeradas en la ley. La pena del par-

bien, *parricidii castiores*. En la ley de las 12 tablas, sin embargo, ya no se llama así mas que la muerte de los padres. *Qui parentem necaverit, capite abvolutus, culeo insutus, in aquam abjicito*. La ley Pompeya fué la primera que habló especialmente de este delito y lo estendió á otros parientes.

(1) L. 1, D. ad leg. Pompeiam de parricidiis.

(2) *Quamvis non potuerit dare* [L. 7, D. ad leg. Pomp. de parricidiis, L. 12 in fin, tit. 8, P. 7.]

(3) L. 7, D. ad leg. Pompeiam de parricidiis.

(4) L. 12, tit. 8, P. 7.

(5) L. 12, tit. y P. cit.

(6) G. Lop. gl. 9, ley cit.

(7) L. 1, D. ad leg. Pom. de parricidiis. «*Tuetur lex Pompeia naturam*».

(8) L. 12, tit. 8, P. 7. V. tambien las leyes 17 y 18, tit. 5, lib. 6. F. Juzgo.

ricidio era solo para el primer caso (1), y no comprendia tampoco al padre ó hijo adoptivo (2). Estos dos hechos en efecto son muy diferentes. El parricidio verdadero viola un deber, no perecedero como la gratitud, sinó eterno como la naturaleza. Pero otra cosa debe decirse de los *hijos naturales* que han sido reconocidos (3) *quia leges istæ loquuntur per nomina naturalia et non civilia* (4).

**325.** El legislador no quiso al principio suponer que este delito podia cometerse (5). Los decenviros fueron los primeros que condenaron al culpable á ser echado al agua, con la cabeza cubierta, y cosido en un saco de cuero. Esta pena se agravó despues; el cuero debia contener ciertos animales, y antes de someter el reo á este suplicio, era azotado (6). Si el mar estaba lejos, era echado á las bestias (7). La misma pena ha pasado á nuestras leyes (8), pero en la práctica está reducida á la simple ceremonia ejecutada con el cadáver. (9).

(1) Farin, q. 12. Cujacio, dice que entre los Romanos era preciso tambien que el culpable confesase que habia querido, y en efecto habia dado la muerte á su padre [ad. lib. 9, tit. 7, Cód].

(2) Menochius, casu 356, n. 26, *quia ratio illa vinculi naturalis sanguinis cessat in filio adoptivo, qui dicitur filius ficté et non veré*. Contrá, Mathæus, de crim. ad lib. 48, D. tit. 6.

(3) V. á Menochius, casu 156, n. 15.

(4) G. Lop. gl. 2, L. 12, tit. 8, P. 7.

(5) Solon no se ocupa de él en sus leyes. En Persia, el hijo que mataba á su padre era considerado bastardo.

(6) L. 9, de ad leg. Pomp. de parricidiis. L. un C. de his quir parentes vel liberos occiderunt. *Pæna parricidii more majorum hæc instituta est, ut parricida virgis sanguinellis verberetur, deinde culeo inseratur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et æmia: deinde in mare profundum culeus jactetur*. Ciceron admira este suplicio que priva de repente, dice, del cielo, del sol, del agua y de la tierra [Pro Roscio, § 71].

(7) El jurisconsulto Paulo [Sent. tit. 24] menciona tambien la pena del fuego.

(8) L. 12, tit. 8, P. 7. Los animales eran un perro, un gallo, una culebra y un mono. *Gallum Castratum*, dice G. Lopez, *qui fortius pugnat cum serpente* [gl. 6].

(9) La civilizacion actual no sufre ya tormentos, dice Boeresco, aunque se trate del mas horrible de los delitos. [Délits et peines, n. 64].

**326.** Dúdase : 1º Si este delito puede justificarse. Pensamos que sí, por la palabra *á tuerto* de que usan las Partidas (1); y porque una ley del F. Juzgo aunque lleva por epígrafe « de los que matan sus parientes por ocasion », despues se ocupa de los que los matan « por tuerto quel facie, ó porque se queria amparar » y dice que probada la defensa con buenos testigos, no deben recibir pena alguna (2). Tal era tambien la regla admitida en el antiguo derecho (3). 2º Si los cómplices, aunque sean estraños á la familia, tendrán la misma pena. La ley romana decidia afirmativamente esta cuestion. *Proinde conscii etiam extranei eadem pœna afficiendi sunt* (4). Pero esta jurisprudencia no debe aplicarse sinó al caso en que los cómplices obren como autores, conjunta y simultáneamente (5).

**327.** Por las leyes romanas este delito no podia en fin prescribirse (6); pero creemos que entre nosotros no habria motivo para desechar esta excepcion.

## ARTICULO II.

### INFANTICIDIO.

**328.** El infanticidio es el homicidio voluntario cometido en su propio hijo. La ley romana colocaba este hecho entre los parricidios (7). Los autores disputaban si el recién nacido estaba comprendido en los términos de la ley, Farinacio resuelve el caso de un modo afirmativo. *Est casus in quo mater*

(1) L. 12, cit.

(2) L. 19, tit. 5, lib. 6, F. Juzgo. El testo latino usa de estas palabras *gravibus coactus injuriis.... illa vero discretione servata quæ in cunctis casibus est de homicidiis constituta.*

(3) Farin, q. 120, n. 186.

(4) L. 6, D. ad leg. Pomp. de parric.

(5) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 390.

(6) L. 10, D. ad leg. Pomp. de parricidiis.

(7) L. 1, D. ad leg. Pomp. de parricidiis.

*que factum jam natum infantem occidit: quo casu dubium non est quod pena mortis punitur tanquam parricida* (1). La pena era pues la capital, ó la deportacion en una isla, segun la calidad de la persona (2). Nuestras leyes no han hecho mas que repetir estas disposiciones (3), y el resultado de tanta severidad en la pena ha sido la impunidad.

**319.** Tres condiciones son necesarias para constituir este delito, voluntad de matar, como en el homicidio, criatura nacida viva, y cierta edad en el recién nacido. Así, no bastaria la falta de cuidados. Los médicos lejistas distinguen el infanticidio por comision y por omision, pero es evidente que estos son hechos distintos (4). En el caso de omision, el infanticidio desaparece, y solo queda un homicidio culpable. La segunda condicion no quiere decir que la criatura sea viable. La ley penal protege, como hemos dicho, la humanidad entera (5). La tercera condicion es mas difícil de determinar. ¿Qué quiere decir un recién nacido? Las leyes se sirven de este término sin definirlo. Unos han creído que la criatura conserva esta calidad un mes. Los médicos lejistas sostienen que debe considerarse recién nacido, mientras no se cae el cordón umbilical, es decir, ocho dias despues de nacido. Las leyes de Nápoles toman por regla el bautismo y la inscripcion en los registros civiles (6). La ley austriaca por el contrario solo considera infanticidio el cometido en el momento mismo de nacer (7). Nuestras leyes no hablan de los recién nacidos sino relativamente á

(1) Farin, q. 122, n. 156. A Perez, no es menos esplicito [Prelecciones in L. 9, Cód. tit. 17, n. 8]. *Eam parricidia pama, dice, plectitur, nisi probet natum mortuum.*

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 396.

(3) LL. 2 y 7, tit. 3, lib. 6, F. Juzgo, y 12, tit. 8, P. 7.

(4) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 399.

(5) N. 317. La ley civil puede rehusar los derechos hereditarios en este caso, pero la ley penal no vé mas que un ser que existe, y que debe proteger, como al enfermo en agonía, ó el condenado á muerte. [Chauveau Adolphe, t. 2, P. 400].

(6) Art. 347.

(7) Art. 122.





los derechos hereditarios. Para este objeto, segun ellas, debe tenerse por naturalmente nacido, y no abortivo « cuando nació vivo *todo* e que a lo menos despues de nacido, vivió 24 horas naturales, e fue bautizado antes que muriese » (1).

**330.** La palabra recién nacido comprende tambien al que está naciendo, ó cuya muerte se ejecuta en el acto mismo del parto; porque es imposible admitir que entre el aborto y el infanticidio la ley ha querido dejar fuera de toda pena un hecho, que por lo menos participaria de los dos delitos. La criatura mientras nace debe considerarse ya nacida; porque sinó ha respirado todavia, si no ha vivido aun la vida *extra uterum*, ha dejado de ser simple feto, pues ha visto la luz (2).

**331.** Es una cuestion ventilada si el extraño que mata una criatura recién nacida se castigará como infanticida. Los autores suponen comunmente que este delito no puede cometerse sinó por la madre, y las leyes parecen no referirse sinó á ella. Esta opinion nace probablemente de que en varias lejislaciones antiguas, entre ellas la primitiva de los romanos, el padre tenia el derecho de vida y muerte sobre sus hijos (3). Atendiendq sin embargo á que la razon principal de castigar este hecho consiste en la falta de defensa de la criatura, seria mas riguroso imponer al extraño mismo la pena del infanticida, ó por lo menos del homicida alevoso (4).

### ARTICULO III.

#### ABORTO.

**332.** La palabra aborto ha tenido muchas acepciones.

(1) L. 13, de Toro. Segun el F. Juzgo, se requeria el bautismo y diez horas de vida. « Como será contado entre los vivos, dice, al cual fué mas allegado la muerte que la vida ». (L. 18, tit. 2, lib. 4, F. Juzgo).

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 403.

(3) Buonacosi, *delitti et peines*, n. 65. El padre solo fué sometido á la pena del parricidio por una ley de Constantino.

(4) Chauveau Adolphe, *lug. cit.* p. 405. Arg. de la L. 8, tit. 8, P. 7, y L. 1, tit. 3, lib. 6, F. Juzgo.



Unas veces es el parto anticipado de un feto no viable, *partus abortio*; otras, el accidente provocado por un hecho culpable, *partus abactio* que comprende el hecho del individuo que ejecuta la operacion ilicita, *qui abortum facit*, y el de la mujer que se somete a ella, *quæ abactionem patitur* (1). Los médicos lejistás definen el aborto la espulsion violenta del feto y sus dependencias en cualquier época del embarazo. El aborto acaba en efecto donde empieza el infanticidio, y es un delito menor que este, porque la mujer embarazada no es madre todavia. La ley romana no distinguia el caso de estar vivo ó no el feto (2), pero nuestras leyes (3) han seguido el derecho canónico, que considera el aborto un homicidio cuando el feto está animado (4) De aqui resulta en la práctica alguna confusion (5).

**333.** La pena por el derecho romano era el destierro para la madre que se hacia abortar violentamente, *qui partum abigeret* (6), ó la muerte, si lo hacia por dinero que recibia de los

(1) *Græce scelus*, decian los antiguos, porque uno y otro hecho suponen necesariamente la premeditacion [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 46].

(2) L. 2, D. ad leg. Corn. La secta de los Estóicos creia entónces que el alma no entraba al cuerpo sínó con la respiracion del aire exterior. *Partus nondum editus*, dice Papiniano, *homo non recte fuisse dicitur* [L. 35, § 2, D. ad leg. Falcid]. El feto, dice en otro lugar Ulpiano, no es mas que una parte de la madre, *partio mulieris vel viscerum*.

(3) L. 8, tít. 8, P. 7, y 2, tít. 3, lib. 6, F. Juzgo.

(4) *Quod vero non formatum puerperium noluit ad homicidium pertinere, profecto nec hominem deputavit quod tale in utero genitur: hic de anima questio solet agitari utrum quod formatum non est, nec animatum quidem possit intelligi; et ideo non sit homicidium, quia nec exanimatum dici potest, si adhuc animam non habebat* (Decret. 2º, p. c. 32, q. 2, c. 8). Esta era tambien la regla entre los Griegos. [Aristot. Polit. lib. 7, c. 16].

(5) Una de las dificultades es determinar el momento en que empieza á vivir la criatura. Hipócrates, enseñaba que á los 30 dias en los varones, y á los 40 en las mujeres. G. Lopez, dice, 40 y 60. Otros señalan tres meses [Farin, q. 122, n. 139]. La regla mas acreditada antiguamente era la 40 dias propuesta por Acursio. *Ante quadraginta dies quia ante non erat homo, postea de homicidio tenetur* [Gl. in leg. 4, D. ext. crim]. No faltan quienes reproduzcan la opinion de los estóicos; pero esta proposicion ha sido condenada.

(6) Y la razon de este castigo no era precisamente el homicidio, sínó el daño que la mujer hace al marido, dice el rescripto, privándole de los hijos que debia tener [L. 4, § 11, de extraordin. crim].



herederos (1); y para los que daban la bebida, la relegación en las minas ó deportación, según su clase (2); y muerte también si la mujer moría de la bebida, ó se consumaba el aborto (3). Según el F. Juzgo, muerte para el que suministra las yerbas, azotes la mujer (4); pero en caso de provocar el aborto de otra manera, solo sufrirá la pena si muere la mujer (5). Otra ley castiga á la madre con la muerte, si mata á su hijo « pues que es nado ó ante que sea nado, prender yerbas por abortar, ó en alguna manera la ahogar » (6). Las Partidas no distinguen de yerbas ó golpes, sino de efecto. Si la criatura está viva, la madre debe morir como parricida (7): en caso contrario destierro por cinco años (8). La misma pena tiene el que hiera á su mujer á sabiendas (9); pero si es un extraño se castigará como simple homicida, si vive el feto, y sino cinco años de destierro á una isla (10). La intención es un elemento esencial de este delito (11), y contra la regla jeneral parece que no se castiga la tentativa. « E se perdiere por ende....de manera que se perdiere lo que tiene en el vientre », dicen las Partidas.

(1) L. 39, D. de pœnis.

(2) Leyes 4, tít. 11, lib. 47, 8, tít. 8, lib. 48 y 38, tít. 19, lib. 48, D.

(3) *Quod hæc mulier aut homo perierit summo supplicio adjicientur* [L. 38, 5, D. pœnis]. La palabra *homo* aquí significa el feto [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 47].

(4) L. 1, tít. 3, lib. 6, F. Juzgo.

(5) En caso contrario, hombre y mujer 150 sueldos, si el niño era formado; sino, 100 sueldos [L. 2, tít. y lib. cit.]. Según la ley 7ª, este era un delito muy común entónces.

(6) L. 7, tít. 3, lib. 6, F. Juzgo.

(7) Lo mismo dispone el derecho canónico.

(8) L. 8, tít. 8, P. 7.

(9) V. Tapia, t. 7, v. aborto, ed. de 1846.

(10) L. 8, tít. y P. cit.

(11) Chauveau, t. 4, p. 52. *Quando quis percusserit mulierem animo et intentione ut ex percussione abortus sequeretur, tunc abortu sequuto inital pena mortis, scilicet si non animo committendi abortum* [Farin, q. 122, n. 151]; y con mas razón debe decirse esto si el autor de las violencias ignoraba el embarazo, si ignorabat etiam abortu sequuto, non tenetur de eo [Ibid. q. 122, n. 153].

## ARTÍCULO IV.

## ESPOSICION DE PARTO.

**334.** La esposicion de parto consiste en abandonar la criatura despues de nacida. Las leyes romanas al principio compararon este hecho con el aborto y el infanticidio (1). Leyes posteriores le castigaron con multa solamente, y pérdida del derecho á reclamar al que habia sido recogido por caridad (2). En la lejislacion española, el Fuero Juzgo ordena que si el niño muriese, por no recogerlo nadie, el que lo espuso tiene pena de muerte (3). El F. Real y Partidas siguen el derecho romano de los últimos tiempos, condenando al padre á perder la patria potestad, y demas derechos sobre sus hijos y bienes (4). Las Recopiladas castigan el hecho en si mismo, aunque no resulte muerte : pero la pena ha sido dejada á discrecion de los jueces. «Será castigado, dicen, el que espuso al niño, especialmente de noche, á la puerta de alguna iglesia ó casa particular, ó cualquier lugar oculto ; mitigándole la pena en el caso de haberlo dejado donde no hubiese peligro de perecer, ó si diese noticia luego al párroco ó autoridad pública » (5).

(1) L. 4, de agnosc. liberis.

(2) L. un. C. Theod. lib. 5, tit. 8, y Nov. 153.

(3) L. 3, tit. 23, lib. 4, F. Juzgo.

(4) L. 1, tit. 23, lib. 4, F. R. 4, tit. 20, P. 4, y G. Lop. gl. 5. Pero si se hiciese sin su noticia puede recobrar el niño, pagando los gastos [L. 4, cit]. Una ley del F. Real, limita estos gastos á los diez primeros años [L. 2, tit. 23, lib. 4].

(5) Cédula 11 de Diciembre de 1796, que es la L. 5, tit. 37, lib. 7. Novis. Recop. La misma cédula ordena que las autoridades no persigan á las que llevan una criatura para esponerla, á fin de evitar, dice, los muchos infanticidios que se experimentan. Distingue tambien el caso de extrema necesidad para lo que es la entrega del niño al padre. Pero no hay que confundir este hecho con el de ocultar el embarazo ó nacimiento del niño, que ataca solo su estado civil, á fin de procurarse una sucesion ó por cualquier otro motivo. Ni con la suposicion de parto que tiene por objeto sustituir un niño á otro, ó dar por perida una mujer que no ha parido. Estos hechos se conocen en el





## CAPÍTULO II.

## ASESINATO.

**335.** La palabra asesinato recogida del Oriente en tiempo de las Cruzadas, é introducida á la lengua del derecho por el siglo XVII, se aplicó al principio al homicidio cometido por mandato y dinero (1); y en este mismo sentido la usan las Partidas (2). Pero poco á poco la práctica ha ensanchado su significado, y hoy el asesinato puede definirse todo homicidio cometido con premeditacion y alevosia (3). Dos son, pues, los elementos necesarios de este delito, el homicidio, que es como su base; la premeditacion, que es la circunstancia característica; y como no hay homicidio sin voluntad de matar, para caracterizar bien el asesinato, es aquí el lugar de definir la premeditacion, circunstancia agravante á la vez del homicidio, y constitutiva del asesinato (4).

**336.** Empezaremos por advertir que comprendemos en la palabra premeditacion, las asechanzas, que no son mas que una

antiguo derecho con el nombre de *supresion de parto y suposicion de parto*. La ley romana daba la razon, diciendo, *ut ordinum dignitas familiarumque salva sit* [L. 1, § 13, D. de inspicendo ventre]. En la suposicion de parto veia tambien un delito de falsedad, que castigaba con la pena de muerte, [Farin, q. 150, n. 239], y que no podia prescribirse [L. 19, § 1, D. ad leg. Corn. de falsis]. Las Partidas llaman este hecho gran falsedad, pero no señalan pena determinada, ni permiten intentar la acusacion mas que al marido y herederos [ley 3, tít. 7, P. 7].

(1) *Assassinus dicitur is qui suscepta ab aliquo pecunia, mediante mandato, alterum occidit.* Farin, q. 123, n. 44. La ley 7, tít. 9, lib. 4, D. señalaba la pena del parricidio contra este hecho.

(2) L. 3, tít. 27, P. 7. Asesino de *asia*, *insidiator*, sectarios que un príncipe de la Asia Menor armaba y dirigía contra sus enemigos. Chauveau Adolphe, t. 3, p. 408.

(3) Las Recopiladas llaman alevosa la muerte segura, esto es lo que se ejecuta fuera de pelea ó riña, y de improviso y con cautela, cojiendo desprevenido al paciente [leyes 10, tít. 23 y 10, lib. 8, R. G. V. tambien la 2, tít. 17, lib. 4, F. R.]

(4) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 409.

especie de premeditacion, *animus præmeditatus occidendi præsumitur in eo qui possuit se insidiis ut hominem occideret* (1). Segun el Código francés, « la premeditacion es el designio formado con anticipacion de atentar á la persona de un individuo determinado, ó que se espera encontrar » (2). La premeditacion difiere esencialmente de la voluntad criminal. La voluntad concibe el delito y lo ejecuta inmediatamente. No reflexiona, sinó que obedece á la pasion que la ajita. La premeditacion, por el contrario, supone que el agente obra de sangre fria, puesto que antes de obrar delibera, madura y prepara su proyecto. Así es que entre él y la ejecucion media siempre un tiempo mas ó menos largo (3). Los antiguos separaban con claridad estos elementos distintos. *Homicidium simplex illud est in quo occidendi animus concurrat tempore rixæ: præmeditatum verò in quo occidendi deliberatio ante rixam præcedit* (4).

**337.** Pero esta distincion, evidente en principio, es muy dificil en la práctica. Segun los doctores, la premeditacion debe presumirse siempre que el agente prepara de antemano las armas ó instrumentos necesarios para la ejecucion (5), cuando se pone en asecho (6), cuando profiere amenazas, ó manifiesta de otro modo una enemistad capital contra la victima (7), siempre en fin que se ataca traidoramente y sin provocacion (8). Pero no de la reiteracion de una riña, del número de heridas, ni del tiempo entre la provocacion y el delito (9). Una riña puede en efecto volver á comenzar bajo

(1) Menochius, cas. 361, n. 37.

(2) Art. 297, Cód. francés.

(3) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 410.

(4) Farin, q. 126, n. 160 y 204.

(5) *Nempe si armatus incedat, in insidias ponat, quæ quidem solæ insidiæ per se etiam delictum sunt* [Danhoudierius, cit. por Chauveau Adolphe].

(6) « Andan muy encubiertamente vestidos de religiosos, dicen las Partidas, de peregrinos ó labradores » [L. 3, tít. 27, P. 7].

(7) Véase la ley 60 del Estilo.

(8) Que matan a furto por algo que les den, dice, una ley de Partidas [L. 1, tít. 27, P. 7]. « Omnes malos, dice otra, que matan á los omes a traicion de manera que non se pueden de ellos guardar » [L. 3, tít. y P. cit].

(9) Estos son indicios de la voluntad de matar, pero no de la premeditacion [v. el n. 319].

la influencia de la emocion, cuando la reflexion no la ha calmado todavia *calore iracundiæ et ferventis sanguinis*, dice Menochio (1). ¿Qué manifestaria tampoco la reiteracion de los golpes ó heridas? Ellas prueban el furor del ajente, no la premeditacion (2). El tiempo mismo no es siempre una señal segura, porque la duracion de la cólera no puede encerrarse en limites ciertos (3). Así, una ley del Estilo dice que la cólera dura mientras «la pelea non es departida, ni otro alongamiento en el fecho oviese.... e maguer se metiese este que iba fuyendo en alguna casa, y el otro lo matase luego dentro en la casa, no haya quebramiento de casa» (4).

**339.** Creyendo sin duda las leyes romanas que castigan-do severamente el homicidio no habria necesidad de especificar otras clases de muerte, solo se encuentra en sus códigos una disposicion que tiene alguna analogia con el asesinato. Tal es el caso de cometerse el homicidio por interés, para el cual señala la pena del parricidio, *parricidii pena tenebitur qui quæsierit pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut a quo ita caverunt* (5). La pena del asesinato por las Partidas es la muerte (6), por las Recopiladas arrastrado y horca (7).

(1) Menochius, casu. 361. Farinacio, apoya este sistema *quando prima rixa fuit inopinata, et secunda successit durante eodem calore* [q. 126, n. 185].

(2) J. Clarus, § homicidium, n. 6.

(3) Farinacio, hace durar esta excepcion varios dias, *dunmodo rixæ calor duret*, y no se distraiga en actos estraños [q. 126, n. 204]. Semejante decision, dice Chauveau Adolphe, lleva el sello de un siglo y país en que las costumbres otorgaban mucho á las venganzas privadas [t. 3, p. 413].

(4) LL. 58 y 59, del Estilo. En caso de error en la persona, véase lo que dijimos antes, n. 321. Algunos distinguen la premeditacion de la alevosia, [Galilea, Exámen de los delitos, t. 2, n. 869 y 870].

(5) L. 7, tit. 9, lib. 48, D.

(6) L. 3, tit. 28, P. 7.

(7) L. 10, tit. 23, lib. 8, R. C. que es la 2, tit. 17, lib. 4, F. Real.

## ARTÍCULO I.

## SUICIDIO

**339.** La ley romana reflejando los principios de la filosofía estoica, consideraba el suicidio un acto de fortaleza y de virtud, cuando tenia por causa las angustias de una pasión, el disgusto de la vida, las molestias de una enfermedad (1). De consiguiente en ninguno de estos casos lo castigaba (2). El suicidio no era culpable sinó cuando el que se daba la muerte estaba acusado, ó habia sido sorprendido en flagrante delito; y entonces no era tanto el suicidio lo que la ley reprobaba como el delito anterior; por que veia en este hecho la confesion de la culpabilidad. *Papinianus ita scripsit: ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem esse obnoxia: sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit: ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi; ut si se interfecerint, bona eorum confiscentur* (3). Esta pena misma no se aplicaba si el delito no tenia la de muerte ó deportacion (4), y los herederos eran admitidos á probar la inocencia del suicidio (5). La grave criminalidad del suicidio ha sido introducida por el cristianismo. El derecho canónico lo considera homicidio (6), cuando se verifica con conciencia (7), y en consecuencia niega la sepultura y oraciones (8).

(1) *Si in impatientia doloris, aut tadio vitae aut morbo, aut furore, aut pudore mori maluit* [L. 6, § 1, D. de re militari]. En Grecia por el contrario la filosofía condenaba el suicidio y la ley hizo otro tanto.

(2) Voet. ad Pand. lib. 48, tit. 21, n. 1.

(3) L. 3, D. de bonis eorum qui ante sententiam.

(4) L. 3, § 1, D. de bonis etc.

(5) L. 3, ibid.

(6) *Est vere homicida et reus homicidii* [can. 12, c. 23, q. 4].

(7) *Placuit ut qui sibi ipsi voluntarie violentiam inferunt mortem nulli prorsus pro illis in oblatione commemoratio fiat, neque cum psalmis ad sepulturam eorum caduera deducantur* [can. 12, caus. 23, q. 4]. *Secus dicendum est de his qui per furorem vel insaniam sibi mortem conscierunt.*

(8) Una capitular de Carlomagno permitia las oraciones, pero *sine pomis*.





**340.** «Desesperación, dicen las Partidas, es pecado que nunca Dios perdona» (1); pero en seguida pasan á distinguir los mismos casos del derecho romano, sin castigar mas que al que se suicida, «por miedo ó vergüenza de la pena» (2). Son las Recopiladas las que mandan absolutamente, que todo hombre ó mujer que se mate, pierda sus bienes, si no tiene descendientes (3). Por ellas, pues el suicidio en sí mismo es un delito; pero abolida la confiscación entre nosotros, la pena sería hoy discrecional. Piadosamente se presume además que el que se quita la vida está fuera de su juicio, y esta presunción encuentra siempre favorable acogida; porque no pocos creen que no hay delito en el suicidio, desde que la vida es un derecho, dicen, á que se puede renunciar (4).

**341.** Las leyes no pueden tampoco tener sobre este delito sinó un poder incierto (5). Las pasiones y afecciones morales que llevan al suicidio son mas fuertes por lo comun que la autoridad de las leyes. Solo la religión tiene el poder de encadenar la voluntad, porque su voz se deja escuchar entre las tempestades del alma (6). La inscripción del suicidio sin embargo entre los delitos, es por lo menos

*quia incomprehensibilia sunt iudicia Dei, et profunditatem consilii et jus nemo potest investigare.*

(1) Proem. tit. 27, P. 7.

(2) L. 1, tit. 27, P. 7. La pena era tambien la confiscación si el delito merecia la muerte [L. 24, tit. 1, P. 7].

(3) L. 8, tit. 23, lib. 8, R. C. Así antiguamente cuando del sumario resultaba un suicidio se daba vista al agente fiscal, y en seguida traslado al defensor que se nombraba al muerto, sin perjuicio de la comparecencia de los herederos [Vilan. obs. 11, c. 7, n. 11]. Hoy con la vista al Agente Fiscal, esto pide comunmente el sobreselmiento.

(4) La vida es en efecto un derecho, pero á este derecho corresponden deberes. Sustraerse voluntariamente á ellos es una acción inmoral [Boeresco, *délits et peines*, p. 267]. Platon decia que la vida es un puesto que no podemos dejar sin el permiso de los dioses.

(5) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 423.

(6) El suicidio, dice Becaria, no admite pena propiamente porque ella no puede recaer sinó sobre los herederos inocentes, ó sobre un cuerpo imensible, [Des *délits et peines*, c. 35].

una alta leccion, una advertencia para los pueblos. La dificultad está solamente en la pena, que podria ser como en el código sardo la privacion de los derechos civiles (1).

**342.** La misma induljencia que hay para el delito, existe con mas razon para los cómplices. La cuestion solo se vuelve grave, si el ajente no se limita á actos de asistencia y oyendo la súplica del insensato que pide la muerte, presta su brazo, y asesta la arma destructora. ¿Qué es lo que hay en este caso, complicidad ó verdadero asesinato? ¿qué, en el de un suicidio convencional, en que solo perece uno? No es el acto material de darse la muerte, sinó la voluntad lo que constituye el suicidio. El atentado no cambia de naturaleza, porque cambie el modo de ejecucion. De consiguiente esta ayuda que se presta no debe en rigor clasificarse sinó de complicidad. Para constituir homicidio ó asesinato, falta la intencion criminal, que es algo mas que la culpa lata, especialmente en derecho penal (2).

**343.** Por lo que hace á la sepultura eclesiástica que tanto las leyes canónicas, como civiles, niegan al suicida (3), entre nosotros por un acuerdo del Obispo y Gobierno, está mandado que siempre que el caso ocurra, la Policía levante una informacion (4), que se remite primero al Obispo para su resolucion. Si el Obispo niega la sepultura, la Policía debe proceder sin embargo á hacerla en el lugar des-

(1) Art. 585. Para fundar la pena del asesinato, Domat declara «no es meritos bárbaro matarse á sí mismo, que matar á otro», pero esta asimilacion no puede admitirse. El suicidio no ataca los derechos de tercero, y el peligro de la sociedad no es tan grande en él como en el homicidio. Si debe castigarse es como delito *sui generis*.

(2) V. á Chauveau Adolphe, t. 3, p. 425 y siguientes, sobre varios casos presentados en los tribunales franceses.

(3) C. 11, de sepultura, L. 8 y siguientes, tit. 13, P. 1.

(4) Esta informacion tiene por objeto averiguar si el suicida se ha quitado la vida «por motivos innobles ó criminales, con frio conocimiento y premeditacion, ó por librarse de una condenacion,» que segun el acuerdo son los únicos casos de privacion de sepultura. Contra el auto del Obispo la familia tiene los recursos de las leyes (Acuerdo, febrero 29 de 1856).



tinado á los privados, sin perjuicio de remover despues el cadáver y pasarle al cementerio católico, caso que el resultado del recurso sea favorable (1).

## ARTÍCULO II.

### DUELO

**344.** El duelo, *quasi duorum bellum*, no fué conocido de los pueblos antiguos sinó para decidir del buen derecho, reemplazando las demas pruebas del procedimiento. Segun Montesquieu, el fin de esta institucion fué prevenir los abusos del juramento (2). Meyer por el contrario lo encuentra en el uso de los Bárbaros de buscar en estos combates particulares el presajio de la victoria (3). La historia muestra en todos los pueblos de Alemania, durante la edad media, esta ley del combate judicial para descubrir la inocencia ó el delito, la justicia ó malá fé de las partes (4). Era una especie de juicio de Dios, *aut in campo aut in cruce*, preferido entonces por el espíritu caballerezco.

**345.** Las Partidas y los Fueros permiten el duelo, si bien lo sujetan á reglas y personas (5). La prohibicion solo empieza de las leyes Recopiladas, por una disposicion de los reyes católicos (6), segun la que los infractores tienen pena de alevé y confiscacion, incurriendo en ella las padri-

(1) Acuerdo cit. de 1856.

(2) Esp. de las leyes, lib. 28, c. 48.

(3) Instit. judic. t. 1, p. 337 y 340.

(4) Se creia que Dios, siendo la justicia y la verdad, debia proteger al que tenia derecho aunque la iglesia rechazaba en principio esta prueba porque queria sustituirle el juramento. En 1563, el concilio de Trento no solo fulmina la excomunion contra los duelistas, sino que les niega la sepultura eclesiastica (ses. 25, c. 19).

(5) Tit. 3 y 4, P. 1, tit. 11 y 12, P. cit. tit. 5, lib. 1, F. Viejo de Castilla; tit. 25, lib. 4, F. Real, y L. 49 del Estilo.

(6) Año 1400.



nos mismos, y los espectadores en multa (1). Algun tiempo despues se publicó la pragmática de Felipe V, renovada por Fernando VII, en 1757, que imaginó los medios mas esquisitos para impedir que la prohibicion fuese eludida (2). Por esta disposicion á las penas anteriores se agrega la de infamia: se castiga la sola salida al campo; y aun los desafios que se ejecuten en el extranjero. Por ella se admite tambien como prueba bastante testigos singulares, indicios y conjeturas (3). El derecho canónico añadió todavia la privacion de sepultura (4). Estas leyes yacian sin embargo muertas en el código hacia un siglo, si nosotros no las hubiésemos revalidado, repitiendo el año 14, que los duelistas eran unos verdaderos asesinos (5).

**346.** Lejos de nosotros el pensamiento de desconocer la inmoralidad de los desafios (6). Todo desafio es la violacion de la ley que manda no matar. Sustituye la justicia individual á la social. Es un verdadero acto de rebelion contra el órden establecido por las leyes. El poder social tiene pues, el derecho de castigarlo (7). Pero de aquí á compararlo con el asesinato, la distancia es inmensa. El asesinato, como hemos visto, se compone de tres elementos, la materialidad del hecho, la voluntad criminal y la premeditacion. En el duelo se encuentra el hecho material, el designio anterior ó premeditacion; pero no la voluntad de matar. La voluntad de matar no es esencialmente criminal. El soldado que hace fuego por órden superior, tiene voluntad de

(1) L. 10, tít. 8, lib. 8, R. C.

(2) En ella se dice que la nacion española no necesita adquirir crédito de valerosa por un camino tan feo, criminal y abominable [L. 12, tít. y lib. cit].

(3) Esta pragmática se observa tambien en el ejército. [Ord. trat. 8, tít. 10, art. 47].

(4) Gmeinerii, Jus eccles, t. 2, § 825.

(5) Decr. de Dic. 30 de 1814.

(6) « Digan lo que quieran, esclama un autor moderno, el duelo tiene en sí algo que eleva al alma del ciudadano ».

(7) Véase Boeresco, délits et peines p. 279.

matar y sin embargo, el homicidio que comete no es criminal. Esta misma voluntad puede tener diferentes grados, reservándose la pena última solo para la alevosía. La voluntad de matar en el asesinato, va siempre acompañada de fraude. En el duelo no hay fraude ni violencia. Los preparativos se hacen en comun. Una convencion regla la hora y el modo, y esta convencion se ejecuta lealmente. La victima lejos de ser acometida de improviso, está á la defensiva, espera el asaltante y lo ataca á su turno. La casualidad únicamente, es lo que hace la victima y el culpable (1).

### ARTICULO III.

#### ENVENENAMIENTO

**347.** El derecho romano consideraba el envenenamiento un homicidio peor que el cometido con armas. *Plus est exstingere veneno quam occidere gladio* (2). El envenenamiento en efecto es una especie de asesinato. Los medios difieren, pero el fin y la criminalidad son los mismos. Así es que muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, dominadas del horror que inspira este delito, no se han contentado con la pena de muerte. Segun el F. Juzgo «los que maten con yerbas ponzoñosas deben ser tormentados á morir mala muerte» (3). Las Partidas dicen, que deben morir *deshonradamente*, echándolos á las fieras (4). En el derecho romano la

(1) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 469. El duelo como el suicidio solo pueden ser delitos *sui generis* [Boeresco, n. 93].

(2) L. 1, Cód. de malefic. El envenenamiento entónces no se separaba de la majia [Boeresco, Délits et peines, p. 137, n. 70].

(3) L. 2, tít. 2, lib. 6, F. Juzgo: *morte turpissima*, segun el testo latino.

(4) L. 7, tít. 8, P. 7. Si el envenenamiento es contra un municipio se castiga segun el daño y la intencion, y aunque no haya intencion [L. 6, tít. y P. cit. y 10, tít. 16, lib. 3, R. C.] *Qui envenant fontem seu puteum, decia Farinacio, tenentur de homicidio si aliquis ex illa aqua perierit; morte alienijus non secuta, non infraz penna ordinaria mortis* [Farin, q. 122, n. 12].

pena era la misma del homicida (1) á pesar de la clasificación que sus leyes hacen del delito.

**348.** El envenenamiento se define todo atentado á la vida de una persona por medio de sustancias que pueden dar la muerte mas ó menos prontamente, de cualquier modo que se empleen ó administren, y cualesquiera que sean las consecuencias (2). Dos condiciones, son pues necesarias; primera, atentado á la vida; segunda, empleo de una sustancia capaz de dar la muerte. La primera condicion supone la voluntad de matar. Así no habrá delito cuando esta falte, *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (3). La segunda condicion necesita de una sustancia realmente venenosa (4); porque si no fuese así, faltaria el hecho material, sin el que no puede haber delito (5).

**349.** Concertar el envenenamiento, dice Rossi, comprar el veneno, confiarle al encargado de administrarlo, no es mas que un principio de ejecucion (6). Á pesar de la exactitud de esta observacion, la ley romana decia, *qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit, vel habuerit, plectetur* (7). Lo mismo repiten las Partidas «Tambien el comprador como el vendedor de las yerbas, ó el que las mostró como el que las diese, deven haber pena de homicida, maguer el que las compró non pueda cumplir lo que cuidaba, porque se le non guiso» (8). Los comentadores sin

(1) L. 3, tit. 8, lib. 48, D.

(2) Art. 301, Cód. francés. El fuero Juzgo, distingue si la muerte sobreviene al punto ó nó (L. 2, lib. 6).

(3) Con esta voluntad vá implicitamente unida la premeditacion en razon de los preparativos que exige el envenenamiento. Pero esta circunstancia no es esencial (v. Chauveau Adolphe, t. 3, p. 496).

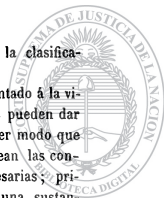
(4) La ley Cornelia, como la de las 12 Tablas, agregan á la palabra *venenum* la palabra *malum*, porque hay venenos dicen que se emplean *ad sanandum*.

(5) Foderé sostiene que basta que las sustancias que se administren no sean alimentos (med. leg. t. 5, p. 12 y 13).

(6) *Traité de droit penal*, t. 2, p. 301.

(7) L. 3, D. ad leg. Corn. de sicariis.

(8) L. 7, tit. 8, P. 7. « Pero si mutare con ellas, agrega la ley, deve mo-



embargo, no han cesado de luchar contra esta decisión rigurosa. Menochio propone con Baldo una distinción fundada sobre el uso ó no del veneno, opinando que en el segundo caso, *vel impeditus vel penitentia ductus*, solo es pasible de una pena extraordinaria, *quoniam is ad actum remotum tantum processit* (1). Esta pena era multa (2).

**350.** Las sustancias venenosas no han sido enumeradas por la ley. Según Foderé, veneno es toda sustancia que tomada interiormente, ó aplicada de cualquier modo sobre un cuerpo vivo, es capaz de extinguir las funciones vitales (3). Orfila dice, que es todo cuerpo que destruye la salud, ó extingue enteramente la vida, si se toma interiormente, ó se aplica de algun modo sobre un cuerpo vivo, y á pequeñas dosis (4). Devergie se espresa así. «En la palabra veneno, se comprende toda sustancia que tomada interiormente ó aplicada al exterior, en pequeñas dosis, es capaz de alterar la salud, ó destruir la vida, sin obrar mecánicamente (5). Es evidente que estas definiciones exactas bajo el punto de vista científico, son insuficientes para suplir el silencio de la ley, primero, porque confunden las sustancias nocivas con las que pueden dar la muerte, segundo porque no indican los signos característicos de estas últimas (6). Para esto seria preciso establecer entre el veneno y el medicamento un límite bien pronunciado. «Pero esto es imposible, dice Devergie, porque muchas veces el fin que uno se propone es lo único que distingue estas dos clases de agentes. Medicamento es toda

rir deshonradamente, echándolo á los leones ó canes ó á otras bestias bravas que lo maten». Esta es toda la distinción que hacen las Partidas. G. Lop. exceptúa el caso de venderse *probis viris ementibus venenum, ut interficiant mures* [gl. 2].

(1) De arbitr. jud. casu 360, p. 17.

(2) Farin, q. 122, n. 40. En Francia el proceso de M<sup>me</sup>. Levaillant se resolvió así [v. Chauveau Adolphe, t. 3, p. 498].

(3) Med. leg. t. 3, p. 449.

(4) Med. leg. t. 3, p. 9, ed. 1836.

(5) Med. leg. t. 2, p. 430.

(6) Chauveau Adolphe, t. 3, P. 507.

sustancia que tiende á modificar favorablemente el estado del enfermo; el veneno por el contrario lo modifica mal, ó lo destruye». En la mayor parte de los casos son las mismas sustancias las que se emplean, y solo se distinguen por la dosis en que se administran, ó circunstancias en que se emplean (1).



## TÍTULO II.

### DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA.

#### CAPÍTULO I.

##### HERIDAS Y GOLPES

**351.** Herida se llama, dice un autor español, toda lesión hecha con violencia en el cuerpo humano, de la cual puede resultar conmoción, solución de continuidad, contusión, fractura, quemadura, dilaceración, torsión ó laxación (2). El mismo divide las heridas en leves, incurables, mortales por accidente, mortales por falta de socorro, y absolutamente mortales. En este sentido las heridas no se distinguen de los golpes. Las heridas pueden cometerse con armas ó sin ellas, dicen las Partidas (3). En seguida las clasifican entre

(1) Devergie, med. leg. t. 2, p. 431.

(2) Tapia, t. 8, p. 45 y siguientes, ed. 1846.

(3) L. 6, tít. 13, P. 2, « de mano, de pié, ó con alguna otra cosa » y L. 56, tít. 5, P. 1.

las injurias reales «quiere salga sangre de la herida, quier non» (1). En la práctica, sin embargo, las heridas se distinguen por el derramamiento de sangre ó rompimiento de la piel. Las heridas suponen una lesion cualquiera del cuerpo humano, por la aproximacion ó el choque de otro cuerpo duro. En el golpe no es necesario que el cuerpo sufra lesion (2).

**352.** No siempre el que hiere lo hace con intencion de matar, ni de todas las heridas se sigue la muerte (3). En tales casos, el herir es indudablemente un delito menor que el homicidio. Si los golpes ó heridas han sido involuntarias, el delito no existe tampoco, ó cambia por lo menos de naturaleza (4). A veces, empero, se castiga, con la misma pena, por la premeditacion ó alevosia. Así el que hiere á alguno precediendo asechanzas ó consejo, tiene pena de muerte, aun cuando el herido no muera (5). Otro tanto sucede, segun las leyes españolas, con el que hiere en la Côte ó dentro de su rastro; con el que infiere la herida con arma prohibida (6), como arcabuz ó pistolette (7); con el que roba é hiere á otro en camino público, ó dispara arma de fuego en poblado (8). Pero las demás heridas, que no son mortales, ó calificadas como las referidas, se castigan solamente con penas de presidio, destierro y multa (9). Entre

(1) L. 6, tit. 9, P. 7. Otra ley confunde las heridas con las *empuñadas* [L. 5, tit. 8, P. 7, tomada de la L. D. de injuriis].

(2) «El ferir se entiende así que parezca llover en el cuerpo», dice la L. 13 del Estilo.

(3) «La herida es carrera de muerte, dice una ley de Partida, e non sabe el que la haze a quanto puede llegar» [L. 26, tit. 13, P. 2].

(4) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 17.

(5) L. 2, tit. 23, lib. 8, R. C. *Qui hominem non occidit, decia la ley romana, sed vulnerabit ut occidat, pro homicidio damnandum* [L. 1, D. ad leg. Corn. de sicariis].

(6) L. 1 y 5, tit. 23, lib. 8, R. C. Segun la L. 2, tit. 46, P. 2, herir delante del rey era traicion.

(7) L. 15, tit. y lib. cit.

(8) Leyes G y 14, tit. 23, lib. 8, R. C.

(9) Tapia, lug. cit. Cuando las heridas se infieren con intencion de ma-



nosotros rije especialmente un decreto del año 30, según el cual, sea la herida con instrumento punzante ó á bala, la pena es *por ahora* 100 azotes en la cárcel, y 4 años de presidio (1). Pero si de las heridas resultase muerte, circunstancias que llaman la espectacion pública, ya por alevosia ó premeditacion, el autor y cómplices serán pasados por las armas (2).

**338.** La relacion de causalidad entre la herida y la muerte no tiene importancia en un derecho como el nuestro, en que basta el principio de ejecucion para incurrir en la pena del homicidio (3); pero en la práctica se le hace mucho caso. Los antiguos distinguian tres casos. Cuando constaba que la herida era mortal, el agente respondia de la muerte, aunque sobreviniese algun tiempo despues de la herida, y no se hubiesen pedido los socorros del arte. *Quando constat vulnus fuisse mortale, morte sequuta tenetur, quia ex vulnere præsuntitur decessisse, etiam ex intervallo, etiam non adhibito medico* (4). Por el contrario, cuando se comprobaba que la herida no era mortal, la muerte subsiguiente no se consideraba causada por ella. La presuncion era mas bien entonces, que la muerte tenia por causa alguna falta ó negligencia en el tratamiento. *Quando constat vulnus non fuisse mortale, et etiam constat aliqua culpa aut negligentia adhibita in curandum vulneratum, et sic vulnerans, non de occisio, sed de vulnere tenetur* (5). En fin, cuando la natu-

tar, constituyen tentativa de homicidio [v. el n. 319]. De las heridas en la guerra hablan las Partidas, especialmente en el tít. 25, P. 2.

(1) Decr. 5 de Enero de 1830, art. 1 y 5. Por otro decreto del año 22 se prohibe á los facultativos entrar á curar un herido sin dar parte al Departamento de Policia, bajo pena de destitucion.

(2) Decr. cit. art. 6. Esto recuerda la ley romana. *Post tam gratia cul- nera, magis falo quam voluntate ejus aereatur* (L. 32, D. ad leg. Jul. de adult.).

(3) L. 2, tít. 31, P. 7.

(4) Farin, q. 127, n. 10, 11 y 12.

(5) *Secus si moriatur post quadraginta dies*. Farin, ibid. n. 13 y 18. V. tambien la L. 61 del Estillo.





raleza de la herida no era bien conocida, se examinaba el tratamiento, y si no aparecía negligencia, ni de parte del médico, ni de parte del enfermo, la muerte se imputaba al autor de las violencias; en el caso contrario, no respondía sino de la herida (1).

**354.** Los golpes no son mas que una injuria real, *in corpus injuria fit cum quis pulsetur* (2). Solo en caso de producir la muerte ó lesion grave, se tratarían como las heridas (3). Es conveniente tambien advertir que no se comprenden en las injurias reales, los jestos por amenazantes que sean, á pesar de la ley romana que decidía otra cosa (4). *Si quis pulsatum quidem non est virum manus adversus eum levate, et sæpe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit, utili injuriarum actione tenetur*. Menos se comprenden las violencias lijeras de los padres contra sus hijos, ó del marido contra su mujer, *modo non excedant castigationis terminos* (5). Por lo demás, en esta materia toda regla jeneral seria falsa. La ley no posee elementos bastantes para distinguir estos actos por su criminalidad respectiva, porque de un lado la gravedad de las heridas ó golpes depende de mil causas que no pueden muchas veces imputarse á su autor; y del otro, la intencion de este no queda siempre bien revelada por el resultado material (6).

**355.** La ciencia médica es indispensable para determinar las presunciones que acabamos de recorrer, y las distinciones que separan unas heridas de otras. Pero de aquí no se sigue como pretende Farinacio que la opinion de los médicos deba ser necesariamente la de los jueces. *Judex debet*

(1) J. Clarus, homicidium, n. 42.

(2) L. 1, D. de injur. et fam. libellis. Esta ley distingue la injuria de los golpes, por el resultado, *inter pulsationem et verberationem hoc interest, verberare est cum dolore cadere; pulsare, sine dolore* [L. 5, D. eod. tit].

(3) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 19.

(4) L. 15, § 1, D. de injur. et fam. libellis.

(5) Menochius, casu 361, n. 17.

(6) La mayor parte de las legislaciones estrangeras clasifican las heridas por este resultado, y su duracion [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 10].

*amplecti testimonium medicorum, quia sciunt et possunt vere testificari, et præsuntur verum dicere* (1). Esta máxima no puede seguirse al pié de la letra. Los peritos llenan en verdad una mision de la justicia, hacen el oficio del juez mismo, á quien transmiten los conocimientos que le faltan, pero su apreciacion no es un juicio. No es mas que una declaracion, que los jueces tienen el derecho de valorar (2).

## CAPÍTULO II.

### CASTRACION

**356.** En el Bajo Imperio, este delito era objeto de una horrible especulacion. Los eunucos se vendian caro y la avaricia los multiplicaba. Las leyes prohibieron este infame comercio, pero solo *in orbe romano* (3). La jurisprudencia miró con horror este delito, aun despues de haber dejado de existir (4). J. Claro da la razon en estos términos: *membras generationis sunt membra quæ habent proprias et distinctas operationes, imo dicuntur esse membra nobilita ea per quæ salvatur species humana; et ideo mutilans illa debet puniri tanquam inimicus naturæ* (5). La pena era la del homicidio, *capite puniatur* (6). Esta pena alcanzaba al amo que ordenaba la mutilacion, y al médico ó cualquiera otro que la ejecutaba, y aun al que consentia la operacion, *nemo quis se sponte castrandum præbere debet* (7). Bajo la influencia de ideas exajeradas se castigó tambien la circuncision, que

(1) Farin, q. 127, n. 50.

(2) Véase la 2ª parte, lib. 2, tít. 3, cap. 11.

(3) L. 4, D. a<sup>1</sup> leg. Corn. de sicariis y L. 1, Cód. de eunuchiis. El comercio de los bárbaros era autorizado por la L. 2, C. de eunuchiis.

(4) Farin, q. 20, n. 153.

(5) J. Clarus, q. 68, n. 7.

(6) L. 1, Cód. de eunuchiis.

(7) LL. 3, 4, 5 y 6, D. ad leg. Corn. de Sicariis. Esta pena fué modificada despues por una Constitucion del Emperador Leon [Nov. 60 in fine].

solo era permitida á los judios. El ciudadano romano que se dejaba circuncidar, ó que habia hecho circuncidar á su esclavo, tenia pena de relegacion, y confiscacion; y los médicos muerte (1).

**357.** Por el derecho español, el que castra ó manda castrar á otro, es castigado como homicida (2). Otra ley tomada del derecho canónico, declara irregular al clérigo que se castra á sí mismo « ó se hace castrar por otro de su grado » (3). Pero no al que pierde sus miembros por fuerza, por ocasion, ó consejo de los médicos (4). Estas leyes, como se vé, no hablan del que se castra á sí mismo, y con razon. La castracion debe considerarse como un homicidio voluntario, y por lo tanto castigarse solamente cuando se verifica en otro. Son condiciones necesarias para constituirlo el fin directo que se propone el culpable de extinguir la facultad jeneratriz, y el resultado material que consiste en la supresion de un órgano necesario para la jeneracion (5). Segun los autores, puede tener lugar tambien en las mujeres (6).

## TÍTULO III.

### DE LOS DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA HONRA.

#### CAPÍTULO I.

##### RAPTO.

**358.** En el derecho romano el rapto se confundia con el

(1) L. 11, D. eod. tít. y Paul. Sent. lib. 5, tít. 22, § 3.

(2) L. 13, tít. 8, P. 7.

(3) L. 25, tít. 6, P. 1. *Etiam si fecit quia volebat placere Dei*, dico G. Lopez, gl. 4.

(4) Ley 25 cit. y G. Lopez, gl. 3.

(5) Chauveau Adolphe, t. 4, p.º 30 y 31.

(6) Morin, Rep. v. castration, n.º 1.

estupro. *Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur* (1); pero este rapto suponía y comprendía el estupro. *Raptum a corrumpendo dictum*; de donde venía la máxima *qui raptu patitur, stupro fruitur* (2). Así resulta también de la Constitución de Justiniano *de raptu virginum*, donde se ve que el delito de los raptos consiste principalmente en el estupro de la persona robada. *Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive jam desponsati fuerunt, sive non, vel quarumlibet viduarum fæminarum licet libertinæ, vel servæ alienæ sint, pessima criminum peccantes, capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si fuerunt virgines vel viduæ dedicatæ, quod non solum ad injuriam hominum, sed ipsius omnipotentis Dei irreverentiam committimur, maxime cum virginitas vel castitas restitui non possit* (3). En consecuencia el rapto se definía toda sustracción de una mujer ó hija de familia, para gozar de ella contra su voluntad (4). La pena era la de muerte (5). En cuanto al estupro cometido con violencia, *stuprum violentum*, pero sin rapto, no estaba previsto sinó de un modo implícito (6), y se disputaba si tenía también la pena capital; cuestión que Farinaccio decide afirmativamente, *ita etiam mortis pœna infligatur in stupro, alio modo absque raptu per vim commissio* (7).

**359.** Nuestro antiguo derecho se espresa con la misma confusión. Según el F. Juzgo, el que roba violentamente una doncella ó viuda, pierde la mitad de sus bienes, á favor de la robada, si la restituye, *antes que pierda la virginidad*: en caso

(1) L. 5, § 2, D. ad leg. Jul. de vi publica.

(2) Farin, q. 125, n. 2.

(3) L. un. Cód. de raptu virginum.

(4) *De loco ad locum animo eam carnaliter cognoscendi* [J. Clarus, § raptum].

(5) L. 53, Cód. de episc. et cleric. L. un. C. de raptu virginum y Nov. 143 de muliere raptum passá.

(6) L. 1, de extr. crimin.

(7) Farin, q. 167, n. 26. Los Romanos que arrebataron las Sabinas no podían ser muy severos con el rapto. Sus penas por mucho tiempo fueron ligeras. La capital es del tiempo de los Emperadores.

contrario, 200 azotes delante de todo el pueblo, y entregado como siervo á aquellos á quienes hizo la fuerza (1). Segun el F. Real, el hombre que se lleva por fuerza una mujer soltera « para fazer con ella fornicio e lo fiziese » tiene pena de muerte; en caso contrario, 100 maravedis y prision (2); pero si es casada, será entregado con todos sus bienes en poder del marido (3), y si monja ó mujer de orden, en cualquier caso tiene pena de muerte (4). Segun las Partidas, *robando ó yaciendo por fuerza* con cualquiera de las personas espresadas, « deve morir por ende, e demas deven ser todos sus bienes de la mujer que assí oviese forzada ó robada » (5). Cuando el rapto se comete en un hombre libre, ó niño, se llama *plagio*, y la pena es presidio ó muerte (6).

**360.** Cualesquiera que sea sin embargo la contradiccion de estas leyes, es indudable que el rapto es un delito en si mismo, qué difiere de los otros en los elementos que lo constituyen, en la pena, y en las acciones y consecuencias. El rapto es una imájen del robo que se confunde con la fuerza, dice Vilanova (7). Para la violacion ó el estupro no hay necesidad de remover de un lugar á otro. El rapto es fuerza privada, segun el lenguaje antiguo, mientras que la violacion constituia fuerza pública. El rapto en sunia no es mas que

(1) L. 4, tít. 3, lib. 3, F. Juzgo.

(2) L. 1, tít. 10, lib. 4, F. Real.

(3) L. 3, tít. y lib. cit.

(4) L. 4, tít. y lib. cit.

(5) « Fuera endé si despues deso ella de su grado casase con el que la robó ó forzó, non habiendo otro marido ». L. 3, tít. 20, P. 7, que impone la misma pena á los ayudadores á sabiendas. Esta pena se conmuta hoy en presidio [v. Tapia, t. 5, v. rapto, ed. de 1846]. El derecho canónico impone escomunión contra el raptor y sus cómplices (Conc. de Trento, y c. *constituimus* 3, q. 5).

(6) LL. 22, tít. 14, P. 7, 1 y 2, tít. 14, lib. 4, F. Real.

(7) De donde deduce las siguientes diferencias con el estupro. El estupro solo puede acusarlo la ofendida si es *sui juris* ó su padre ó tutor. El rapto, los parientes de la robada, cualquiera del pueblo, y el juez de oficio. En la fuerza no se dá tampoco lugar á la soltura como en el estupro [Mat. crim. Obs. 11, c. 24, n. 1, 2 y 3].

el robo de la persona, con abstraccion de toda violencia ulterior. Si sigue la violencia, será un delito distinto, lo mismo que la violacion puede existir sin que preceda el rapto. *In rapiente muliere*, dice Farinacio, *non libidinis, sed et alia causa, non intrat parva raptus* (1).

**361.** El rapto necesita como condicion indispensable que la mujer sea estraida de su casa, de poblado ó camino, y llevada á campo, lugar desierto, ó por lo menos á otra casa. No existiria pues si se trasporta poco trecho, ó de un departamento de la casa á otro (2). No lo habrá tampoco si la robada consiente en el rapto por promesa, artificios, ó halagos del seductor. Debemos notar sin embargo, que nuestras leyes dejan creer, mas bien lo contrario (3), y que en el derecho romano lejos de cambiar el rapto de carácter, por el consentimiento de la persona robada, se consideraba mas odioso, porque este se pronuncia sorprendido á su inesperienza (4).

## CAPÍTULO II.

### ESTUPRO.

**362.** El estupro es la « violenta desfloracion, dice un autor español, de mujer virgen, ó el acceso con doncella contra su voluntad » (5). Las Partidas tambien donde no existe la fuerza fisica suponen la moral (6). Pero en rigor el estupro

(1) Farin, q. 145, n. 45.

(2) L. 3, tit. 20, p. 7.

(3) Arg. de la L. 1, tit. 19, p. 7, ibi « mas yerran que si lo fiziesen por fuerza ». Este es el rapto que se llama de seduccion, *raptum in parentem*.

(4) *Voluntas vitata per dolum non excludit delictum* [Baldus in leg. 1, C. de raptu]. *Persuadere plus est quam compelli* [L. 1, § 3, D. de servi corrupto].

(5) Vilanova, Obs. 11, c. 23. « Cesacion de la virginidad » dice el derecho canónico, lo que comprende el estupro y la violacion [C. lex illa, § Superum 36, q. 1].

(6) « Fazen gran maldad aquellos que sosacan con falagos ó engaños », [L. 1, tit. 19, p. 7].





se verifica únicamente cuando la deshonra se obtiene por alhagos ó promesas (1), pues si es por fuerza física merece mas bien el nombre de violacion. *Stupri flagitium punitur*, dice la Instituta, *cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste ridentem stupraverit* (2). *Adulterium in nupta admittitur*, dice otra ley, *stuprum in vidua, vel virgine vel puero committitur* (3). El estupro, pues, para nosotros es la union ilicita con virgen ó mujer de buena fama, sin rapto ni violencia (4).

**363.** La pena por el derecho romano era los metales ó relegacion segun la calidad de las personas; pero si la estuprada era *viripotente* confiscacion de mitad de bienes, relegacion y pena corporal, segun la condicion tambien de la culpable (5). Los jurisconsultos fecundos en distinciones, establecian tambien muchos grados, segun la edad y calidad de la victima. Hasta siete años, *quando puella non est doli capax*, el atentado se reputaba cometido por fuerza, *per vim*. Despues de los siete hasta los doce, la presuncion podia ser combatida por una prueba contraria. *Stuprum pæsumitur commissum per vim nisi clarè probetur contrarium* (6). Pero disputaban mucho sobre la pena; unos querian la muerte, porque presumian siempre la violencia (7); otros apoyándose en los textos citados del Digesto, resistian esta pena (8); y otros la dejaban al arbitrio del juez (9), fundados en que el atentado cometido sobre una criatura no tiene efectos tan graves, como sobre una persona puer (10).

(1) *Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt* [L. 38, § 3, de D. penis].

(2) Inst. L. 4, de publ. judiciis, § 4.

(3) L. 31, tit. 5, lib. 48, D.

(4) Religiosa, virgen, viuda ó mujer de buena fama [L. 2, tit. 19, P. 7].

(5) La pena se agravaba si el autor del estupro era tutor ó curador, un judío con una cristiana, ó un esclavo con su señora [Chauveau, t. 4, p. 246.]

(6) Farin, q. 147, n. 45.

(7) Gomez Var, t. 3, c. L. n. 60.

(8) J. Clarus, Pract. crim. §. Stuprum.

(9) Menochius, de arb. jud. c. 294, n. 3.

(10) G. Lopez, adopta la opinion de Baldo de una pena menor, *quia aliud est in virgine matura, quæ perdit virginitatem, quæ nunquam potest restaurari, aliud in pupilla quæ non potest virginitatem perdere* [gl. 5, L. 2, tit. 31, P. 7].



**364.** Por las Partidas, la pena es confiscacion de la mitad de los bienes, si es hombre honrado: si vil, azotes y destierro por cinco años: el tutor, destierro y confiscacion (1); y el sirviente de la casa, muerte á fuego (2). Los Fueros por el contrario no imponian pena alguna si la mujer soltera que se iba á casa de algun hombre « a fazer fornicio » de su voluntad (3). Segun las Recopiladas si los que viven con otros cometen estupro, con la manceba del señor, ó con doncella que tenga en su casa, ó cobijera de la señora, ó parienta que more en la casa, ó ama de leche, tiene pena de muerte, y la estuprada pena arbitraria. En los demas casos de sirvientes, 100 azotes, ó un año de cadena, segun la calidad de las personas (4). Otra ley señala en este último caso, destierro (5). En el de la monja, las mismas ven un incesto « y en alguna manera herejia », y fuera de las penas de derecho agregan la pérdida de los bienes para la Cámara (6). G. Lopez va mas lejos, y dice que hay tres delitos: incesto, *quia monialis sponsa dei est, qui est pater noster*: adulterio *quia sponsa alterius est*: y sacrilejio *quia est sacra* (7).

**365.** En la práctica no está en uso sinó la disposicion del derecho canónico que manda casarse con la estuprada y dotarla, que los tribunales han suavizado todavia obligando solo á una de las dos cosas (8). Está mandado además que dándose por el reo fianza de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado no se le moleste con prision, bastando aun la juratoria, en caso de no poder dar otra (9). Esta materia en

(1) L. 6. tit. 47, P. 7.

(2) L. 2, tit. 19, P. 7. El estupro con otra mujer vil no tiene pena, segun esta ley, « solamente que no le haga fuerza ».

(3) L. 8, tit. 4, lib. 3, F. Juzgo y 7, tit. 7, lib. 4, F. Real.

(4) L. 7, tit. 20, lib. 8, R. C.

(5) L. 6, tit. 20, lib. 8, R. C.

(6) L. 4, tit. 20, lib. 6, R. C.

(7) G. 1, L. 1, tit. 19, P. 7.

(8) En el caso de dotarlo y no casarse, tambien está en práctica imponer la pena de destierro, presidio u otra, segun las circunstancias (Tapia, t. 1. v. estupro, ed. de 1846. [Gmeinert, Jus Eccles, t. 2, § 837].

(9) Céd. de 30 de octubre de 1796, que es la L. 4, tit. 29, lib. 12, No.

fin, como dice Vilanova, se rige mas por el concepto que por la realidad (1). Su prueba misma es muy difícil, porque basta un solo día para disipar las señales del desfloramiento. Debe advertirse sin embargo que la estuprada honesta tiene á su favor la presuncion de derecho, aunque solo *juris tantum* (2).



### CAPÍTULO III.

#### VIOLACION.

**366.** La violacion, como hemos dicho, se confundia antiguamente con el rapto, que la suponía y comprendía (3). Por el derecho canónico, la violacion no es tampoco mas que un estupro *calificado* (4). Pero nosotros creemos conveniente dividir estos hechos, y definimos la violacion toda cópula ilícita ejecutada por fuerza ó contra la voluntad de la persona. Así, la cópula es una circunstancia esencial de este delito comun con el estupro (5). Debe ser ilícita, porque si un marido emplease la fuerza no cometeria delito. *In eam habet manus injectionem*, decia la Glosa romana (6). « Quanto en estas cosas, dice tambien una ley de Partida, ha poder el marido en el

vis. Recopilacion. Leyes posteriores, pero que no se hallan en la Nueva, mandan tambien no admitir demandas de estupro por indemnizaciones, sino en el caso de fuerza.

(1) Vilanova, obs. 11, c. 23, n. 12 y 15. Segun este mismo autor « no obstante que las leyes otorgan accion á la viuda honesta, por jeneral costume del reino se tolera su acceso » (n. 10).

(2) Véase la 2ª parte, tit. 2, lib. 2, cap. 8.

(3) Suprá, n. 358.

(4) Gmeineri, Jus, eccles. t. 2, § 836, cor.

(5) Nuestro derecho no castiga con este título cualquier atentado al pudor, ni un hecho es semejante al otro. La violacion tiene por objeto gocecs sexuales; el atentado, la injuria ó la venganza. Aquella consiste en un acto unico: este puede componerse de una serie de actos diferentes [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 226].

(6) In L. 53, c. de episc. et claisia.



cuerpo de la mujer, y la mujer en el cuerpo del marido » (1). La misma decision rige aunque los cónyuges estuviesen separados, porque la separacion no disuelve el matrimonio. Pero todo esto se entiende del marido, *post perfectum matrimonium*, no del novio, aunque fuese en la vispera de casarse (2). Debe ser *por fuerza*, porque sin esto no habria absolutamente delito de violacion. Debe además la violencia ejercerse sobre la persona misma, *quia crimen violentiae dicitur crimen personale* (3). Asi el que escala ó rompe las puertas de una casa para penetrar hasta donde se halla una mujer, que lo espera y se entrega voluntariamente, no es culpable de violacion. Habria violencia en la entrada, pero no violencia en la cópula. *Si quis frangeret ostium domus, vel talami, et violenter ingrederetur et non violenter cognosceret, non diceretur commisisse in coitu violentia, sed violentertantum ingressum fuisse* (4).

**367.** Conviene advertir sin embargo que ni la mujer propia puede ser forzada á cometer actos estraños al fin del matrimonio, y que el marido que usase de la fuerza para esto, cometeria en rigor delito de sodomia agravado por la violacion. La ley romana se contentaba con la pena de muerte para todos los delitos contra la naturaleza: *qui masculum liberum invito stupraverit, capite punitur* (5). Gomez es el primero que refiere un ejemplo de la aplicacion de este principio á un marido, *qui propriam uxorem contra naturam carnaliter cognoverat* (6), y que segun él fué quemado vivo. J. Claro despues de citar á Gomez establece que esta opi-

(1) L. 7, tit. 2, P. 4. La misma agrega « Ninguno de los cónyuges ha poder de guardar castidad sin voluntad del otro ».

(2) Farinacio, q. 143, n. 85, y 145, n. 92, « E á tanto, dice la L. 2, tit. 20, P. 7, tuvieron los sábios este yerro por grande, que mandaron que si alguno robase ó llevase su esposa por fuerza, con quien no fuese casado por palabra, de presente, que oviese aquella misma pena que desuso dijimos que devia aver el que forzase á otra muger, con quien non oviesse debdo ».

(3) Baiardus, suppl. ad J. Clar. § stuprum [n. 37].

(4) Baiardus, ibid. n. 37.

(5) Pauli Sent. lib. 2, tit. 26, § 12. Constantino, proscribió mas energicamente este delito como vimos antes [n. 310].

(6) Com. ad leg. 80, n. 33.



nion es conforme á la decision comun (1). Menochio adopta el mismo parecer, agregando: *recte quidem, quia si grave est delictum sic constuprare mulierem, multo gravius est propriam uxorem* (2). Farinacio sienta esta opinion como un principio: *Pena mortis locum habet in eo qui præpostera venere cognovit uxorem suam; nam gravius est delictum cum uxore quam cum alia femina* (3).

**369.** La dificultad de comprobar la resistencia en un acto secreto, en que la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos, ha hecho establecer á los mismos autores algunas presunciones. Así, para admitir la acusacion, decian que era necesario: 1º que la persona que se pretende violada haya opuesto una resistencia constante y siempre igual, porque lo contrario haria presumir el consentimiento; 2º que entre el asaltante y la victima haya desigualdad evidente de fuerza, pues esta no podria presumirse si ella tenia medios de resistir, y no los empleó; 3º que dé gritos y llame en su auxilio: *vim in raptu tunc fieri intelligitur quando mulier magna clamore implorabit alicujus opem et auxilium* (4); 4º algunas señales de la fuerza brutal á que se ha cedido (5). Estas reglas llenas de cordura pueden todavia servir de guia á los magistrados en las informaciones criminales (6).

**369.** En el caso de las mujeres que viven habitualmente en la prostitucion, Justiniano no aplicaba pena (7). Los autores sin embargo, creian que debia imponerse una estraordinaria (8), y esto mismo disponen nuestras leyes (9). La prostitucion no es un obstáculo para que exista el delito.

(1) Praet. crim. § sodomia, n. 2.

(2) Cast. 294, n. 33, 34 y 35.

(3) Farin, q. 148, n. 37.

(4) La L. 121 del Estilo exige espresamente esta condicion.

(5) Boerius, decis. 247.

(6) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 238.

(7) La ley se refiere unicamente á las mujeres honradas. *Raptores virginum honestarum* [L. 1, C. de raptu virg].

(8) Farin, q. 145, n. 153.

(9) L. 3, in fin. tit. 20, P. 7.



La mujer licenciosa no ha enajenado la libertad de disponer de su persona. Pero la pena debe ser menor, porque los resultados no son los mismos, y el culpable ha podido no creer en la resistencia (1). Las mismas observaciones se aplican, aunque con mas restricciones, al caso de una mujer honrada que se encuentre en el lugar de prostitucion, porque el hombre ha podido ser inducido en error por la naturaleza del lugar. Ulpiano lo decide así, cuando la mujer lleva vestidos propios de las prostitutas. *Si quis virgines apellaset (attentaset) si tamen ancillari veste vestitas, minus peccari videtur: multo minus si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestita fuisset* (2). Lo mismo se lee en una ley de Partida. «Porque ella fué en grau culpa vistiendo paños que le non convienen, ó posándose en lugar deshonorado ó malo á que las buenas mujeres no deven ir» (3). La atenuacion se restringiria aun mas si la defensa del agente fuese haber vivido antes con la mujer violada, ó el amancebamiento de la misma con otro. *Non est rationabile*, dicen los jurisconsultos, *quod quis pesit mulierem quam prius cognoverat invitam rapere, quando vellet de cætero honeste vivere* (4).

**370.** Para que haya violacion hemos dicho que se requieren algunos signos de resistencia. ¿Será lo mismo si la falta de esta se debiese á un fraude? Esta cuestion debe resolverse afirmativamente porque los efectos de uno y otro hecho son los mismos. En ningun caso la victima tiene que imputarse su abandono á su credulidad. La voluntad ha sido igualmente encadenada, y poco importa que sea por

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 239. Nota, dice G. Lopez, *Doctores vel Scholares habentem accessum ad istas famulas viras, quod ille coitus non est accusabilis neque punibilis, licet talis mulier stet in alterius concubinato reprobis* (gl. 6, l. 2, tit. 19, p. 7). Pero G. Lopez habla aquí de la simple fornicacion.

(2) L. 15, § 15, D. injuriis.

(3) L. 18, tit. 9, p. 7.

(4) Farin, q. 145, n. 162.



el fraude ó la violencia. La sorpresa no es menos infame que la fuerza. No es menor tampoco el deshonor de la familia, y la premeditacion del atentado. La violencia sin embargo, no puede presumirse. Ella debe resultar ó de la resistencia de la victima, ó de los actos fraudulentos del culpable. Así, el hecho de abusar de una loca, que por su misma locura no se ha defendido, puede ser una accion infame, pero ella no constituye el delito de violacion, porque nada comprueba esta, nada establece que ella no ha tenido conciencia de su accion, que no ha prestado un asentimiento secreto (1).

**371.** Las penas de este delito las hemos visto, hablando del rapto (2). Solo agregaremos, que la accion dura treinta años, y que en defecto de los parientes puede deducirla cualquiera del pueblo (3). La tentativa se castiga finalmente en este delito como en todos los atroces (4); pero G. Lopez exige, *actum multum propinquum, quasi pars intrinseca illius, ut postrutio in terram in actu carnali* (5).

## CAPÍTULO IV.

### ADULTERIO.

**372.** La palabra adulterio lleva en si misma su definicion. La etimolojia sola esplica su sentido: *adulterium ad illerum thorum vel uterum accessio* (6). El adulterio es pro-

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 241 y 242.

(2) N. 358 y 359. Cuando la violacion es cometida ó intentada por un militar, v. art. 82, tit. 10, trat. 8, Ordenanzas.

(3) L. 2, tit. 20 y 4, tit. 17, P. 7. Estas leyes consideran la fuerza des-  
lito público.

(4) L. 2, tit. 31, P. 7. « Otro sí decimos ».

(5) G. Lopez, gl. 6, L. 2, tit. y P. cit.

(6) Tomando el pié de la letra esta etimolojia seria necesaria la violacion  
el lecho conyugal, para que hubiera adulterio. Otros dicen que la pala-  
ra adulterio viene de *adulterare*, corromper, mezclar (Morin, Rep.)



fanacion del lecho nupcial, la violacion de la fé conyugal, consumada físicamente, *alieni thori violacio* (1). Tres circunstancias son pues necesarias para constituir este delito; union consumada de los dos sexos, matrimonio por lo menos de uno de los agentes, y dolo ó voluntad culpable de parte de la persona casada. La union consumada es la condicion esencial. Mientras la inmoralidad de los deseos no se manifiesta por actos, la impotencia de las leyes es suficiente motivo para su inaccion. No bastan tampoco familiaridades íntimas, porque ni estos actos tienen las mismas consecuencias del adulterio, ni es fácil obtener su prueba, ó conocer su intencion, hasta el hecho mismo, *ita ut demum unum sit et sese commisceant* (2). Sin embargo, el adulterio se presume consumado, si *reperiuntur solus et sola, nudus et nuda in eodem lecto*, porque de lo contrario no habria prueba posible (3). La segunda condicion está fundada en que la persona casada pertenece á uno solo. Segun el derecho canónico puede cometer adulterio el hombre como la mujer (4). Pero en el Fuero civil solo es punible el hecho de esta (5). De aqui se deduce que el delito no existe cuando ha sido cometido antes de la celebracion del matrimonio, ó despues de su disolucion, por la nulidad del primero (6). *sine dolo*.

(1) Farin, q. 141, n. 1.

(2) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 262.

(3) « O fallándolos en la casa escondidos seyendos ambos enfamados de este pecado [L. 62 del Estilo] ó si arrostrasen la prohibicion del marido [L. 30. C. de adul.] Los Hebreos eran de tal susceptibilidad á este respecto que presumian el adulterio cuando una mujer estaba oculta con un hombre el tiempo suficiente para cocer y comerse un huevo.

(4) El adulterio se llama doble cuando es entre dos personas casadas, *inter uxoratos* [L. 13, tit. 9, P. 4].

(5) L. 1, tit. 17, P. 7. « La mujer es contada por lecho de su marido « non el de ella ». V. L. L. C. ad leg. Jul. de adult. Los legisladores antiguos tenian la creencia de que la mujer era la única causa de los adulterios.

(6) Otra cosa era en el derecho romano [L. 7, C. de adult.] por la ley de los Judios [Deuter. n. 22 y 23] y por las antiguas leyes españolas [L. 1, tit. 17, P. 7 y 81 de Toro] en los esponsales de presente, *speciem matrimonii*: que despues del Concilio de Trento no pueden tener lugar [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 264].

en fin, *adulterium non committitur* (1), porque en el caso de violencia ó error, la mujer está justificada por la ley misma, con tal que prueba la excepción.

**378.** En el antiguo derecho romano el adulterio no podía ser acusado sinó por el marido; pero despues la ley *Julia de adulteriis* declaró público este delito, y se distinguieron tres clases de acusaciones, *jure mariti*, *parentum et estraneorum* (2): Constantino abolió mas adelante esta última facultad (3); y nuestro derecho mas riguroso todavia, la ha limitado al marido (4). De aquí la máxima, *maritus genitalis thori solus vindex*. La razon de esta disposicion es fácil de comprenderse. Una persecucion de oficio, ó por estrños contra la voluntad del marido, solo serviria para una publicidad escandalosa, para disolver vinculos que el voto de la ley quiere mantener indivisibles. La ley ha preferido declarar al marido dueño de la accion penal, y si él guarda silencio, ni el ministerio público puede intervenir (5). De aquí nacen dos consecuencias importantes: 1ª que el cómplice no puede ser perseguido, si no lo es la mujer por el marido; 2ª que el desistimiento de este paraliza tambien la accion pública, pero no su muerte (6). Por el mismo derecho la mujer no podía acusar el adulterio del marido (7), prohibicion que tambien ha pasado á nuestras leyes (8).

(1) Farin, q. 141, n. 100.

(2) L. 2, § 8 y 9, D. ad leg. Jul. de adult. y L. 30, C. ad leg. Jul.

(3) *Probatam enim a marito, et acquiescens, matrimonium non debet quis turbare atque inquietare* [L. 26, D. ad leg. Jul. de adult.].

(4) L. 7, tit. 19, lib. 8, R. C. y 2, tit. 20, lib. 8, R. C. que agregan la condenacion de acusar á los dos siendo vivos ó á ninguno.

(5) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 266. G. Lopez, exceptua el caso de mezclarse el incesto con el adulterio [gl. 3, L. 2, tit. 17, P. 7].

(6) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 275 y 279. La máxima del derecho romano, *crimine adulterii paciati non licet*, se aplicaba solo á los pactos por dinero. La ley no se oponia á que el marido perdonase: *quod si patiatu uxorem delinquere, non ob quantum, sed negligentiam, vel culpam vel quandam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem positus esse videtur* [L. 29, D. ad leg. Jul. de adult.].

(7) L. 1, C. ad leg. Jul. de adult.

(8) L. 9, tit. 17, P. 7.





**374.** La mujer puede oponer contra la acción del marido varias justificaciones y circunstancias atenuantes. La violencia y el error son dos hechos justificativos del adulterio. Si la mujer es víctima de una violación, es evidente que no hay adulterio, porque le falta al delito el elemento de la voluntad: «porque la mujer no fué en culpa» dice la ley (1). El corazón no participa de la falta del cuerpo. Tal era también la decisión de la ley romana. *Que rim patitur non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur* (2); y todos los autores repiten esta decisión, como máxima (3). Pero es preciso que la violencia sea verdadera, que se den pruebas claras, «travando de ella rebatosamente de manera que se non pudiese amparar» (4). La violencia moral no sería justificación bastante, si la mujer no ha estado en la alternativa de ceder ó sufrir la muerte (5).

**375.** El error justifica también. Error habría cuando un hombre se pone en lugar del marido durante el sueño. Si la mujer es engañada por la oscuridad no puede ser culpada, á menos que el error fuese tan grosero, que equivaliese al dolo (6). Las Partidas parecen exigir para que el error justifique, que el hombre «yoguiese en la casa, y ella lo recibiese cuidando que era su marido» (7).

**376.** Circunstancia atenuante será todo hecho que sin justificar el adulterio, tiene virtud bastante para atenuar la criminalidad del hecho en el ánimo de los jueces. Tales pueden ser las malas costumbres del marido (8), su sevicia, una extrema miseria. Algunos hacen de estas circunstancias una

(1) L. 1, tit. 20, lib. 8, R. C.

(2) L. 13, § 2, D. ad leg. Jul. de adult.

(3) Farin, q. 141, n. 15.

(4) L. 7, tit. 9, P. 4.

(5) Cheuvesu Adolphe, t. 4, p. 283.

(6) J. Clerus, § adult. n. 100.

(7) L. 7, tit. 9, P. 4.

(8) Principalmente si tiene la concubina en su casa misma, *ut inaspicienda uore corrumpatur, quod maxime mulieres nuptas ut potè circa cubile stant, latas exasperet, et precipuè castas* (Nov. 22, c. 15 § 1.)



justificacion, cuando son graves; opinion que se fundaba en este testo de la ley romana. *Periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir uxore exigat, cum ipse non exhibeat* (1). Baiardus admite igualmente la justificacion, cuando el marido no provee á la subsistencia de su mujer: *quando maritus ipse fuit causa adulterii, etiam si causa fuerit remota, puta quia eam reliquerit sine necessariis ad vitam* (2). Estas justificaciones no pueden admitirse. La mujer no debe sacar de las faltas del marido una causa de justificacion. Un delito no puede justificarse sinó por la violencia que arrastra la voluntad. La irritacion que hace nacer un mal tratamiento, el dolor que inspiran los desarreglos del marido, no son capaces de ejercer una influencia irresistible. Es el caso de aplicar el axioma de ley romana: *non est ignoscendum ei quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam agit* (3). Muchos de los antiguos mismos no admitian esta justificacion. Farinacio dice: *nec uxore pœna adulterii excusatur propter viri sevitiâ, propter famis necessitatem, aut propter paupertatem* (4).

**327.** Podria además oponer como excepciones del juicio: 1º *La prescripcion.* *Post quinquenium quod continuum numeratur.* La acusacion del adulterio en el derecho romano se prescribia por cinco años (5); y lo mismo dispone nuestro derecho (6); y 2º *La nulidad del primer matrimonio.* El comercio ilicito deja de ser punible, desde que no hay violacion de la fé conyugal. El marido tendria que probar antes su validez, *tunc maritum oportet probare ut ei si uxor* (7). Sin embargo, las Recopiladas rechazan esta defensa « pues por

(1) L. 13, D. ad leg. Jul. de adult.

(2) Ad. Jul. Clarum, add. n. 15.

(3) D. de raptu nuptiarum.

(4) Farin, q. 141, n. 60.

(5) L. 5, C. ad leg. Jul. de adult.

(6) L. 4, tit. 17, P. 7. Excepto el caso de incesto, segun G. Lopez. Los autores estienden tambien á 20 años la prescripcion cuando el marido ha estado ausente.

(7) J. Clarus, in suppl. § adult. n. 100.



ellos no quedó de fazer lo que non devian », y permiten al marido acusar el adulterio, « como si el matrimonio fuese verdadero » (1); 3º El *adulterio del marido*. *Id ita accipi debet*, decia una ley romana, *ut ea lege quam ambo contempserunt neuter vindicetur, paria enim delicta mutua compensatione solvantur* (2). Esto mismo disponian varias leyes de Partida (3); pero otras hacian dudar del principio, porque decian que la mujer no podia acusar al marido de adulterio « pues que los daños e las deshonras no son iguales » (4) con excepcion del fuero eclesiástico (5). Estas dudas han cesado con la ley Recopilada que manda « que la mujer no se pueda escusar de responder á la acusacion del marido ó del esposo, porque diga que quiere probar que el marido ó el esposo cometió adulterio » (6). 4º La *reconciliacion*, que puede ser espresa ó tácita: espresa, si se atestigua por actos ó cartas misivas: tácita, si resulta de ciertos hechos, como la cohabitacion ó cariños despues de la falta (7). El derecho romano presumia la reconciliacion por el hecho solo de no despedir la adúltera: *crimen adulterii maritum retenta in matrimonio uxore, inferre non posse nemini dubium est* (8). Una ley del F. Real dice « no la tenga á su mesa ni en su lecho » despues del adulterio (9). Las Partidas á esta circunstancia agregan el abandono de la acusacion « diciendo al juez que ya no

(1) L. 81 de Toro. Siguiendo esta misma regla una ley de Partida dice que la mujer que se casa con la noticia falsa de la muerte de su marido ausente, comete adulterio si despues de saber que vive continua con el segundo [L. 8, tít. 9, P. 4].

(2) L. 39, C. de soluto matrim.

(3) L. 8, tít. 2, P. 4, 6, tít. 9, P. 4 y 9, tít. 17, P. 7.

(4) L. 1, tít. 17, P. 7.

(5) L. 13, tít. 9, P. 4. De donde G. Lopez, deduce la conciliacion posible entre estas leyes contradictorias.

(6) L. 3, tít. 20, lib. 8, R. C.

(7) Por eso dice J. Clarus: *Caveat maritus ne sciens uxorem esse adulteram, se cum ea carnaliter commisceat, nam ex eo videtur illi adulterium remissum esse.* (in suppl. § adulterium.)

(8) L. 11, C. ad leg. Jul. de adul.

(9) L. 5, tít. 7, lib. 4, F. R.



quiere acusarla » (1). Pero la reconciliación no tendría resultados si el esposo ignoraba los hechos, ni por ella se entenderían perdonadas faltas posteriores (2). 5º La *connivencia*. Por el derecho romano esta excepción se fundaba en la indignidad del marido (3). *Cur enim improbet maritus mores quos ipse aut ante corruptus aut postea probavit?* La connivencia del marido constituía al mismo tiempo un delito (4). Nuestro derecho ha recogido esta doble decisión, pues manda que la mujer sea dada por *quita* de la acusación, y el marido reciba pena de adulterio « porque aquel yerro avino por su culpa e por su maldad » (5).

**378.** El cómplice por su parte puede oponer como hecho justificativo su buena fé: 1º Si ignoraba el matrimonio de la mujer; 2º Si la creyó entregada á la prostitución por la casa en que estaba, ó los vestidos que llevaba. En el primer caso la ignorancia completa del matrimonio, quita al hecho del cómplice todo carácter de criminalidad, según la máxima, *sine dolo adulterium non committitur*. Los autores están unánimes en este punto. *Nec adulterium committi dicitur ab eo, qui ignorat mulierem cum qua se commississet esse nuptam: excusat ignorantia facti* (6). Pero es preciso que esta ignorancia sea bien establecida (7). Así las Partidas dicen « fueras ende si le fuese probado que lo sabia » (8). En el segundo, es visible igualmente, que el comercio de un hombre con una mujer pública, aunque casada, no puede clasificarse de adulterio (9). J. Claro extiende esta decisión á la mujer

(1) L. 6, tít. 9, P. 4 y 8, tít. 17, P. 7. De estas leyes parece deducirse que no bastaría el silencio solo [v. L. 13, D. ad senat. turpil.].

(2) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 290.

(3) L. 46, D. de sol. matrim.

(4) *Qui quantum ex adulterio suæ uxoris fecerit, plectitur, nec enim mediorum delinquit, qui lenocinium in uxorem exercuit.* [L. 20, § 3, D. ad leg. Jul. de adult.].

(5) L. 6, tít. 9, P. 4 y 7, tít. 17, P. 7.

(6) Farin, q. 141, n. 97.

(7) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 303.

(8) L. 5, tít. 17, P. 7.

(9) Arg. L. 18, tít. 9, P. 7. L. 22, C. ad leg. Jul. de adult. y Paul. Sent. lib. 2, L. 26, de adulteriis.

que hubiese tenido muchos amantes: *quæ cum multisrem carnalem habuerit* (1). Puede tambien oponer el perdón del marido, pero solo cuando obtiene este sin precio (2). Es en fin regla jeneral de estas excepciones, como de las de la mujer, que deben oponerse antes de contestar el pleito (3).

**379.** En los pueblos antiguos, las penas del adulterio son todas rigorosas y muchas estravagantes (4). La lejislaçion romana siguió las variaciones de las costumbres. En tiempo de Rómulo, el marido con un consejo de familia, era el árbitro (5). En tiempo de la República la pena fué el destierro (6): pero creciendo la corrupcion se dictaron medidas mas severas. Por la ley *Julia* de Augusto la acusacion fué permitida á todos, y la pena fué la relegacion (7): hasta que Constantino señaló la muerte (8), al mismo tiempo que restringió la acusacion á los parientes próximos: *quos verus dolor ad accusationem impellet* (9). Justiniano modificó estas penas, pero solo en cuanto á la mujer, que debia ser azotada *competentibus vulneribus subactam*, y encerrada en un monasterio, de donde el marido podia sacarla hasta los dos años, de lo contrario quedaba de monja (10).

**380.** Estas mismas variaciones ha tenido el derecho español. Los Fueros entregaban los adúlteros á disposicion del marido (11). Las Partidas, despues de ponderar los males y

(1) § Adult. add. n. 27.

(2) L. 22, tit. 1, P. 7, tomada de la 18, C. de transact.

(3) L. 7, tit. 17, P. 7. Esta ley distingue los efectos segun el tiempo en que se oponen. Gomez, LL. 80, 81 y 82 Toro, n. 74.

(4) V. Puzo, la ley 62 del Estilo y Boeresco, p. 127.

(5) Dion. de Halicarn. lib. 2, c. 4.

(6) Tacit. Annal. lib. 2.

(7) Pauli Sent. tit. 26, § 14.

(8) *Sacrilegas autem nuptiarum gladio puniri oportet* [L. 30, C. hoc. tit.].

(9) L. 3, C. ad leg. Jul. de adul.

(10) Nov. 134, c. 10, Auth. sed hodié C. ad leg. Jul. de adul. Los soberanos, *temeratores alienarum nuptiarum*, siguieron con la pena de muerte [Instit. lib. 4, tit. 17, § 4].

(11) L. 1, tit. 7, lib. 4, F. R.





daños que resultan de este delito (1), repiten las disposiciones de Justiniano (2): castigando tambien como adúltero al tutor ó su hijo que se casaren con la pupila (3). Las Recopiladas mandan poner los adúlteros á disposicion del marido en persona y bienes « así que no puede matar al uno y dejar al otro » (4); y en caso de sorprenderlos infraganti, puede matarlos de propia autoridad, con tal que tambien sea á ambos «pudiéndolos á ambos á dos matar» (5); pero entónces no gana la dote ni bienes (6). Flagrante delito es el que se comete actualmente, mientras el reo es perseguido. Pero en materia de adulterio no es tan fácil determinarlo. Algunos quieren que sea, *in ipsa turpitudine, in ipsis rebus Veneris* (7). Otros comprenden *antecedentia ipsum scelus; scilicet, apparatus, colloquia* (8). Este permiso terrible, *crudelis at que nefandi*

(1) Proem. del tit. 7. P. 7. Los antiguos decian: *mulier adultera ergo trameffa*.

(2) L. 15, tit. 17, P. 7.

(3) L. 6, tit. 17, P. 7.

(4) L. 1, tit. 20, lib. 8, R. C.

(5) L. 3, tit. y lib. cit. Esta ley habla especialmente de los esposos.

(6) L. 82, de Toro. La prueba del flagrante adulterio corresponde al marido [Vilan. mat. crim. obs. 11, cap. 20]. El derecho francés no admite otras pruebas del adulterio sinó la flagrancia, y cartas u otras piezas escritas [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 299].

(7) *Præiudicia et præsumptia flagitii non sunt flagitium ipsum* [Mathæus, tit. 1, lib. 48, D. de pœna, adult. n. 15].

(8) Gl. in L. 23, D. eod. tit. Al principio, la ley romana solo acordó ese derecho de muerte al padre, con tal que la hija estuviese en la patria potestad [L. 20, D. ad leg. jul. de adult.] que la sorprendiese *in ipsa turpitudine* [L. 23, D. eod. tit.] que con el mismo golpe matase á ambos, *ictu et uno capite* [L. 23, loc. cit.] y que fuese en su propia casa ó en la del yerno [L. 22, D. ibid.] El marido sin embargo que mataba á los culpables no sufría la pena de la ley sinó otra menor [L. 38, § 8, D. eod. tit.] *cum sit diffidillimum utrum dolorem temperare*. Solo se hacia excepcion á esta regla cuando el cómplice de la mujer era una persona vil [L. 24, D. eod. tit.] Despues se otorgó el derecho de un modo igual al padre, hermanos y marido, que es lo que han copiado las Partidas [L. 3, tit. 8, P. 7.] aunque G. Lopez, limita la facultad al caso de fuerza [gl. 1ª]. Las leyes Recopiladas dan este derecho al padre y hermanos « en su casa » y al marido « doquier lo halle » [L. 4, tit. 23, lib. 8, R. C. que es la 1, tit. 17, lib. 4, F. R.]

*exempli*, dice Cavarrubias (1), solo reside en el marido, y no puede cometerlo á otro, excepto su hijo (2), que se considera una sola persona con el padre (3).

391. Hoy por lo demás muchos ponen en duda la vijencia de esta facultad, por la ley que prohíbe á todos sin excepcion hacerse justicia á sí mismos, reservándose la autoridad castigar al ofensor ó injuriante (4). Dudase igualmente la pena que la justicia puede imponer á la mujer y cómplice cuando el marido no toma la venganza por su mano; como la que ha de imponerse al marido que comete adulterio con soltera ó viuda. Algunos creen en este segundo caso que debe ser la de la ley Recopilada que habla del hombre casado que tuviese manceba pública (5). En el primero la ley guarda completo silencio. De aquí ha resultado que en la práctica los tribunales superiores imponen al adúltero una pena arbitraria de presidio, destierro ó multa, y de reclusion á la mujer casada, según las circunstancias (6). Podemos pues esclamar con Juvenal: *ubi nunc lex Julia dormis*.

392. Dudase en fin, si el cómplice que no es el coautor mismo del delito puede ser acusado. El derecho romano permitia al marido comprender en la acusacion á los que favorecian el adulterio, prestando su casa para consumarle, *quia sine colloquio adulterium non committeretur* (7). Las mujeres estaban comprendidas en estos términos, lo mismo que los

(1) De matrim. § 7, n. 6. «*Non probó ham legem; cam maris tulere: ideo fomina tantum sequitur et incestus*» [San Gregorio de Nac.]

(2) L. 4, Cód. ad leg. Jul. de adult.

(3) Vilan. obs. 11, c. 20. Los autores admitian el concurso de un extraño en ciertos casos, dando por razon que es permitido hacer por otro lo que uno mismo puede hacer: *quod est licitum in persona mandantis, est etiam licitum in persona mandatarii* [Farin, q. 121, n. 83.]

(4) Aut. 2, tit. 8, lib. 8, R. C.

(5) V. el 297, «el quinto de los bienes fasta quantia de diez mil maravedis por cada vez que la hallaren» [L. 5, tit. 19, lib. 8, R. C.] El fin de esta pena es dotar á la manceba. Sobre el clérigo adúltero, v. la ley 42, tit. 6. P. 1.

(6) Tapia, t. 7, v. adulterio, ed. de 1846.

(7) LL. 9, 10 y 20 D. ad leg. Jul. de adult.



hombres: *mulieres quoque hoc capite legis . . . tenentur* (1). Podían ser perseguidos hasta los que recibían dinero por no descubrir al marido los desórdenes de su mujer (2). Nosotros creemos que estas reglas deben considerarse subsistentes, porque no vemos motivo para hacer una excepción á los principios generales (3).

## CAPÍTULO V.

### INJURIA.

**383.** Injuria en jeneral es todo hecho perjudicial á otro contra derecho, *quod non jure fit* (4); pero en un sentido estricto es sinónimo de contumelia, de la palabra *contemnere*, insultar (5). La injuria puede tener lugar de varios modos, que es preciso distinguir por los medios y los resultados. Bajo el primer aspecto se reconocen tres clases, la injuria *real*, la injuria *verbal*, y la injuria *escrita*. Bajo el segundo, se divide en injuria contra la persona, contra la reputación, ó contra las susceptibilidades de una persona, *dignitas* (6). Solo la injuria *verbal* y la injuria *escrita* merecen propiamente este nombre. La primera es el *convicium* de los Romanos, que exijía decirse de viva voz, *cum voce*, con cierta fuerza de expresión, *nam non omne maledictum convicium est*, y delante de varias personas (7). La otra se hacía por medio de libelos. Estos dos modos se distinguían entre los Romanos en que el *convicium* no era punible sinó reunía las condiciones espre-

(1) Leyes cit.

(2) *Ibid.*

(3) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 311.

(4) L. 1, D. de injuriis. En este sentido comprende las heridas, la cárcel privada, el allanamiento de domicilio y la fuerza [L. 6, tit. 9. P. 7.]

(5) *Specialiter autem injuria dicitur contumelia* [L. 1, D. cit.]

(6) Voet ad Pand. lib. 47, tit. 10, n. 1.

(7) *Quod non in catu nec coactione dicitur, convicium non proprie dicitur* [L. 45, § 12, D. de injuriis et fam. libellis.]



sadas; mientras que el *libellus famosus* tenía pena por el solo hecho de mostrarlo (4). Las mismas leyes distinguían tres clases de injurias, según su gravedad intrínseca, por el hecho en sí, el tiempo, el lugar ó calidad de la persona; injuria ordinaria, injuria atroz, é injuria mas atroz (2). La pena era destierro ó deportacion para el hombre libre y azotes para el esclavo (3). La accion se prescribía en fin por un año en las injurias verbales (4), por veinte en los escritos ó libelo famosos (5).

**394.** Nuestro derecho hace las mismas distinciones. Una ley define la injuria «deshonra que es fecha ó dicha á otro á tuerto ó á despreciamiento de el» y dice que aunque hay muchas maneras, todas descienden de dos raices, de palabra y de hecho (6). La primera consiste en denostar á otro dando voces ante muchos (7). La segunda en romper los vestidos, *etiam sine pulsatione*, despojar de ellos, escupir á la cara, amenazar, remedar con jestos, simbolos ó pinturas indecenas (8). Otra divide las injurias, sin distinguir de verbales ó reales, en simples y graves ó atroces, que á su vez subdivide en cinco clases, por razon del hecho, del lugar del cuerpo, del lugar simplemente, de la persona y del modo (9). Por el hecho, en las heridas ó golpes «aviltadamente». Por el lugar del hecho, en las heridas del ojo ó cara. Por el lugar

(1) Voet, loc. cit. n. 10. Pena de muerte al principio, despues azotes. En los libelos no se comprendian las cartas misivas. *Epistola abeenti idem est quod sermo presentibus*, decia Bartolo. Asi podian solo perseguirse como injuria verbal.

(2) L. 7, § 3, D. de injuriis, siendo atroces todas las reales: *re quotiens manus inferuntur*, y las inferidas á los magistrados [Farin, q. 105, n. 197 y 198.]

(3) L. ult. D. de injuriis.

(4) L. 5, C. de injuriis.

(5) Voet, loc. cit. n. 21.

(6) L. 1, tit. 9, P. 7.

(7) Ley cit. Por sí ó por otro, presente ó ausente.

(8) LL. 4 y 6, tit. 9, P. 7, y 1, tit. 3, lib. 4, F. Real. La injuria real es siempre grave, dice G. Lop. gl. 4, L. 5, tit. 15, P. 7, repitiendo el derecho romano, V. Chauveau Adolphe, t. 3, p. 145.

(9) L. 3, tit. 9, P. 7, tomada de la ley 1, 7 y 8, D. de injuriis.





simplemente, si fuese en iglesia ú otro paraje público ante muchos (1). Por la persona, como si es hecha al padre, al juez. Por el modo, «en las cantigas, rimas ó famosos libelos» (2). Las injurias simples, la ley no se ha cuidado de explicarlas. Son, pues, todas las demas (3).

**305.** La injuria grave, sea verbal sea escrita, necesita imputacion de un vicio determinado, publicidad, é intencion dolosa. Imputar una cosa es afirmarla, y vicio determinado quiere decir hábito vicioso, que sin constituir delito, puede acarrear el desprecio público (4). En los demás casos, habrá ultraje, invectiva, pero no herida real á la reputacion (5). La publicidad puede tener lugar por escritos, discursos, gritos ó amenazas en lugares públicos (6). La intencion es indispensable porque sin ella no puede haber injuria, segun la espresion de Ulpiano, *injuria ex affectu facientis consistat* (7). Así, no habrá injuria en palabras dichas por juego, *si quis per jocum, injuriarum non tenetur*. La intencion sin embargo se presume, cuando la espresion es injuriosa por si misma (8).

**306.** Entre las injurias verbales y escritas nuestras le-

(1) De esta gravedad pueden considerarse las cerrradas, que una ley Recopilada castiga con 100 ducados de multa y 4 años de presidio [Bando publicado en Madrid en 27 de Setiembre de 1765, que es la L. 7, tit. 25, lib. 12, Nov. Recop.] y el *osculo involuntario*, que Vilanova dice puede tener, segun los casos, pena de destierro ó presidio [Mat. crim. t. 2, p. 444.] Que sea paraje publico, v. Chauveau Adolphe, t. 4, p. 189.

(2) Si el libelo es impreso, hay lo que se llama delito de imprenta, v. n. 522 y siguientes.

(3) Sobre las injurias reales á los centinelas, v. Ord. tit. 10, trat. 8, art. 2, y sobre las de los criados contra sus señores [l. 3, tit. 20, lib. 6, R. C.]

(4) La injuria, por ejemplo, atribuida á una mujer honrada.

(5) Chauveau Adolphe, t. 6, p. 333 y 334.

(6) En las injurias de los hijos á los padres, no importa que sean en publico ó en escondido [L. 1, tit. 10, lib. 8, R. C.]

(7) L. 35, D. de injuriis. Por eso los locos etc. no pueden hacer injuria: aunque puede hacerse á ellos [L. 9, tit. 9, P. 7.] V. tambien la L. 19.

(8) Chauveau Adolphe, t. 6, p. 334, y t. 3, p. 143. Véase la L. 30, tit. 10, P. 2, y gl. 5 y 7.



yes hacen una diferencia importantísima. De unas y otras puede pedirse satisfacción; pero si el ofensor asegura que son ciertas sus palabras, y lo justifica no incurra en pena, primero porque dijo verdad, segundo para ejemplo (1). No así en los libelos famosos « porque dura la remembranza para siempre » (2). G. Lopez, sin embargo limita la primera disposición á los delitos en cuyo castigo se interesa la República (3), y Covarrubias excluye el caso de mala intención, *nam etsi bonum sit nocentium crimina nota esse, pravus animus revelantis rem efficit iniquam* (4).

397. No se puede negar que la prueba de la injuria es el único sistema capaz de satisfacer plenamente la honradez calumniada; aunque sea poco conforme con la delicadeza que en los pueblos modernos ha desarrollado el cristianismo (5). Según Ciceron, los Romanos no sufrieron nunca esta licencia (6); pero sus jurisconsultos eran demasiado ilustrados, para dejar de reconocer, que hay hechos cuya revelación importa á la sociedad. De aquí el testo famoso de Paulo: *eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et æquum ob eam rem condemnari* (7). Así, la interpretación que permitía la prueba en ciertos casos prevaleció con el tiempo, como consta de varios testos (8).<sup>\*</sup> Las mismas alternativas se observan en las legislaciones modernas. Los Franceses em-

(1) L. 1, tit. 9, P. 7. « E aquel á quien lo dice non lo fuese », dice también el Fuero Juzgo (tit. 3, lib. 12). Las Recopiladas confirman esto mismo desde que permiten la retractación que sería absurda en otro caso [Gutierrez P. C. p. 79].

(2) L. 3, tit. 9, P. 7.

(3) Gl. 7ª ley cit. Una edición antigua de las Partidas exceptúa « el mal que le dijo, y en que él non oviese culpa, como fijo de mala mujer etc. » Por otra ley no son tampoco admitidos á probar la injuria, el hijo, nieto, bisnieto ó sirvienta (L. 2, tit. y P. cit.)

(4) Var. lib. 1, c. 11, n. 6.

(5) Bonnier, des preuves, n. 59.

(6) De Repub. lib. 4, c. 10.

(7) L. 18, D. de injuriis. *Pecatta enim nocentium, continúa, nota esse et oportere et expetere.*

(8) Bonnier, des preuves, n. 59.



tir que para eximirse de ella el acusador, no solo ha de probar el delito, sino tambien todos los extremos esenciales que lo agraven (1).

397. Los elementos constitutivos de este delito consisten en la espontaneidad de la declaracion, que es lo que distingue la calumnia del falso testimonio: en que la acusacion debe ser escrita, porque la ley quiere que haya prueba de ella (2), y firmada porque las denuncias anónimas están prohibidas (3): que sea hecha á un juez ó autoridad, porque de lo contrario no habria mas que injuria: que sea falsa, porque si fuera cierta, en vez de constituir delito, seria el cumplimiento de un deber: que sea en fin, maliciosa (4), porque sin dolo no hay calumnia, como no hay delito ninguno; *Calumniare est falsa crimina intendere* (5).

398. Los autores dividen la calumnia en manifiesta y presunta: manifiesta, *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentem, proponit contra eam accusationem* (6); presunta, cuando el acusador no prueba el hecho, sin que por su parte el acusado demuestre la malicia (7). Los mismos dicen que de esta segunda calumnia escusan muchas causas, tales como la declaracion de un testigo que se retracta despues, la mala reputacion del acusado (8), una causa justa de error (9), ó mision de la ley como el ministerio público (10).

(1) Tapia, t. 8, p. 9, n. 14.

(2) La forma poco importa. [Morin. Repert. v. denonciation calomnieuse, n. 10].

(3) 2ª parte, n. 132 y L. 3, tit. 13, lib. 2, R. C.

(4) *Ex malevolentia vel corrupti pecunia* [G. Lop. gl. 4, ley 5, tit. 1, P. 7].

(5) L. 1, § 1, D. ad S. C. Turpill. Calumniadores se llaman, dice otra, *quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus* [L. 133, D de verb. signif].

(6) J. Clarus, q. 62, n. 4.

(7) *Accusator eo ipso quod non probet suam accusationem præsumitur calumniari* [J. Clarus, q. 2, n. 6].

(8) Farin, q. 16, n. 49 y 61.

(9) L. 1, § 3, D. ad Sen. Cons. Turpill. y 3 Cod. de calumniatoribus.

(10) 2ª parte, n. 140.

## CAPÍTULO VIII

## FALSO TESTIMONIO

**399.** El falso testimonio consiste en faltar el testigo maliciosamente á la verdad, negándola ú ocultándola en una instancia seguida ante la justicia (1). Por el Deteronomio la pena era el talion en las declaraciones contra alguno (2). La ley de las Doce Tablas mandaba arrojar el testigo de la roca Tarpeya. Pero esta pena no tardó en modificarse, aplicándose las de la ley *Cornelia de falsis* (3). Estas penas eran la deportacion y confiscacion si el culpable era de condicion libre; la capital para los esclavos, ó los que decian falso testimonio en causa que podia traer muerte (4). Posteriormente, se dejó al arbitrio del juez apreciar las circunstancias y arbitrar la pena, indemnizando segun los casos á la parte perjudicada (5). Pocos delitos han merecido mas la reprobacion enérgica de los antiguos. *Arbitror*, dice J. Claro, *nullum esse crimen perniciosius reipublicæ* (6). Farinacio ve en él, tres delitos distintos, *perjurii nempè, injusticiæ et mendacii* (7). Segun el fin en efecto que se propone este delito puede recorrer todo el circulo de la criminalidad (8).

**400.** Nuestras leyes condenan igualmente el testimonio en contra ó á favor de una parte, del que niega la verdad y del que la calla. «Los testigos que á sabiendas dan falso

(1) *Dicendum vel non dicendum* (L. 1, D. ad leg. Corn. de falsis, y L. 16, D. de testibus.)

(2) Cap. 19, § 21.

(3) L. 1, D. ad lege, Corn. de falsis.

(4) L. 1, § 2 y 13, D. ad leg. Corn. de falsis.

(5) LL. 13 y 14, C. de testibus y 16, D. eod. tit.

(6) *Pract. crim.* q. 52, n. 7.

(7) Despues agrega falsi testes: *peiores sunt furibus, latronibus et abominatioribus* (q. 67, n. 1).

(8) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 424.





testimonio, dicen, ó que encubren la verdad » (1). Pero las penas han variado con cada código. Por el Fuero Juzgo era no ser admitido como testigo en ningún pleito, ó cien azotes, é infamia, según la calidad de las personas (2). Por el F. Real no creer su testimonio, indemnización « e quitente los dientes » (3). Según las Partidas, discrecional, como en los últimos tiempos del derecho romano (4). Las Recopiladas distinguen las causas civiles de las criminales. En las segundas, mandan que el testigo falso tenga la pena capital que se habría impuesto al reo, ó sinó vergüenza pública y galeras perpétuas. En las primeras, la pena de los dientes, es conmutada por diez años de galeras y vergüenza pública (5). La práctica se ha olvidado de todas estas disposiciones, y aplica solo el presidio por cierto número de años (6). Ninguna de estas leyes habla de las declaraciones falsas de los médicos; pero se cree que les comprenden las mismas penas de los testigos. Los médicos sin nuevo juramento tienen en cualquier caso el jeneral de usar fielmente de su oficio (7).

**401.** Los elementos necesarios de este delito son una declaración contraria á la verdad, y el perjuicio posible, como consecuencia suya; entendiéndose por declaración todo testimonio ante la justicia bajo juramento (8). No toda de-

(1) L. 42, tit. 16, P. 3. V. también la L. 3, tit. 12, lib. 4, F. R. y 2, tit. 4, lib. 2, F. Juzgo « Ca non es menor pecado de negar la verdad que decir mentira ».

(2) L. 2, tit. 4, lib. 2, F. Juzgo, faltando á la verdad « por cuita ».

(3) L. 3, tit. 12, lib. 4, F. Real. Por esta ley incurre también en la pena el que lo presenta. La quinta parte de los dientes, no todos, V. Covarrubias, P. 1, Relect. c. quamvis pactum n. 9.

(4) L. 42, tit. 16, P. 3, que ordena ya escarmentarlos de oficio.

(5) LL. 83, de Toro y 7, tit. 17, lib. 8, R. C. Estas leyes como las de Indias, repiten que el juez persiga de oficio este delito [L. 57, tit. 5, lib. 2, auto un tit. 17, lib. 8, R. C. y 3, tit. 8, lib. 7, R. Ind]. En lo militar v. Ord. trat. 8, tit. 10, art. 84 y siguientes.

(6) Tapia, t. 7, v. calumnia, ed de 1816.

(7) V. la 2ª parte, n. 164 y 165.

(8) En el falso testimonio va envuelto el delito religioso de perjurio, que



claracion falsa, pues, constituye un falso testimonio. Así, no lo cometen los que declaran sin juramento (1). No lo cometen tampoco los acusados que en el interés de su defensa deponen falsamente, porque nadie se reputa testigo en su propia causa: *nullus in re sua testis intelligitur* (2). Fundados en esta máxima los acusados no prestan entre nosotros juramento (3). Pero no basta que haya declaracion, sino que es necesario que ella sea contraria á la verdad. Esta alteracion puede recaer sobre circunstancias esenciales ó accidentales. Los autores piensan jeneralmente que no hay falso testimonio cuando los declarantes están conformes en el hecho principal, aunque varien en los accesorios (4). Nada mas justo, porque en este caso no hay perjuicio posible, ni es fácil discernir el error de la mala fé (5). ¿Pero cuáles deben llamarse circunstancias esenciales y cuáles secundarias? Seria muy peligroso sentar á este respecto una regla invariable. Segun unos la diferencia en la clase de armas con que se ha cometido un homicidio, en el día del hecho, serian circunstancias accesorias. Segun otros, las circunstancias del tiempo y lugar son esenciales, *super loco vel tempore delicti* (6). Nosotros creemos que estas circunstan-

la ley romana dejaba á Dios, *satis Deum habet ultorem*, que las Partidas castigan con no ser par de otro ni creído nunca [l. 26, tit. 11, P. 3] y las Recopiladas con multa ó confiscacion [leyes 1 y 2, tit. 17, lib. 8, R. C.] Las ley del Estilo y otra de Partida son de la misma opinion que el derecho romano en cuanto al juramento de calumnia [ley 136 del Estilo y 26, tit. 11, P. 3].

(1) Los autores sin embargo estaban por una pena extraordinaria en este caso [Farin. q. 67, n. 196]. *Punitur ut dolosus*, dice G. Lop. *non ut falsus* [gl. 1, l. 35, tit. 16, P. 3].

(2) L. 10, D. de testibus. Baiardus agrega: *testis deponens falsum de aliquo delicto, in quo sit socius criminis, non debet puniri de falso, nec aliter* [puna [add. ad Jul. Clarus, § falsum, n. 242].

(3) Art. 165 de la Constitucion.

(4) J. Clarus, P. C. q. 53, n. 9. *Quando testis falsum deponeret in accessoriis*, dice tambien Farinacio, *ejus fides non diminuitur in reliquis* [q. 6, n. 454 y siguientes].

(5) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 431.

(6) Baiardus, ad J. Clarus, § falsum, annotat, n. 55.



rias solo pueden considerarse tales si la prueba del delito está ligado estrechamente con ellas. En jeneral, circunstancias esenciales son todas las que forman la prueba del hecho principal, ó de sus circunstancias agravantes (1).

**402.** Veamos ahora los modos de alterar la verdad. Esto puede ser por no querer responder, por reticencias, por variacion en las declaraciones, ó por contradicciones. En el primero y segundo caso no hay propiamente falso testimonio. El no querer responder no puede constituir por si mismo delito. El testigo no engaña á la justicia sinó que se abstiene (2). Una reticencia no es tampoco mas que una negativa de responder sobre un punto, y la misma decision debe aplicarse aunque ella esté ligada con la declaracion (3). La reticencia solo puede ser acriminada cuando desnaturaliza la verdad (4). Las variaciones de un testigo no son necesariamente indicios de falso testimonio. Sus recuerdos pueden haberle engañado, y la rectificacion es un deber para él. Solo en el caso de que estas variaciones no tuviesen motivo plausible, y destruyesen una prueba, constituirian delito. Lo mismo debe decirse de las contradicciones que pueden explicarse de mil modos, por la emocion, la confusion de la memoria, ó el conocimiento imperfecto de los hechos (5).

**403.** El segundo elemento del falso testimonio, dijimos que era la posibilidad de un perjuicio. El falso testimonio en efecto no es mas que una especie de falsedad, que necesita, como tambien hemos visto (6), el perjuicio que de-

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 432. Segun este autor no será circunstancia esencial la del nombre, calidad ó parentesco con el acusado.

(2) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 434.

(3) Por ejemplo si declara el hecho, pero no el dia [Chauveau Adolphe, t. 4, p. 435].

(4) El que calla ó pretende no saber lo que sabe, comete falso testimonio, dice Farinacio, y lo mismo si afirma que no se acuerda (q. 67, n. 223 y 227). Pero es preciso que estas reticencias ó negativas tengan por fin destruir una prueba verdadera, ó corroborar una falsa [Chauveau Adolphe, *loc. cit.*].

(5) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 437 y 438. La ley Recopilada exige « que haya gran diversidad en las deposiciones » [L. 57, tit. 5, lib. 2, R. C.]

(6) Suprá, n. 279.

be producir. El falso testimonio que no causa ninguna lesion no es mas que la espresion de un pensamiento, criminal sin duda, pero inofensivo. La moral puede reprobar esta mentira, pero no la ley que solo castiga las acciones humanas cuando turban ó amenazan los intereses sociales, que está encargada de proteger (1). De aquí nace que mientras el testigo tiene la facultad de modificar su declaracion, el delito no está consumado, y no puede ser materia de un proceso. Este carácter definitivo se adquiere solo por la ratificacion del plenario (2). Se deduce tambien que la tentativa en este delito se escapa á toda penalidad. La ley en el interés de la verdad tolera las reticencias, contradicciones y tergiversaciones del testigo, mientras la prueba no está cerrada (3). No debe sin embargo perderse de vista que basta la posibilidad del perjuicio. Así, el testigo que declara falsamente contra el reo, será castigado, aunque este sea absuelto. El falso testimonio en este caso es propiamente un delito frustrado (4).

**404.** No debe tampoco olvidarse que en esta materia, como en todos los delitos, los elementos espuestos, no bastarian, sinó suponemos en el ajente la intencion de engañar á la justicia (5). Los autores van mas lejos, no solo exigen el dolo, sinó que quieren de él pruebas mas concluyentes que en ningun otro caso: *strictior et magis exquisita probatio* (6). Y en efecto, un hombre puede engañarse de buena fé, aun alterando las circunstancias esenciales de un hecho (7). Pero la intencion se presume si la declaracion es

(1) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 439.

(2) Véase la 2ª parte, n. 249.

(3) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 447. Las Partidas ordenaban en este caso el tormento (L. 8, tit. 30, P. 7).

(4) « Pues por el no quedó de darse la pena », dice la ley 4, tit. 17, lib. 8, R. C.

(5) Farin. q. 67, n. 77. *Testem qui deponit non dolo, sed per errorem et ignorantiam, de falso non puniri.*

(6) Farin. loc. cit. n. 74.

(7) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 450.

ventajosa al testigo, si ha recibido dinero (1), si la razon en que se funda es evidentemente falsa, si hay contradiccion en las diferentes partes de la declaracion (2).

**405.** Nuestras leyes mandan castigar el falso testimonio en materia civil ó criminal (3), sin distinguir en el segundo caso si se da en pro ó contra el acusado. A los ojos del lejislador, estos dos hechos de consecuencias tan diferentes, se confunden en uno solo, y tienen la misma pena. Entre tanto, el testimonio en favor del acusado no es por lo comun mas que un acto de debilidad ó falsa humanidad. El falso testimonio contra el acusado tiene un carácter diferente. El no puede, ser sinó la obra del ódio, ó de la venganza, y revela una perversidad profunda en el corazon del que no teme perjurar en una causa que puede traer la infamia ó la muerte sobre un inocente. El peligro mismo de uno y otro hecho para la sociedad no es igual. En el primero solo se ofende la sociedad, y eso indirectamente; mientras que en el segundo se ofende á la vez al acusado y á la sociedad (4).

**406.** Para concluir diremos dos palabras sobre el soborno de testigos, que no es mas que un acto de complicidad del falso testimonio. Los sobornadores, dice terminantemente J. Claro, *sunt socii criminis et perjuri* (5). Pero otros ven un doble delito, y piden mayor pena. Nosotros creemos como los antiguos que el sobornador no debe tener mas pena que el autor. El soborno no es mas que un acto de provocacion por medio de regalos ó promesas. Son dos hechos de

(1) Si recibió algo ó le fué prometido, dice la L. 115 del Estilo, no será creído en su dicho. «Y si les fuere probado que dijese jurados mentira... pena de falsos».

(2) En la duda, sin embargo, se presume el error, dice Farín. q. 67, n. 78 [Contra Baiardus, add. ad. J. Clarum, § falsum, n. 292].

(3) L. 57, tit. 5, lib. 2, R. C. «así en las causas civiles como en las criminales los testigos falsos sean bien punidos».

(4) Chauveau Adolphe, t. 4, p. 453. El falso testimonio en las materias civiles suele confundirse con la falsedad de las escrituras públicas.

(5) § falsum, n. 3, v. la ley 115 del Estilo.

carácter distinto, pero que concurren al mismo fin. El autor principal es el testigo falso, el sobornador su cómplice (1). De aquí se deduce también que el soborno no puede ser castigado sino cuando lo es el delito mismo, cuando existe una declaración falsa. Por el contrario la absolución del testigo no trae forzosamente la del sobornador, porque el autor principal ha podido ser absuelto por razones que le sean particulares (2).

---

## TÍTULO IV.

---

### DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

---

#### CAPÍTULO I.

##### HURTO.

**407.** El hurto calificado de delito por todas las legislaciones, no ha sido acriminado siempre del mismo modo. El derecho canónico comprende en esta palabra toda usurpación de la propiedad ajena: *Furti nomine bene intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienæ* (3). El Digesto e Institutas recogieron esta definición menos absoluta del jurisconsulto Paulo: *furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessio nise* (4). Esta definición aunque sienta con precisión los dos caracteres del

(1) Chauveau, t. 4, p. 463 y 465.

(2) Chauveau, lug. cit. p. 466 y siguientes.

(3) Cop. jur. can. p. 2, c. 14, q. 5, § 13.

(4) L. 1, § 3, D. de furtis. V. á Covarrubias, P. 2, Relec. c. peccatum, § 1.

hurto, no es exacta cuando establece como fin necesario del hurto un pensamiento de lucro, ni cuando estiende el delito al simple abuso del uso ó de la posesion. El mismo jurisculto dá en sus sentencias una definicion mas verdadera, cuando dice, *fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*. Sin embargo, la definicion esplicada por los comentadores, y adoptada por nuestras leyes, es la de las Pandectas. « Hurto es malfetria, dicen las Partidas, que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin plazer de su señor, con intencion de ganar su señorío, ó la posesion ó el uso de ella » (1).

**408.** Tres condiciones son pues necesarias para la existencia de este delito, sustraccion de una cosa cualquiera, fraude, y cosa ajena. Esplicaremos sucesivamente estos tres elementos. El primero es la sustraccion, *contrectatio*, porque el solo pensamiento ni los preparativos no bastan: *sola cogitatio furti faciendi non facit furem* (2). Se necesita además, que el ajente ponga la mano en la cosa que desea, que se apodere de ella y se la lleve. *Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* (3). Esta última condicion no era esplicita en el derecho romano. Las Institutas, dicen: *furtum ab auferendo* (4). Pero el sentido no debia ser tan absoluto, puesto que habia hurto en el hecho de desviar de su destino una cosa prestada ó depositada. Tal es tambien la distincion de las Institutas. *Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causâ rem aliquam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrecta* (5). Los intérpretes sentaban pues como principio, que el solo apoderamiento de la cosa, sin necesidad de removerla, bastaba

(1) L. 1, tit. 14, P. 7. « Furto haze todo ome, dice otra ley, que toma la cosa ajena non lo sabiendo su dueño, ó contra su voluntad » [L. 28, tit. 6, P. 1].

(2) L. 1, § 1, D. de furtis.

(3) L. 52, § 19, D. de furtis.

(4) Instit. § 2, de Oblig. quæ ex del. nascuntur.

(5) Inst. eod. loc. § 6.

para consumar el delito: *ad furti crimen contrahendum non esse necesse ut res auferatur, sufficere eam dolo malo contrahentari* (1).

**409.** Las Partidas han recogido esta misma regla. Todas sus leyes, cuando definen el hurto, dicen *tomar*. La condicion de llevar la cosa y esconderla, solo sirve para distinguir el hurto manifesto del no manifesto (2). Pero debemos reconocer que el hurto en rigor no puede considerarse consumado sinó por la remocion (3). Hasta este último acto, el delito no es mas que un proyecto de que el agente puede desistir. El poner la mano sobre el objeto, no es mas que un signo incierto de la voluntad. La duda solo cesa cuando se lleva la cosa; porque recién entónces el delito está consumado (4).

**410.** De estos principios nacen varias consecuencias. La primera es que el hurto no puede recaer sinó sobre las cosas muebles. Las Institutas al enunciar esta regla, muestran que ella no fué siempre observada. *Abolita est quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri* (5). Pero la ley es terminante: *fundi furti agi non posse* (6). La segunda es que tampoco puede tener por objeto una cosa incorporal, un derecho. Desde que la contractacion es un acto fisico, no puede ejercerse sobre una cosa inmateral. Las cosas incorporeales ni pueden entregarse ni poseerse (7). La tercera es que no todo fraude para apoderarse de las co-

(1) Mathæus, ad Dig. de furtis, n. 2.

(2) L. 2, tit. 14, P. 7.

(3) *Contractare est loco moerre*.

(4) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 26.

(5) Lib. 2, tit. 6, de usucap, § 7.

(6) L. 25, D. de furtis. La glosa formula mas claramente la máxima, *furtum non committitur in rebus immobilibus*. La ocupacion de un bien real se llama *usurpacion*. « Como que los almogaraves entran e furtan castillos e villas, pero non es propriamente furto » [L. 1, tit. 14, P. 7]. V. tambien L. 10, tit. 5, lib. 8, R. C.

(7) L. 43, § 1, D. de acquir rerum dominio. *Res incorporeales nec trahi nec possideri possunt, via contractari nec auferri*.





sas ajenas constituye el hurto, sinó la sustraccion única-mente. Un ejemplo de esto puede encontrarse en el hurto de uso ó posesion. La ley romana veia hurto, *furtum committit*, en el acreedor que sin el consentimiento del deudor aplica á su uso particular la cosa recibida en prenda, en el depositario que se sirve del depósito, y en el comodatario que destina á otros usos la cosa prestada con un solo fin (1). Las Partidas repiten esto mismo (2). Pero esta acriminacion ha caido en desuso, y no puede negarse que es impropia. El hurto no puede cometerse sinó por la sustraccion de la cosa. Ahora bien, el uso abusivo de una cosa depositada ó prestada supone una posesion anterior y regular. Esta posesion rechaza virtualmente la idea de sustraccion. El depositario y prestamista son responsables, porque violan la ley del contrato. Pero no son culpables de hurto, aunque la cosa se perdiese por el uso indebido (3). Sin embargo, en materia de depósito, es preciso distinguir, si la cosa ha sido confiada, ó depositada conservando la llave. En el primer caso, no hay hurto, porque el acusado podia disponer de ella. Pero en el segundo, los objetos han continuado en la posesion del propietario. El que usase de ellos, pues, cometeria verdadero hurto (4).

444. ¿Deberá tambien considerarse hurto la accion del que se encuentra un objeto ajeno, y lo retiene fraudulentamente? Para resolver esta cuestion es preciso hacer dos hipótesis. O la intencion fraudulenta se manifiesta desde el primer momento de la posesion, ó nace despues. En la primera, la opinion jeneral es que hay hurto. La ley romana lo decidia formalmente; *qui alienum quid jacens. lucri faciendi causa, sustulit, furti obstringitur* (5). Los autores si-

(1) Instit. de oblig. quæ ex del. nasc. § 6.

(2) L. 3, tit. 14, P. 7, « fueras ende si lo faze cuidando que non pesará al señor de ella, ó si fuese fallado en verdad que non lo pesará. »

(3) Chauvcau Adolphe, t. 5, p. 29.

(4) Chauvcau, iug. cit. p. 30.

(5) L. 43, § 4, D. de furtis.

guen esta decision, y la jurisprudencia se ha conformado con ella (1), lo mismo que nuestras leyes. Asi, segun el F. Real, el que se encuentra la cosa debe *pregonarla*. De lo contrario, es tenido por ladrón, como él que oye el pregon y no manifiesta la cosa (2). Segun las Recopiladas el que se encuentre cosas cuyo dueño se ignora, debe manifestarlas al subdelegado dé bienes mostremos para que se pregonen por catorce meses (3). La sustraccion existe en efecto cualquiera que sea el lugar en que se cometa, y sea que el agente conozca ó no la persona á quien pertenece la cosa (4). La intencion del agente es mas' difícil de determinar, pero el hecho material reúne los elementos del hurto (5).

419. En la segunda hipótesis, la ley romana parece no reconocer hurto, si *jacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei cujus fuit, non tenetur furti* (6). La ley no prevee en verdad el caso de un cambio ulterior de voluntad. ¿Este cambio reemplazaria la contractacion constitutiva del hurto? La antigua jurisprudencia parecia admitir esta asimilacion. Pero es evidente que un caso difiere enteramente del otro. La cosa ha sido recojida con el pensamiento de restituirla. En el momento de la sustraccion no ha habido pues fraude, ni de consiguiente hurto. La idea de apropiarse la cosa ha nacido despues, pero la sustraccion no era posible, puesto que ya era poseedor. El hecho por el cual

(1) Farin, q. 168, n. 63.

(2) L. 2, tit. 13, lib. 4, F. Real.

(3) LL. 6, 7 y 8, tit. 13, lib. 6, R. C. Sobre los ropavejeros que compran ropa vieja, v. L. 16, tit. 12, lib. 5, R. C.

(4) *Nihil ad furtum minuendum*, agregaba la ley romana, *facit quod cuius sit ignoret*, y la Glosa agrega, *sed sufficit sciat rem esse alterius*.

(5) Moralmente hablando, sin embargo, el hecho no es el mismo, porque al que toma la cosa que encuentra no ha preparado el delito, y ha podido hacerlo persuadido de que el propietario ha abandonado su cosa [V. á Charréau Adolphe, t. 5, p. 33.]

(6) L. 43, § 5. D. de furtis. Farin, dice tambien. *Furtum non tenetur qui rem in viâ accepit animo restituendi eam domino quandocunque apparuerit*. [q. 168, n. 64.]





habia comenzado la posesion estaba consumado, y no puede recibir un carácter nuevo de un hecho posterior. Si el hecho no era una sustraccion cuando se cometió, no puede serlo por la sola circunstancia de haber su autor tenido posteriormente el pensamiento de la sustraccion. Esa idea no es mas que un fraude aislado de todo hecho material. La casualidad hizo al agente depositario. Si despues infrinje este contrato, comete una violacion del depósito, pero no un hurto (1). Esto sin embargo resuelve solo la cuestion de derecho, pero no la de hecho. ¿Cómo averiguar si la intencion de apoderarse de la cosa ha nacido en el mismo acto ó despues? Para evitar esta dificultad hay que considerar la moralidad de la sustraccion en relacion con los hechos que siguen. Asi, cuando el que encuentra la cosa conoce el dueño y guarda silencio, ó niega haberla encontrado, y trata de venderla en secreto, la intencion de apropiarse la cosa es clara, y dolosa de consiguiente la sustraccion (2).

413. Del principio que la sustraccion es el acto material que consuma el hurto, nace otra consecuencia. Esta es, que cuando el acto está consumado, el arrepentimiento del culpable y restitution inmediata de la cosa, no harian desaparecer el carácter criminal del hurto. *Tametsi mutato consilio*, decia la ley romana, *id postea domino reddidit, fur est* (3). La reparacion del perjuicio causado solo estingue la accion civil. La accion pública que tiene por objeto la reparacion del delito moral se ejerce independientemente del daño material. El arrepentimiento puede atenuar la culpabilidad, pero no borrarla. Debemos agregar, sin embargo, que si la restitution precede á la accion, y su única causa es el arrepentimiento, el ejercicio de la accion pública seria demasiado rigorosa. La sociedad tiene bastante garantia con la reparacion espontánea del culpable (4).

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 34.

(2) Chauveau, lug. cit. p. 37.

(3) L. 65, D. de furtis. Contrá, Pauli Sent. lib. 2, tit. 4, n. 34.

(4) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 39. Suprá, n. 30 y L. 2, tit. 34, P. 7.



444. El segundo elemento del hurto es la intencion criminal, *consilium fraudis*. *Furtum sine affectu furandi non committitur*, decia la ley romana (1). La definicion misma consagra el principio, *contractatio fraudulosa*, y nuestras leyes no hacen mas que traducir cuando dicen que el hurto es una «mal fe tria encubierta con intencion de ganar» (2). Así, no habria delito aunque hubiese sustraccion, si esta no es acompañada de fraude: *cum facto enim etiam animus furis furtum exigit* (3). Así tambien, el que toma una cosa que cree pertenecerle, no comete hurto (4). Su accion es el resultado de un error, no de un fraude (5). Así en fin, no lo comete él que toma una cosa que no es suya, pero creyendo que tendrá el asentimiento del dueño. *Quid enim dolo facit*, dice Ulpiano, *qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere, putet?* (6). Entre nosotros es expresa una ley de Partida (7). ¿Pero deberá estenderse la regla al acreedor que tome por fuerza las mercaderías ó el dinero de su deudor? El derecho romano castigaba las violencias con la pérdida del objeto arrebatado, pero no veia en este hecho un hurto: *Qui imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat, etiam per vim rem auferre a possessoribus, absolvi debet: cui sci licet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit* (8). Nuestras leyes repiten la disposicion (9); pero segun ellas, las violencias mismas cesan, si se estipula así (10).

(1) Inst. § 7 de oblig. quæ ex del. nascuntur y L. 77, D. de furtis.

(2) L. 1, tit. 14, P. 7, «porque en tomándola non oyo voluntad de furtar.»

(3) L. 41, § 1, D. ad leg. Aq.

(4) Arg. L. 1, tit. 14, P. 7, ibi «cuidando» y G. Lop. gl. 4, in principio.

(5) *Qui aliquo errore ductus rem suam esse existimans rapuerit, absolvi debet*, decia la Inst. § 1, de vi bon. rapt.

(6) LL. 46, § 7 y 76, D. de furtis.

(7) L. 1, tit. 14, P. 7.

(8) Instit. de vi bon. rapt. § 1. La L. 2, § 18, D. de vi bon. rapt. dice tambien, *ei quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur*.

(9) LL. 14, tit. 14, P. 5, 14, tit. 10, P. 7, y 7, tit. 12, lib. 8, R. C.

(10) LL. 14, tit. 14, P. 5 y 11, tit. 13, P. 5.



**415.** ¿Cuál es pues el carácter del fraude? es necesario que el agente haya tenido la intencion de apropiarse la cosa, ó basta que se haya propuesto despojar á otro de ella? La definicion romana exijia el ánimo de lucrar, ocupándose menos del hecho que de su causa impulsiva (1). Así, los que sustraian no por lucro, sino por hacer daño, ó por injuria no tenían pena de hurto. *Unde eos qui tantum injuria seu contumelia inferendæ, vel damni dandi causa, non ut ipsi lucrentur, alienas res auferunt, a furti vitio excusati sunt* (2). Sin embargo, no era necesario que el hurto aprovecharse al agente mismo. Bastaba que fuese á un tercero. *El is furti tenetur, qui ideo rem amovet ut eam alii donec* (3). Pero nuestras leyes no han reproducido esta restriccion. Siempre pues que la remocion ha tenido lugar fraudulentamente hay hurto, ya sea el objeto apropiarse la cosa, ya despojar al dueño. Así cometeria hurto él que quitase á otro sus riquezas para tirarlas al rio (4). Se cometeria tambien, aun cuando la sustraccion tuviese por fin una limosna (5). Lo que se necesita en todos los casos es que el propietario sea despojado. El pensamiento solo de dañar, seria insuficiente. *Qui furandi animo, conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, injuriarum potest* (6).

**416.** Ni la sustraccion y el fraude bastan para constituir delito. El tercer elemento del hurto es que la cosa sea ajena. El que sustrae la propia cosa no comete hurto (7), porque el hurto es un delito contra la propiedad (8). La

(1) L. 39, D. de furtis. *Nec enim factum quæritur sed causa faciendi.*

(2) Voet ad Pand. tit. de furtis, n. 3.

(3) L. 54, § 1, D. de furtis. Farin, q. 168, n. 21 y 22.

(4) *Etiã si fiat non animo lucri faciendi sed rem ipsam projiciendi in flumen* (Covarrub, p. 2, c. peccatum, § 1, n. 1.)

(5) Gl. in lib. 54, § 1, D. de furtis.

(6) Can. 26 de conserv. dist. 5.

(7) Pauli, Sent. lib. 3, tit. 31, n. 21. *Rei nostra furtum facere non potest.*

(8) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 48.

ley romana no aplicaba ésta regla sinó con ciertas restricciones; pues acriminaba no solo el hurto de la cosa, sinó el uso ó la posesion; *furtum vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve*. De aquí resultaba que cuando el propietario habia enajenado el uso ó la posesion podia ser perseguido por hurto, si sustraia la cosa. Tal era el caso del deudor que sustraia á su acreedor la cosa dada en prenda.

*Aliquando suæ rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit* (1). Nuestras leyes repiten lo mismo « bien ge la podria demandar como de furto » si bien hacen distincion en la pena (2).

417. De esta regla nacen varios corolarios. El primero es que no puede haber hurto de cosas que no reconocen dueño. Estas cosas pueden no haber pertenecido á nadie, *res nullius* (3); estar abandonadas, *pro derelictis habitæ* (4), ó haberlas perdido su dueño, *bienes mostrencos* (5). El derecho romano con algunas restricciones atribuia la propiedad de estas cosas al primer ocupante ó inventor (6). Una distincion no obstante debe hacerse respecto de las dos especies últimas. Ellas no daban lugar á una accion de hurto, cuando el inventor se habia asegurado que el dueño no se presentaba, cuando solo las retenia despues de resultar infructuosas sus investigaciones (7); y si la cosa estaba abandonada en efecto por su dueño, la intencion misma de hurtar no hacia que hubiese hurto, *etiam si ego furandi animum habuero* (8). Pero si la cosa habia sido recojida con intencion de apropiársela, y tenia un dueño aunque desconoci-

(1) Instit. § 10 y 14, de oblig. quæ ex del. nasc.

(2) L. 9, tit. 14, P. 7. La pena es restitution, ó pago del crédito, y una multa arbitraria.

(3) L. 5, tit. 28, P. 3.

(4) L. 49, tit. 28, P. 3.

(5) Alvares, Inst. n. 373.

(6) Instit. § 4, de divis. rerum.

(7) *Qui pro derelicta rem jacentem occupat, furtum non committit* [Pauli Sent. lib. 3, tit. 1, § 27].

(8) L. 43, § 4, D. de furtis.

do, el delito no es dudoso (1). Tal es al menos la decision de Ulpiano, segun vimos antes (2).

418. El derecho parcial del acusado en la cosa sustraída no hace desaparecer el hurto; porque apoderándose de una cosa que no le pertenece sinó en parte, comete necesariamente hurto de esa parte que no es suya (3). Pero la cuestion es mas difícil en el caso de condómino, sea á título de coheredero, ó de socio. Por el derecho romano, el coheredero que sustraía los efectos de una sucesion no cometía hurto. *Rei hæreditariæ furtum non fit* (4). Solo habia contra él la accion llamada *expilatæ hæreditatis* que Ulpiano explica en estos términos: *scilicet ante aditam hereditatem vel post aditam, antequam res ab hærede possessæ sint* (5). En cuanto á la mujer que habia sustraído algunos efectos de la sucesion de su marido, no podia ser objeto de la accion *furti*, ni de la accion *expilatæ hæreditatis*: *quia nec furti cum ea agitur* (6), sinó de la accion *rerum amotarum*. Nuestras leyes no ven tampoco hurto, cuando los bienes « fincan como desamparados ... e acaesce que algunos los toman ó esconden maliciosamente »; sinó delito *sui generis*. « Así continuan « E como quier que les non pueden demandar por razón de furto, porque los bienes en aquella sazón estaban desamparados, e non avian señor, con todo esso faria maldad, quien quier que maliciosamente tomase algo de ellos, pues que sabe ciertamente que él no ha derecho ninguno de los tomar, e tal delito como este dicen en latin crimen: *expilatæ hæreditatis* ». La pena es tornar la cosa con los frutos, y destierro por tiempo cierto, ú otra al albedrio del juez

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 52.

(2) N. 411. Sobre los cálices y otros ornamentos de iglesia, está mandado que los retengan aquellos á quienes se ofrecen en venta, ó empeño, so pena de encubridor de hurto [L. 7, tít. 1, lib. 2, R. C.]

(3) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 54.

(4) L. 6, D. exp. hæreditatis.

(5) L. 2, § 1, D. eod. tít. Otra ley sin embargo dice *expilatores qui sunt atrociores furtes* [L. 1, D. de effractoribus.]

(6) L. 5, D. eod. tít.

segun la calidad de las personas (1). Pero si es coheredero de línea derecha, se entiende, dicen, que acepta la herencia sin beneficio de inventario «y deve pechar doblado quanto encubrió á furto» (2). Este privilegio, dice Merlin, esta fundado en la especie de derecho que tienen sobre las cosas mismas sustraídas, que permite presumir en cierto modo que la sustraccion no la hacen con intencion de hurtar (3).

**419.** Respecto de los socios el testo de Ulpiano es formal. La ley romana no estiende á ellos el favor de los herederos: *Si socius communis rei furtum fecerit, in dubitate dicendum est furti actionem competere* (4). Solo establecia una presuncion en su favor, sacada de su derecho parcial á la cosa sustraída: *sane plerumque credendum est eum qui partis dominus est jure potius suo uti quam furtum consilium inire* (5). «Non deve ome sospechar, dice tambien nuestro derecho, que ninguno quisiese furtar nada de aquellas cosas, en que ha su parte. E por ende decimos que lo que de esta guisa tomase, non gelo pueden demandar en manera de furto. Fuera de si pareciesen señales tan ciertas contra el por que oviesen de creer, que lo habia tomado con voluntad de lo furtar» (6).

**420.** La sustraccion de la cosa ajena deja tambien de ser un elemento del hurto en dos casos mas: 1º cuando el dueño mismo consiente en que tomen su cosa: 2º cuando el autor del hurto es el esposo, ascendiente ó descendiente de la persona en cuyo perjuicio se comete.

**421.** Si la cosa se ha tomado con el consentimiento del dueño, es evidente que no puede haber hurto (7). Este con-

(1) L. 21, tít. 14, P. 7. Otra ley sin embargo dice que pueden ser demandados «como en manera de furto» [L. 12, tít. 6, P. 6.]

(2) LL. 9, y 12, tít. 6, P. 6.

(3) Merlin Rep. vol. sect. 2, § 4, art. 2.

(4) L. 45, de furtis y L. 51, D. pro socio.

(5) L. 51, D. pro socio.

(6) L. 17, tít. 10, P. 5.

(7) *Furtum fit cum quis alienam rem invito domino amoveat* [Inst. lib. 4, de oblig. quæ ex del. nascuntur, § 6.]

sentimiento en efecto cuando es conocido del agente, aleja todo pensamiento de fraude, *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (1). Así todos los autores han enseñado constantemente que una de las condiciones esenciales del hurto es que se cometa contra la voluntad del propietario, «sin placer de su señor» como dicen las Partidas (2). Así también cuando esta voluntad existe aunque haya sido determinada por maniobras fraudulentas, ó por un abuso de confianza, puede haber estafa, pero no hurto. Sin embargo, es preciso distinguir dos casos. El dueño puede dar su consentimiento sin saberlo el autor del hurto; este puede tomar la cosa creyendo, aunque erradamente, que el dueño consentirá (3). En la segunda hipótesis hemos visto ya que solo hay error (4). En la primera los antiguos jurisconsultos respondían afirmativamente (5). La Instituta en efecto hablando del abuso que uno hace de la cosa prestada, parece decirlo así: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volentem id fiat, dicitur furtum non fieri* (6). Pero este texto no preveía mas que una especie, el abuso del que toma la cosa prestada cuando él que la presta consiente en que se use de ella. En tésis general las leyes no reconocían en esta adhesión secreta del dueño la facultad de borrar el delito. *Si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit? Et ait Pomponius furtum me facere* (7). Estas mismas decisiones, se encuentran en nuestras leyes, que distinguen el caso del comodatario del depositario (8).

**422.** La excepción del esposo, ascendiente ó descendien-

(1) L. 145, D. de reg. jur. v. Farin, q. 174, n. 137.

(2) L. 1, tit. 14, P. 7.

(3) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 62.

(4) N. 414, *Is solus fur est qui adtreclavit quod invito domino se facere scivit* [L. 46, § 7, D. de furtis.]

(5) Farin, q. 178, n. 138.

(6) Inst. de oblig. quom ex del. nasc. § 8.

(7) L. 46, § 8, D. de furtis.

(8) L. 3, tit. 14, P. 7, Chauveau, t. 5, p. 63.

te estaba consagrada espresamente en el derecho romano (1). La razon la dà otra ley del Código hablando de la mujer, *propter matrimonii pudorem* (2). Nuestras leyes no han hecho sinó repetir, como siempre, estas disposiciones. Si el que fize el furto, dicen, era el hijo ó el nieto, non gelo pueden demandar como à ladrón. Eso mismo decimos de lo que tomase la mujer al marido. Mas bien puede el padre, ó el abuelo ó el marido, castigarlo en buena manera, por que de alli adelante se guarde de non fazer tal yerro » (3). ¿Pero deberá considerarse este hecho como un hurto de que el lejislador ha suprimido la pena, ó como un hecho que carece de los elementos del delito? La ley que priva de la accion de hurto se funda no solo en el temor de divulgar los secretos de familia, sinó en la especie de condominio que estas personas tienen sobre los mismos bienes. Por esto decia otra ley hablando del hijo, que el padre no podia acusarlo de hurto, *non juris constitutio sed natura rei impedimento est* (4). En rigor, pues, no hay materia de pena, porque no hay verdadero delito (5). Pero esta consecuencia no puede admitirse entre nosotros, desde que la misma ley castiga el hecho en los cómplices (6).

**423.** El hurto se divide en simple ó calificado. Simple, se llama el que se hace ocultamente sin ninguna circunstancia agravante. Calificado, el que va acompañado de esta (7). Son diversas las circunstancias que constituyen esta calificacion. Algunas son relativas à las personas, otras à

(1) *Furtum quidem illis faciunt sed furti actio non nascitur, quia nec alia causa potest inter eos actio nasci* [Inst. loc. cit. § 12.] V. tambien l<sup>as</sup> 16 y 17, D. de furtis y L. 1, D. de act. rer. amot.

(2) L. 22, C. de furtis.

(3) L. 4, tit. 14, P. 7. G. Lopez, exceptua el hurto grande como es los domésticos (gl. 6, à la 17, tit. 14, P. 7.)

(4) L. 16, D. de furtis. « *Quia vivo quoque parente, dice tambien un autor, domini existimantur et participes parentum* [Mathæus, de crim. tit. de furtis n. 12].

(5) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 67.

(6) L. 4, tit. 14, P. 7. « E como quier . . . » v. tambien el n. 58.

(7) Tapia, t. 7, p. 265, ed. 1846.





tiempo en que se comete el hurto, otras al lugar de la perpetración, y otras á la manera de ejecutarlo. De la primera clase son los hurtos cometidos por los domésticos y dependientes, por los fonderos, taberneros, navieros y acarreadores. De la segunda, los que se cometen de noche. De la tercera, los que tienen lugar en las iglesias, en el campo y en los caminos públicos. De la cuarta, cuando son varias las personas, si se hace con efracción, escalamiento, llaves falsas, armas, amenazas ó violencias. Sin embargo de haber hablado ya de estas diferentes circunstancias, al ocuparnos de la agravación en general (1), las recorreremos separadamente, por su importancia en lo relativo al hurto.

424. La ley romana no castigaba el hurto de los domésticos, *servi ut filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur* (2). Esta misma regla se aplicaba al caso de los hurtos cometidos por libertos ó sirvientes á sueldo (3). La razón de semejante excepción era la organización doméstica de los Romanos, en que cada familia formaba una verdadera asociación de personas y cosas, bajo la autoridad y dirección del padre de familia (4). Pero esta excepción debía desaparecer naturalmente con las antiguas costumbres. Así, el hurto doméstico se ha castigado después con mayor pena, por la traición que envolvía. *Domestica furti quod attinet*, dice Voet, hablando del país en que escribía, *quæ per famulos aliosve mercenarios committuntur, meritis hodiernis propter cavendi difficultatem severius in eorum auctore animadverti solet, si majoris momenti sint, ut ita supplicii gravitate magis absterentur, qui pronio-*

(1) N. 155, y siguientes.

(2) L. 11, D. de furtis.

(3) L. 89, D. de furtis. A estas leyes debe agregarse la L. 11, § 1, D. de penis. *Furti domestica, si viliora sunt, publice vindicanda non sunt. Nec admittenda est hujus modi accusatio, cum servus a domino, vel libertus a patrono, in cujus domo moratur, vel mercenarius ab eo, cui operas suas loca verat, servi dominis, vel liberti patronis vel mercenarii, apud quos deijunt, subripiunt.*

(4) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 88.

*rum furandi occasionem habent* (1), Julio Claro, había hecho antes la misma observación: *Tales fures debent furci suspendi tanquam grassatores seu famosi fures* (2). Tal es también la decisión de nuestras leyes, que solo imponen la pena cuando el hurto doméstico es « grande ó de cosa que valiese mucho » (3), *nisi multis vicibus domesticus furatur etiam res viles* (4).

**425.** Pero aquí se presenta la dificultad de saber quienes se comprenden en la palabra domésticos. Farinacio entendió esta calificación á todos los inferiores del dueño de casa, que habitan en ella. *Non solum iis quibus imperare possumus ratione patriæ del dominicæ potestatis, sed illis qui insimul habitant en eadem domo, dummodo habitent continuo et sint cum aliqua inferioritate et superioritate respective* (5). « Otro si son llamados domésticos, dice una ley de Partida, tales como estos, el señor de la familia, e su muger, e todos los que viven so el, sobre quien ha mandamiento, así como los fijos, e los sirvientes e los otros criados... e demas, los labradores que labran sus heredades, e los aforrados » (6). Según G. Lopez todo esto se entiende de *mercenario qui stat in domo* (7), aunque otra vez dice que *familiares et domestici idem sunt* (8). Pero esta latitud dada á la palabra doméstico no es mas que un reflejo del sentido que la ley romana daba á la palabra *domus*. Hoy sería imposible admitirla. En la palabra domésticos ya no se comprenden mas que los sirvientes á sueldo, no los dependientes ni demás empleados (9).

**426.** Los fonderos y navieros eran responsables por la ley

(1) Voet ad Pand. tit. de furtis, § 19.

(2) J. Clarus, § furtum, n. 22.

(3) L. 17, tit. 14, P. 7. V. el n. 436.

(4) G. Lopez, gl. 4.

(5) Farin, q. 55, n.

(6) L. 6, tit. 33, P. 7.

(7) Gl. 3, á la L. 17, tit. 14, P. 7.

(8) Gl. 6, á la L. 6, tit. 33, P. 7.

(9) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 95.





romana, como depositarios de los efectos que el viajero trae á su casa ó nave (1). Tal es también la decisión de nuestras leyes (2). La razón que da la ley romana es porque este depósito se considera necesario *quia necesse est*, dice Ulpiano, *plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere* » (3). De ahí viene que respondían *etiam de levissima culpa*. Nuestras leyes distinguen si las cosas se reciben por precio ó por amor. En el primer caso responden de todo daño, por negligencia, engaño ú otra culpa; sean ellos los que hurtan las cosas ó los que viven con ellos, con tal que las cosas se introduzcan con su *sabiduría*. En el segundo, pueden defenderse de esta responsabilidad si antes previenen que guarden bien sus cosas, si proporcionan arca en que guardarlas y dan la llave, ó si las cosas se pierden por ocasión, como fuego, inundación etc. (4). Esta responsabilidad es la misma, sea que el fondero habite el hotel, ó lo tenga bajo dependientes; sea que la persona robada esté hospedada en él, ó haya entrado un momento á descansar (5). Por el derecho romano, el fondero no respondía sino del hurto cometido por los que vivían con él. *Viatorum autem factum non præstat* (6). Pero no puede aplicarse la misma distinción á este caso, que es diferente por otra parte. Cualquiera que sea el tiempo que el viajero pase en el hotel, aunque no se detenga más que un instante, *qui hospicio repentino recipitur* debe gozar de las mismas seguridades del que habita permanentemente (7).

427. Hemos dicho que la razón de esta responsabilidad era considerarse el depósito como necesario. Para que ella

(1) L. 1, D. *nautæ*, *caupones*, *stabularii*.

(2) LL. 26, tit. 8, P. 5, y 7, tit. 14, P. 7.

(3) L. 1, D. *nautæ*, *caupones* etc.

(4) L. 26, tit. 8, P. 5. La 7, tit. 14, P. 7, da la razón por lo que hace á los sirvientes, « porque él es en culpa, dice, teniendo omes mal fechores en su casa. »

(5) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 121.

(6) L. un. D. *furti ad v. nautas* y L. 6, § 3, D. *nautæ*, *caupones*.

(7) Chauveau, t. 5, p. 122.

nazca, pues, no es necesario confiar al fondero los efectos. La ley romana decia: *Et puto omnium eum recipere custodiam quæ in nave illatæ sunt; et factum non solum præstare debere sed et vectorum* (1). Y la ley siguiente agrega: *sicut et caupo viætorum* (2). Ellas distinguian, sin embargo, el hecho de los estraños del hecho de los dependientes. En el primer caso, solo acordaban contra el fondero una indemnizacion *ex recepto in simplum*. En el segundo, la accion de hurto *in duplum*. Las mismas disposiciones han pasado á nuestras leyes (3).

**428.** Mas que ningun otro delito el tiempo puede modificar el hurto. *Inter circumstantias prædictas*, dice Farinacio, *maxime attenditur tempus commissi furti*. La noche en efecto presta facilidades mas grandes, y quita á la victima muchos medios de defensa. La premeditacion es tambien mayor, las pruebas mas dificiles. De noche, en fin, son de temer las violencias y aun el homicidio (4). Por eso, siempre se ha castigado el hurto cometido de noche con penas mayores. *Fur enim diurnus minus punitur quam nocturnus* (5). Pero en otro lugar hemos visto ya que es lo que se entiende por noche (6). Hemos visto tambien que derechos mayores da esta circunstancia en la defensa de la propiedad (7). Nada mas tenemos que agregar aqui.

**429.** El hurto de bestias, con el nombre de *abigeato* (8), constituia en el derecho romano una acriminacion particular. Llamábase así todo hurto de animales cometido en el

(1) L. 1, § 8, D. nautæ &c.

(2) L. 2, D. eod. tit.

(3) L. 7, tit. 14, P. 7. Pero esta ley, para responsabilizar por el hecho del estraño, parece exigir depósito verdadero.

(4) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 133.

(5) Farin, q. 165, n. 15.

(6) N. 155.

(7) N. 75.

(8) De abigere, esto es, ante se agere, arrenar las bestias para que caminen [Escricho, abigeo.]

campo ó en los establos, *ex pascuis vel ex armentis* (1). Pero el delito era menos grave segun el valor del animal (2). El hurto de un solo buey ó caballo, *majora animalia*, bastaba para la existencia del delito, mientras que se necesitaban cuatro puercos por lo menos ó diez ovejas (3). Cuando la sustraccion no reunia estas condiciones de lugar y de número, no era abigeato, sinó hurto simple. *Non est abigeus sed fur potius*. Las penas eran la relegacion ó las minas, segun la condicion de los culpables: solo en el caso de armas se aplicaba la pena de muerte (4).

**430.** Nuestras leyes han repetido todas estas disposiciones (5). Segun ellas, debe aplicarse la pena de muerte « si el delincuente fuese ome que lo haya usado de fazer » (6) ó si lo que hurta forma grey (7). En los demás casos, la pena es « algun tiempo á labrar en las labores del rey » (8). Una disposicion patria ha mandado tambien que en estas causas se abrevien por horas los procedimientos (9). Otra, llama grey « seis cabezas de ganado de cualquier especie », da el conocimiento á los Jueces de Paz con dos vecinos, é impone por toda pena la restitution de los ganados ó su estimacion, y cincuenta azotes ó seis meses de presidio, que se ejecutará, dice, sin apelacion (10). Pero si en el progreso

(1) L. 1, § 1, D. de abigeis.

(2) L. 1, § 2, eod. tit. Y tambien segun la repeticion del hecho, *et abigendi studium quasi artem exercent*.

(3) L. 3, eod. tit.

(4) L. 1, § 3, eod. tit.

(5) L. 19, tit. 14, P. 7.

(6) G. Lopez dice que esta costumbre se prueba por tres actos á lo menos [gl. 1, l. 19, cit.]

(7) Es de notar que esta ley dice cinco puercos, y no cuatro como el derecho romano, y que no habla de bueyes « *sed videtur idem quod in equis* », dice G. Lopez, gl. 7.

(8) L. 19, tit. 14, P. 7. Por el F. Juzgo, v. la LL. 11 y 23, tit. 2, lib. 7. Véase tambien la L. 10, tit. 13, lib. 1, F. Real, sobre las señales de los ganados.

(9) Acordada de 3 de Julio de 1823.

(10) Decr. de Enero 19 de 1825.

del juicio resulta que el hurto es de mayor número de ganados, conocen los Tribunales, y la pena puede ser mayor (1). La pena sin embargo, nunca pasaria en la práctica de presidio ó trabajos públicos (2).

**431.** La agravacion que resulta de cometer el hurto en una iglesia, la esplicamos ya hablando de los delitos religiosos, y nada tenemos tampoco que agregar (3).

**432.** Cuando el hurto se cometia en los caminos, la ley romana castigaba á los autores, *grassatores seu aggressores seu insidiatores viarum*, con las minas ó relegacion, y con la muerte si hacian uso de sus armas ó tenian por oficio esta clase de robos. *Grassatores qui prædæ causa id faciunt proximi latronibus habentur; et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si sæpius atque in itineribus admiserunt: cæteri in metallum damnatur, vel in insulas relegantur* (4). La razon de este rigor la da otra ley en estos términos: *Publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari* (5).

**433.** Esto mismo se lee desde nuestras leyes mas antiguas (6). Pero la pena era solo del cuatro tanto por una ley del Fuero Real (7). La muerte se reservaba, segun las leyes del Estilo «si fuese ladron conocido ó encontrado» (8). En este mismo caso «si fuese ladron conocido que manifestamente tuviese caminos», las Partidas los comparan á los corsarios, y señalan como aquellas la pena de muerte (9). Las Recopiladas se espresan así: «Los caminos caudales.... y los mercados y ferias deven ser guardados; por ende defendemos que persona alguna no sea osada de

(1) Decr. cit. de Enero 19 de 1825, art. 5.

(2) Tapia, t. 7, v. abigeato, ed. 1846.

(3) N. 156, 209 y 210.

(4) L. 28, § 15, D. de pœnis.

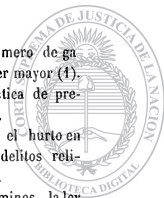
(5) L. 1, § 1, D. de his. qui effuderint.

(6) N. 156.

(7) L. 18, tit. 4, lib. 4, F. Real. V. tambien la L. 71 del Estilo.

(8) L. 72 del Estilo.

(9) Contra el ladron y cómplices [L. 18, tit. 14, P. 7.]



fazer en los dichos caminos fuerzas ni robos; y cualquier que las hiciere, allende las penas en que se deba proceder por derecho, caya é incurra en la pena de seis mil maravedis para nuestra cámara » (1).

**434.** Sobre las demás circunstancias del número de delinquentes ó de victimas, y manera de ejecutar el hurto con llave falsa, por efraccion ó escalamiento, tenemos dicho ya lo suficiente (2). Pasemos á tratar del hurto con fuerza ó violencia, de que nuestras leyes hablan separadamente con el nombre de robo (3).

**435.** El hurto acompañado de violencia ofrece á la vez un atentado contra la persona y contra la propiedad. «Manera de malfetria, dicen las Partidas, que cae entre furto y fuerza » (4). Despues distinguen tres clases de robo, el botin del enemigo, hurto en yermo ó en poblado « non aviendo razon derecha porque lo fazer »; y el hurto en los incendios y naufragios (5). En el robo, la pena pecuniaria es el triplo y anual la accion (6). En el hurto es el duplo ó cuádruplo, segun esplicaremos despues, y la accion perpétua (7). La pena corporal tambien puede en el robo llegar hasta la muerte; en el hurto no pasa de azotes ó ga-

(1) LL. 1, tit. 12 y 3, tit. 9, lib. 8, R. C.

(2) Del n. 157 al 161.

(3) Furto es lo que toman á escuso, dicen las Partidas, robo lo que toman paladinamente por fuerza [L. 2, tit. 18, P. 1]. Segun Sala á la definicion de robo que dá la L. 1, tit. 13, P. 7, le falta la palabra abiertamente [Ilust. lib. 2, tit. 22]. «En todo robo hay fuerza » [L. 72 del Estilo].

(4) Proem. tit. 13, P. 7. «*Rapina continet in se furtum, et raptor omnimodo furtum facit* » [Farin, q. 166, n. 31]. El robo se hace mas paladinamente que el hurto, dice otra ley [L. 7, tit. 28, P. 2].

(5) Leyes 1, 2 y 3, tit. 43, P. 7.

(6) LL. 3, tit. 13, y 18, tit. 14, P. 7. Esta accion puede intentarse por el que tiene la cosa en su poder á la sazón que se la roban. Puede tambien intentarse por los herederos y contra los herederos, pero sin la pena, excepto el caso de estar comenzado el pleito. Es juez competente de ella, en fin, el del lugar del robo, ó cualquiera otro donde hallen al robador ó la cosa robada [L. 3, tit. 13, P. 7].

(7) LL. 18 y 20, tit. 14, P. 7.



leras (1). Por las Recopiladas el robo es lo mismo que la fuerza, y lo constituyen el asalto de fortalezas, castillos ó caminos, la fractura, y la sustraccion violenta de rentas reales (2).

**436.** El robo se distingue pues en muchas circunstancias del hurto, pero estas diferencias no han tenido importancia á los ojos del lejislador español. La última disposicion confunde hurtos y robos en la misma pena (3). Antes se castigaba el hurto simple con vergüenza y seis ó diez años de galeras, que se agrebaban con 200 azotes en caso de reincidencia, ó presidio segun la persona (4). Por la pragmática de 1734 la pena es siempre muerte, teniendo el reo 17 años cumplidos, y lo mismo tiene robar á otro, «entrando en las casas, ó acometiéndolo en las calles y caminos, con armas ó sin ellas, y aunque no se siga herida ó muerte en la ejecucion del delito». Despues, se declaró todavía, «que todo hurto calificado ó no, de poca ó mucha monta», estaba sujeto á la pena de la pragmática (5): incurriendo en la misma de muerte todos los que diesen *auxilio cooperativo*, y los que acometiendo no lograsen el intento por algun accidente. La Pragmática solo es benigna con los receptadores y encubridores, con el reo menor de 17 años, pero mayor de 15, á quienes solo impone doscientos azotes y diez años de galeras (6).

**437.** Es cierto que otra ley manda suspender la prag-

(1) L. 18, tit. 14, P. 7.

(2) V. leyes 1, 3 y 8, tit. 12, lib. 8, l. tit. 8, lib. 9, 10, tit. 5, lib. 6 y 3, tit. 9, lib. 8, R. C.

(3) Pragm. de 23 de Febrero de 1734, que es el auto 19, tit. 11, lib. 8, R. C. dado con motivo de los hurtos y robos cometidos en la Corte ó cinco leguas en contorno.

(4) L. 18, tit. 14, P. 7 y leyes 7 y 9, tit. 11, lib. 8, R. C. Por el F. Real tenia mutilacion de oreja ó mano (Leyes 6 y 7, tit. 5, lib. 4, F. Real); V. tambien los tit. 1 y 2, lib. 7, F. Juzgo.

(5) Auto 21, tit. 11, lib. 8, R. C. La misma ley comprende los hurtos domésticos y manda concluir en 30 dias estas causas.

(6) La pragmática declara además, prueba bastante un testigo y dos indicios ó argumentos graves [Auto 19, tit. y lib. cit.]



mática en los « hurtos simples de corta cantidad sin violencia ó fuerza, sin escalamiento, herida ni fractura de puerta de casa, arca, cofre, papelería, escritorio ni otra cosa alguna cerrada, en que estuviese la cosa que se hurtase, ni que se abriese con llave falsa, ganzúa ú otro instrumento semejante », restableciendo los azotes y galeras, con la adición de la marca L. (1). Pero esta ley no ha sido recopilada en la Nueva. De consiguiente, no tiene para nosotros valor legal. En la práctica, sin embargo, la pena capital no se aplica ni á los salteadores, siendo por primera vez, y no habiendo muerte ú otra circunstancia agravante, sino que se les condena á presidio por mas ó menos tiempo, segun las circunstancias (2). Exceptuáse solamente, segun Tapia, el caso de resistencia con armas á la justicia ó tropa destinada á perseguirlos (3), y todos los hurtos de los militares (4).

**438.** Por conclusion de esta materia, réstanos hablar de las penas pecuniarias. Bajo de este concepto se divide el hurto en manifesto y no manifesto (5). Es manifesto, cuando se prende, encuentra ó vé al ladron con la cosa hurtada, en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquier otro, antes que la pueda esconder en aquel donde tenia determinado llevarla, bien fuese preso, hallado ó visto por el dueño ó por otra persona (6). Hurto no manifesto, es cuando no se toma ni se encuentra ó ve al ladron, pero se le prueba el hurto por indicios, testigos y otras pruebas (7).

(1) L. 6, tit. 14, lib. 12, Nov. Lec. Esta ley ordena en jeneral, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias. V. tambien la L. 17, tit. 14, P. 7, in fine.

(2) De acuerdo con L. 8, tit. 11, lib. 8, R. C. que permite la conmutacion « no siendo los delitos tan calificados y graves que convenga á la República no diferir la ejecucion de la justicia ».

(3) Tapia, t. 7, v. hurto, ed. 1846, fundado en la ley 10, tit. 10, lib. 12, Novis. Recop.

(4) Tit. 10, trat. 8, art. 4, 70, 71, 82, 88 y 89.

(5) Hoy diríamos *flagrante* y no *flagrante*.

(6) L. 2, tit. 14, P. 7. G. Lopez exige ademas de verlo, que se grite ó persiga, *interpellatus per clamorem*.

(7) L. 2, tit. y P. cit.

La pena pecuniaria del que comete hurto manifiesto, es volver al hurtado la cosa ó su estimacion, «maguer sea muerta ó perdida» y el cuádruplo (1). La del hurto no manifiesto, volver la cosa, ó su estimacion y el duplo (2). Antonio Gomez dice que solo está en uso volver la cosa y pagar los daños; pero acabamos de ver que una ley Recopilada habla todavía del triplo.

**439.** La cosa hurtada con sus *esquilmos*, y los daños ó estimacion en el mas alto precio, desde el dia del hurto hasta el de la demanda, puede además ser pedida por los herederos y á los herederos, háyase ó no puesto ó contestado la demanda por el principal; mientras que la pena solo puede pedirse en el segundo caso (3). Pagada tambien la cosa por uno, si son muchos los ladrones, no puede pedirse á los demás, mientras que la pena corporal es solidaria (4). La restitution de la cosa solo se dispensa, si lo hurtado es pilar, ladrillo ó cal, despues de empleado en alguna labor; pero entonces la estimacion se paga doblada (5). Las Partidas, en fin, otorgan esta accion civil, no solo al dueño, sinó al que tiene la cosa en prenda, excepto contra el dueño (6), al artífice que la tiene para trabajarla (7), al comodatario, depositario, usufructuario y legatario (8).

## CAPÍTULO II

### INCENDIO.

**440.** Este hecho que tiene por consecuencia inmediata

(1) Esta diferencia entre el hurto manifiesto y el hecho con violencia, dice Tapia, viene de que la pena corporal del segundo es mayor. Mas seguro es, que solo viene del derecho romano.

(2) L. 18, tit. 14, P. 7, in principio.

(3) Leyes 20, tit. 14 y 25, tit. 1, P. 7.

(4) L. 20, tit. 14, P. 7.

(5) L. 16, tit. 14, P. 7.

(6) L. 9, tit. 14, P. 7.

(7) L. 10, tit. y P. cit.

(8) Leyes 11, 12 y 13, tit. 1, P. cit.

la destruccion de la propiedad ajena, y que puede comprometer la vida, no se presenta en los pueblos antiguos como un delito distinto de caracteres especiales, sinó como accesorio del asesinato, heridas, violacion del domicilio etc., con cuyos delitos se ha confundido (1). Las leyes romanas tratan de él en particular, pero con muy pocos detalles, y se ocupan mas bien del hurto cometido durante el incendio, que del incendio mismo (2). Empezóse por distinguir si el fuego se habia puesto á sabiendas á una casa, ó monton de trigo inmediato en cuyo caso el culpable era azotado y quemado, *victus verberatus, igni necare jubetur*. Si por el contrario habia sido una inadvertencia debia reparar el daño, ó en su defecto sufrir un ligero castigo (3). Mas tarde se distinguió entre el incendio que tenia lugar en las ciudades ó en la campaña. En el primer caso, el culpable tenia pena de muerte, muchas veces sin agravacion. En el segundo, el incendiario se castigaba menos severamente, *aliquo lenius* (4); pero no se dice en qué consistia esta lenidad (5). Segun el jurisconsulto Paulo, estos mismos incendiarios tenian pena de muerte si lo hacian por maldad ó enemistad (6) Otras veces la calidad de la cosa incendiada era una causa de agravacion, como si se prendia fuego á las mieses de Africa ó viñas de Misia (7). Si el fuego, en fin, mal apagado, se comunicaba por imprudencia, solo se debian los daños; pero si se habia encendido con malicia, tenia minas, ó relegacion en una isla, segun la calidad de las personas (8).

(1) Boeresco, délits et peines, n. 74.

(2) L. 9, D. de incendio, ruina, naufragio, etc.

(3) L. 9, D. cit.

(4) L. 28, § 12, D. de pœnis. La ley hacia aquí una distincion aristocrática. Si el culpable era vil se entregaba á las bestias: los demas tenian muerte simple ó deportacion (L. 12 D. de incendio).

(5) Boeresco, *lug cit.*

(6) Sent. lib. 5, tit. 20, § 2.

(7) L. 16, § 9, D. de incendio.

(8) Paul, *lug. cit.* § 3 y 5.



**441.** En la edad media, el delito de incendio comenzó á considerarse menos como daño privado, que como atentado contra la paz pública (1). La ley canónica lo mira con tanto horror, que le niega el asilo (2). Según el F. Juzgo, el incendiario de casa, en ciudad ó fuera, tiene pena de fuego, y daños por el juramento del interesado (3). Pero el «de montes ó árboles» cien azotes y daños, estimados por hombres buenos (4). En caso de un incendio por imprudencia, los daños simplemente (5). Las Partidas autorizan al propietario á matar al incendiario que de noche le quema sus casas, campos, mieses ó árboles (6). Otra ley, supone que «ayuntándose varios por fazer fuerza, con armas» ponen fuego ó mandan ponerlo en casas ó mieses, y dice, «que si fuere ome de menor guisa, y fuese fallado de mientras que anduviese encendido el fuego sea echado en él. E si por ventura non fuese luego preso, quando quier que lo fallen despues, que lo quemén». Pero si es noble, destierro por siempre; con los daños que jure el perjudicado, en cualquiera de las dos hipótesis (7). Otra, castiga con la pena capital el incendio de vides ó parra «si el daño fuere grande ó desaguizado» (8). Las Recopiladas no hablan de incendios sino con motivo de las nuevas poblaciones de Sierra Morena. Suponen que el fin es quitar la vida á alguno, aunque no se consiga; y la pena es muerte y confiscacion (9). Según la

(1) Moisés solo miraba el daño [Exod. c. 22, v. 6]. Las Doce Tablas, ambas cosas [Morin. Rep. v. incendio].

(2) Con excomunión mayor [L. 2, tit. 9, P. 1].

(3) L. 1, tit. 2, lib. 8, F. Juzgo.

(4) L. 2, tit. 2, lib. 8, F. Juzgo.

(5) L. 3, tit. y lib. cit.

(6) L. 3, tit. 8, P. 7.

(7) L. 9, tit. 10, P. 7. Esta misma ley distingue el incendio por *accusatio* y por *culpa*. En el primer caso no hay pena ni se deben siquiera los daños. En el segundo, debe pagarse «todo el daño que hizo el fuego, que vino por su culpa non poniendo y la guarda que deviera poner, o acendiéndolo en tiempo ventoso».

(8) L. 28, tit. 15, P. 7.

(9) LL. 6, tit. 12 y 8, tit. 26, lib. 8, R. C.



ordenanza militar, el soldado incendiario es descuartizado en ciertos casos (1). La única regla jeneral es la que da el F. Real en estos términos « todo ome que á sabiendas quemase mieses ajenas, ó pan en eras, ó casas ó monte, que men á él por ello, e peche todo el daño que viniese por prueba ó por jura » (2).

**442.** La definicion de este delito es difícil á causa de sus caractéres de diferente naturaleza. El implica á veces un atentado contra la vida de las personas, pero este carácter no es esencial ni necesario. Implica además, un atentado contra las propiedades; este carácter es esencial; pero la definicion que solo hablase de él, seria deficiente. Para que esta sea buena debe abrazar sus dos caractéres. Diremos pues que es culpable de incendio el que pone maliciosamente fuego á la propiedad de otro ó á la suya propia, causando daño á las propiedades ajenas, ó peligro á la vida de un hombre (3).

**443.** El incendio exige pues intencion culpable. De otro modo por grande que sea el daño no habrá delito de incendio (4). Cuando el incendio no reúne estas condiciones se llama casual ó culpable. En el primer caso, no tiene pena, *res domino suo perit* (5), como tampoco cuando se derriba la casa intermedia, por temor de que se comunique el incendio (6). Es necesario además, que el hecho material exista en realidad, es decir, que estalle el fuego. De otro modo no habria mas que tentativa, que las leyes castigan en los hechos atroces como el delito mismo, pero que la jurisprudencia distingue ya. Es preciso, en fin, tomar en cuenta si son casas habitadas las que se incendian, si ha habido

(1) Ord. trat. 8, tit. 10, art. 80.

(2) L. 11, tit. 5, lib. 4, F. Real.

(3) Boerresco, délits et peines, p. 199.

(4) *Cum dolo et malitia*, dice el derecho canónico [C. Pessiman, 23, q. 8.]

(5) L. 9, tit. 1, y P. cit.

(6) L. 12, tit. 1, y P. cit. Si el derribo se verifica *autoritate legis*, dice G. Lopez.

peligro de muerte para alguna persona, ó daño grave para otras propiedades (1).

**444.** Concluiremos advirtiendo: 1º que en el arrendatario, el derecho romano presumia la culpa, respecto del dueño (2), y varios códigos modernos lo responsabilizan hasta por las de sus sirvientes (3). Entre nosotros, solo podriamos citar la ley que en el daño causado por cosas que se arrojan, responsabiliza á todos los habitantes de la casa, si no se sabe fijamente quien lo causó, ó es un simple huésped, á menos que él mismo sea el causante (4). 2º que por el mismo derecho el dueño de la casa derribada, para impedir que se comunique el fuego, no tenia accion á ser indemnizado por los vecinos (5); aunque lo mas justo seria aplicar á este caso los principios del derecho marítimo sobre *echazon* (6); 3º que si el incendio procede de vicios de construccion de los caños, el arquitecto está obligado á indemnizar el daño causado (7).

## CAPÍTULO III

### QUIEBRA.

**445.** Este delito es solo propio de comerciantes (8). Se

(1) Boeresco, p. 200 y siguientes.

(2) *Quia plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium* [L. 3, § 1, D. de off. præsidis].

(3) El derecho romano no cargaba al arrendatario esta responsabilidad, sino en el caso de que los domésticos fuesen de tal carácter que pudiera presumirse de ellos tales accidentes [Escrive, Diccionario, v. arrendamiento, § 3].

(4) L. 25, tit. 15, P. 7.

(5) L. 3, § 7. D. de incendio, ruina etc. Otra distingue si el derribo se ordena por el magistrado municipal, ó por los mismos vecinos [L. 7, § 4, D. quod vi aut clam].

(6) Escriva, lug. cit. Contrá, L. 12, tit. 15, P. 7, que dá por razon « que aquel que derriba la casa non faze á si pro tan solamente mas á toda la ciudad ».

(7) L. 11, tit. 19, lib. 3, Nov. Recop.

(8) Art. 1512 del Cód. de Comercio.

llama comerciante todo él que ejerce de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesion habitual (1). La quiebra puede ser casual, culpable ó fraudulenta (2). La primera, no entra en nuestra materia. La 2ª se tendrá por tal: 1º si los gastos del fallido son excesivos: 2º si pierde al juego, ó ajio; 3º si con la mira de retardar la quiebra revende á pérdida efectos, comprados al fiado en los seis meses anteriores; 4º si en los mismos seis meses, y con la misma intencion, toma dinero prestado ó jira letras; 5º si despues de cesar los pagos, prefiere á un acreedor: 6º si despues del último inventario, constare que hubo época que debia doble del haber; 7º si no lleva con regularidad sus libros; 8º si no ha registrado las cartas dotales ú otras acciones de la mujer (3). Pero puede tambien considerarse culpable: 1º si quiebra segunda vez sin cumplir el concordato precedente; 2º si ha contraido compromisos considerables con relacion á su situacion; 3º si no se ha presentado en tiempo y en la forma debida; 4º si se ausenta ó no comparece (4). Esta distincion de hechos bien examinada es ilusoria, desde que ella no liga á los jueces, que tienen siempre la facultad de no declarar culpable la quiebra, cuando al lado de hecho material no reconocen el hecho moral, constitutivo del delito (5).

**446.** La quiebra será fraudulenta: 1º si se descubre que el fallido ha supuesto gastos ó pérdidas; 2º si oculta en el balance dinero, créditos ó efectos; 3º si hace enajenaciones ú otorga escrituras simuladas, contrae deudas ficticias, ó se constituye deudor sin causa; 4º si aplica á negocios propios

(1) Art. 1, Cod. de Comercio. Así no bastaria la sola inscripcion en la matrícula, sin este ejercicio. G. Lopez, gl. 1, lib. 1, tit. 7, P. 5. Como tambien actos aislados de comercio [art. 6, del Cód.]

(2) Art. 1513 *ibid.*

(3) Art. 1515 del Cód.

(4) Art. 1516 del Cód. De donde se deduce que el solo hecho del alzamiento de la persona, no constituye por este código quiebra fraudulenta. Contrá, L. 4, tit. 15, P. 5, tit. 9, lib. 5, R. C. y Bilbao, c. 17, n. 2, 3 y 4.

(5) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 272.

fondos ó efectos ajenos, encomendados en depósito, mandato ó comision; 5º si hubiese comprado bienes de cualquiera clase en nombre de tercera persona; 6º si despues de hecha la declaracion percibe y aplica á usos personales dinero, efectos ó créditos de la masa; 7º si no tuviese los libros indispensables á todo comerciante (1). Son además, considerados cómplices de esta quiebra: 1º los que se confabulan con el fallido para hacer aparecer créditos falsos, ó alterar los verdaderos; 2º los que lo ayudan á ocultar bienes antes ó despues de la quiebra; 3º los que ocultan ó rehuzan entregar bienes ó títulos que tengan del fallido; 4º los que despues de publicada la quiebra admiten cesiones ó endosos; 5º los que hiciesen conciertos con el fallido, en perjuicio de la masa; 6º los corredores que intervienen en cualquiera operacion mercantil del fallido, despues de la quiebra (2). Estos cómplices á mas de las penas corporales serán condenados 1º á perder cualquier derecho que tengan en la masa; 2º á reintegrar los bienes ó derechos sobre que hubiese recaido la complicidad; 3º á pagar por razon de daños una suma igual al importe que intentaron defraudar (3).

**447.** La quiebra de que se ocupa el derecho criminal, es pues, el estado del comerciante culpable de actos de imprudencia ó de actos de fraude. Sus elementos esenciales son: 1º la calidad de comerciante; 2º el hecho real de la quiebra. Una persona que no sea comerciante no puede hacerse culpable de quiebra, porque ninguna ley le obliga á tener libros, hacer inventarios, á no revender mas barato de lo que ha comprado, á manifestar su activo con exactitud (4). La segunda condicion consiste en la inejecucion de las obligaciones del deudor, en la cesacion de pagos. Segun el Co-

(1) Art. 1517 del Cód.

(2) Art. 1518 ib.

(3) Art. 1519 ib. Por el siguiente, las quiebras de los corredores se reputan siempre fraudulentas.

(4) Merlin, sin embargo, sostiene que la quiebra fraudulenta comprende á todos (Rep. v. faillite, § 2, art. 4).





digo de Comercio, todo comerciante que cesa en sus pagos está obligado á hacer manifestacion de su estado, dentro de tres dias de la cesacion (1); declarando la quiebra al Tribunal de Comercio, que determina la época en que la cesacion de pagos ha tenido lugar (2).

§§§. Estas formas son comunes á todas las quiebras. ¿Pero si ellas no se observan, si la quiebra no ha sido denunciada, ni el tribunal la declara, podrá sin embargo ser perseguida criminalmente? Esta cuestion no puede ser materia de dudas sérias. La accion pública y la accion civil son independientes una de otra. Exceptuando el caso en que la ley prevee la influencia de la una sobre la otra, ellas marchan en línea paralela sin trabarse (3). Ahora bien, ninguna ley subordina el ejercicio de la accion pública á la accion civil de los acreedores. Por el contrario, el Código de Comercio declara espresamente que la quiebra puede ser perseguida por la queja de los acreedores ó sindicos, ó de oficio por el Ministerio fiscal (4). La accion pues de este no está sujeta á ninguna condicion, y en esta materia como en cualquiera otra puede obrar desde que reconozca en la quiebra los elementos del delito (5). Si se admitiese que la accion pública está subordinada á la declaracion de la quiebra, resultaria depender de los acreedores, porque el Ministerio no es parte en el Tribunal de Comercio. La represion de un delito grave estaria sometido así á las hesitaciones ó intereses de las partes, ó á la negligencia del tribunal. Un olvido ó una transaccion podrian encadenarla. La conveniencia de los acreedores con el deudor podria dejarla impune. Es imposible admitir semejante excepcion del derecho comun, sin que la ley la sancione espresamente (6).

(1) Art. 1522.

(2) Art. 1521.

(3) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 266.

(4) Art. 1525 y 1527 del Cód.

(5) Chauveau, lug. cit.

(6) Chauveau, lug. cit. El art. 4, in fine de las Ordenanzas de Bilbao,



**449.** De esta regla nace una consecuencia importante, á saber, que el hecho de la quiebra no es una cuestion perjudicial, que debe enviarse á la jurisdiccion comercial. La quiebra es un hecho. No es el juicio del tribunal el que la establece. La jurisdiccion criminal es pues competente para determinarlo cuando reviste el carácter de delito. Este principio rije aun cuando el tribunal declare inocente al comerciante. Los fallos de una instancia civil no tienen influencia sobre la accion pública, cuando la misma instancia no es perjudicial. Esta influencia solo podria resultar de la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta autoridad no puede existir delante de la jurisdiccion criminal; porque no hay identidad de objeto entre la accion civil y la accion pública (1). La primera solo tiene por fin el interés privado del que la ejerce. La segunda el interés jeneral de la sociedad. No hay tampoco identidad de partes. El Ministerio público no es parte en las instancias civiles. El no procede en ellas por via de accion (2). Así, J. Claro sentaba como principio que las pruebas de los procesos civiles, y los fallos que producen, no tienen fuerza ante los jueces criminales: *Si producantur aliqua acta, potest reus dicere quod acta facta in judicio civili, non faciunt fidem in criminali, neque etiam sententia super ipso crimine lata* (3). La misma confesion hecha en instancia civil no puede producirse en la criminal: *Confessio facta in judicio civili non facit in judicio criminali plena proba timem* (4).

**450.** Acabamos de decir que no basta el hecho material, ni en la quiebra culpable; es decir, no basta que el comerciante haya cometido materialmente algunos de los he-

era en cierto modo contrario á esta doctrina. Segun él, el Consulado debia aprehender al quebrado fraudulento, y entregarlo á la justicia ordinaria con la causa.

(1) V. 2.<sup>a</sup> parte, n. 34 y siguientes.

(2) Chauveau, lug. cit. p. 268.

(3) J. Clarus, Sent. q. 54, n. 2, 3, 4 y 5.

(4) J. Clarus, loc. cit. V. tambien el artículo 1595 del Cód. de Comercio.



chos enumerados como de esta clase por el código, sino que es preciso que los haya cometido voluntariamente, con la intencion que la ley ha querido acriminar. Ninguna duda puede ofrecer esta regla jeneral. La dificultad solo nace cuando se trata de precisar esta voluntad, esta intencion, en una palabra, la moralidad del hecho. ¿Es el fraude ó solo una falta grave lo que la ley quiere castigar? Nosotros creemos que el fraude no es esencial, pero que si se necesita una falta grave. Los hechos enumerados por los artículos del Código no suponen el fraude. El exceso de gastos, los prestamos ruinosos ó temerarios, los juegos de la bolsa, acusan la imprudencia del comerciante; pero no su buena fé. El ha dirigido mal sus negocios, pero no ha tenido la idea de despojar á sus acreedores. La culpa sin embargo debe comprobarse de un modo evidente. Los gastos por ejemplo pueden considerarse excesos por el resultado de los acontecimientos y no ser en realidad una falta en el momento en que se hicieron (1).

**451.** Veamos ahora las penas de estas dos clases de quiebra. Antiguamente, por las Partidas, por las ordenanzas de Bilbao, y leyes Recopiladas, el quebrado fraudulento era considerado y castigado como ladrón famoso, con la pena de muerte (2). La distincion de culpa y fraude no era tampoco bien precisa. «Siendo por su culpa, dolo ó malicia, decian las Recopiladas, hágase justicia conforme á derecho» (3). Por el Código de Comercio, la quiebra culpable se castiga solamente con prision que no baje de un año ni exceda de cinco, pudiendo tambien el mismo Tribunal castigarla correccionalmente, en caso de ser la culpa leve (4). En los demás, debe remitir el fallido culpable ó fraudulento, á los jueces del crimen, con testimonio del proceso, sin que se

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 273.

(2) L. 18, tit. 14, P. 7.

(3) L. 5, tit. 19, lib. 5, R. C.

(4) Art. 1593 y 1594.

admite recurso de tal providencia (1). El quebrado fraudulento no es ya tampoco castigado con las penas de las leyes españolas, sinó con presidio por mas ó menos número de años, segun las circunstancias de cada caso, é inhabilitacion por cinco años de ejercer el comercio (2). Estas penas son extensivas á los cómplices y receptadores (3).

## CAPÍTULO IV.

### FALSIFICACION DE PAPELES DE COMERCIO Y ESCRITURAS PRIVADAS.

**452.** La seguridad y confianza son las bases del comercio. Esta consideracion, y la facilidad de cometer falsedad en los papeles de comercio, ha hecho en algunas legislaciones agravar la pena (4); pero nuestras leyes no distinguen de ellos y demás documentos privados (5). En estos mismos, ellas no han querido, ó no han creido necesario entrar en detalles. Así es que nada tenemos que agregar á lo que dijimos antes sobre los elementos constitutivos de la falsedad (6). La pena es en jeneral para todos los casos destierro por tiempo cierto (7), y segun G. Lopez arbitraria, por haber caido en desuso aquella (8).

## CAPÍTULO V.

### ESTAFAS

**453.** La antigua jurisprudencia aplicaba la calificación

(1) Art. 1593.

(2) Art. 1720. Por las Recopiladas y Cód. de Bilbao, esta prohibición era perpétua.

(3) L. 1, tit. 19, lib. 5, R. C.

(4) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 437.

(5) V. sin embargo en las letras el art. 810 del Cód. de Comercio.

(6) N. 268 y siguientes.

(7) LL. 6 y 7, tit. 7, P. 7.

(8) Gl. 2, á la L. 6, cit.





de estafa á todo hurto que cometian por destreza en lugares públicos ó casas particulares, individuos que se introducian en ellas bajo diferentes pretextos. *Sacartarii*, decia la ley romana, *qui retitas insaculo artes exercentes subducunt, partem subtrahunt item, qui directarii appellantur hoc esthi. qui in aliena conacula se dirigunt furantur animo* (1). Pero hoy se comprenden únicamente bajo esta denominacion aquellas maniobras que se proponen la sustraccion de un bien ajeno, provocando en los dueños una confianza ciega de que se abusa. Este delito abraza muchos fraudes, y no es fácil fijar su verdadero carácter, porque la ley no ha determinado los hechos que pueden constituirlo, y la palabra fraude es demasiado vaga (2). Las Partidas unas veces dicen que engaño es « todo yerro que non ha nome señalado » (3). Otras « enartamiento que fazen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas ó encubiertas e coloradas, que dicen con intencion de los engañor e de los decebir » (4).

**454.** Los autores dividen el engaño en civil y criminal (5). El primero comprende todos los artificios reprobables sin duda, pero que se emplean menos con el fin de dañar á otro, que con el de servir los intereses del mismo que los emplea. En esta clase están todos los actos simplemente embusteros, la simulacion en los contratos, la exajeracion de precio ó calidades en la cosa vendida. La ley penal no se ocupa de esta clase de engaño, á pesar de su inmoralidad, no solo porque es fácil que cada uno se defienda de él, sino tambien porque toda tentativa de represion podria perjudicar á la seguridad de las convenciones. El engaño criminal por el contrario no se manifiesta únicamente por la simula-

(1) L. 7, D. de extr. crimin.

(2) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 290. « Por ejemplo, non podria ome contar, dice la L. 7, tit. 16, P. 7, en quantas maneras fazen los omes engaño unos á otros ».

(3) Proem. tit. 16, P. 7.

(4) L. 1, tit. 7, P. cit.

(5) Véase Toullier, t. 9, n. 158 y siguientes.

cion ó el artificio, sinó que emplea maniobras culpables, tien-  
de redes, y se propone engañar con perjuicio de los intere-  
ses ajenos (1).

**455.** Esta misma distincion se encuentra en las Parti-  
das, aunque confusamente. Segun ellas: « Dolus en latin tan-  
to quiere decir en romance como engaño ». Despues definen  
el engaño como hemos visto antes, y continuan: « E a este  
engaño, dicen en latin, dolus malus, que quiere tanto decir  
como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan  
en muchas maneras, las principales de ellas son dos. La  
primera es quando lo fazen por palabras mentirosas ó arteras.  
La segunda es quando preguntan ú algun ome sobre alguna co-  
sa, e el callase engañosamente non queriendo responder, ú  
si responde dice palabras encubiertas de manera que por ellas  
non se puede guardar ome del engaño » (2). Otra ley dice  
que hay *departimiento* entre los engaños: « Ca tales y a que  
son buenos e tales que malos. E buenos son aquellos que  
los omes fazen a buena fé e a buena intencion. Así como  
por prender los ladrones, ó los robadores, e algunos otros  
que fuesen malos.... ó los que fuesen fechos contra los ene-  
migos conocidos, ó contra los que se trabajasen de buscar  
mal engañosamente á algunos, e ellos por se guardar de su  
engaño, engañan á aquellos que los quieren engañar. E los  
engaños malos son todos los otros que son contrarios des-  
tos » (3).

**456.** Tres elementos son pues necesarios para la exis-  
tencia de este delito, 1º el empleo de medios fraudulentos,  
2º entrega de valores obtenidos por este medio, 3º disipa-  
cion de ellos, ó consumacion del delito (4).

**457.** Los medios fraudulentos pueden consistir en el uso  
de falsos nombres ó calidades, en maniobras destinadas á

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 297.

(2) L. 1, tit. 16, P. 7.

(3) L. 2, tit. 16, P. 7. *Dolus potest esse et bonus*, dice G. Lopez [sl. 3].

(4) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 290.



hacer creer la existencia de falsas empresas, de un poder ó crédito imaginario, ó hacer nacer la esperanza ó temor de un acontecimiento quimérico (1). El uso de falsos nombres ó calidades constituía en el derecho romano el delito de falsedad, sea que se cometiese verbalmente ó por escrito. La regla de Papiniano es absoluta. *Falsi nominis aut cognominis adseveratio pœna falsi coercetur* (2). « Otro si faze falsedad, dicen tambien las Partidas, aquel que cambia maliciosamente el nombre que ha tomado, ó tomando nombre de otro, ó diciendo que es fijo de rey ó de otra persona honrada, sabiendo que non lo era » (3). Así, segun Farinacio, el que se presentaba pretendiéndose acreedor de otro, y exijia el pago de una deuda imaginaria, ó él que diciendose mandatario, recibia engañosamente el pago de lo debido á un tercero, cometia delito de falsedad (4). Pero en la actualidad esta calificacion no seria propia para semejantes hechos.

**439.** El uso de un falso nombre por escrito constituye falsedad, cuando el acto en que se toma puede producir una obligacion cualquiera y causar perjuicio á tercero, ó cuando ese acto tiene por objeto comprobar los hechos en él consignados. Pero no habrá sinó estafa, cuando el acto no encierre obligacion ni descargo, ni convencion, ni disposicion capaz de dañar á tercero, ó no tiene tampoco carácter bastante para probar los hechos que enuncia. La misma distincion debe hacerse respecto de la usurpacion de una falsa calidad. Si esta falsa calidad, ó no usurpada en un acto cualquiera, solo tiene por objeto engañar á un tercero sobre la verdadera posicion del agente, no constituye mas que una maniobra fraudulenta ó estafa. Pero si esta calidad da origen á un derecho, si el acto en que se toma tiene por objeto comprobarlo, y si se hace uso de él, esta alteracion de

(1) Art. 405 del Código Francés.

(2) L. 43, D. ad leg. Corn. de falsis.

(3) L. 2, tit. 7, P. 7, y G. Lop. gl. 5.

(4) Farin. q. 150, n. 86. Estas eran las falsedades de hecho de la antigua jurisprudencia.



la verdad no sería ya estafa, sino falsedad (1). Así, en el primer caso, el individuo que con el fin de engañar á una persona sobre su fortuna, produjese escritos simulados, solo cometería estafa, porque estos actos no producen por sí mismos obligación; pero si los suponía emanados de un tercero, á quien obligaban, habría falsedad. Así también en el segundo, el que tomase la calidad de funcionario por escrito con el fin de gozar de un crédito usurpado, solo sería culpable de maniobra fraudulenta; pero si lo hacía para percibir el sueldo correspondiente esta usurpación se consideraría falsedad (2).

**459.** Otra manera es el empleo de maniobras fraudulentas. Nada más vago que estas palabras. ¿Qué actos, por inocentes y pueriles que sean, no pueden ser comprendidos en el nombre de maniobras? En el derecho romano el Pretor se había reservado apreciar los hechos de dolo, permitiendo la acción cuando le parecían graves. *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, iudicium dabo* (3). Ulpiano explica que por este edicto el Pretor quería impedir que los fraudes criminales no sirvieran para enriquecer á sus actores, y de ruina á los engañados. *Hoc edicto Prætor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt culliditate quadam subvenit, ne aliis malitia sua sit lucrosa, vel istis simpliciter damnosa* (4). De estas disposiciones había nacido esta regla aplicada por la antigua jurisprudencia, que si el dolo no constituía un delito definido por la ley, los jueces debían castigarlo extraordinariamente. *Si dolus non habet nominatum delictum, tunc extra ordinem iudicis arbitrio puniatur* (5).

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 302 y 303.

(2) Chauveau, loc. cit. Por lo demás es indiferente que el nombre de calidad usurpada pertenezca á un tercero ó sea puramente ideal [p. 365].

(3) L. 1, § 1, D. de dolo malo.

(4) L. 1, § 1, D. de cod. tit.

(5) L. 88, n. 67, D. de dolo malo.





**400.** Las Partidas han tratado de proscribir esta arbitraria distribucion, y circunscribir la accion del juez, detallando en varias leyes los hechos que constituyen el dolo criminal (1). De ellas puede deducirse que son necesarias cuatro condiciones para acriminar los hechos tendentes á provocar la entrega de los valores: 1<sup>a</sup> que estos hechos sean lo que se llama maniobras: 2<sup>a</sup> que sean de naturaleza á hacer impresion, y determinar la confianza de las personas á quienes perjudican: 3<sup>a</sup> que tengan por objeto persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder ó crédito imaginario, ó el temor de un suceso ó acontecimiento quimérico: 4<sup>a</sup> que estas maniobras hayan dado por resultado la entrega de los valores que se procuraban (2).

**401.** Maniobra es todo medio empleado para sorprender la confianza de otro. Pero esta espresion aqui supone cierta combinacion de hecho, una maquinacion preparada con mas ó menos destreza, una intriga urdida con mas ó menos arte (3). Las promesas ó palabras embusteras, aisladas de todo hecho exterior, no son maniobras (4); sinó que se necesita además un acto cualquiera destinado á apoyarlas y acreditarlas (5).

**402.** La segunda condicion exige que la maniobra sea fraudulenta. Si el agente está de buena fé, aunque la maniobra cause perjuicio, no habria delito. La ley solo quiere castigar el fraude: no las empresas temerarias ó insensatas, que engañan al mismo que las propone (6).

**403.** La tercera condicion es que la maniobra sea de naturaleza capaz de hacer impresion, y determinar la con-

(1) L. 7 y siguientes, tit. 16, P. 7. Las leyes mas especiales á la estafa son la 8, 9 y 10. La 7, se refiere al estelionato, y la 8, al engaño en las ventas.

(2) Arg. de las leyes 9 y 10, tit. 16, P. 7.

(3) *Mala artes*.

(4) *Machinatio fit arte verborum* (G. Lop. gl. 2, L. 1, tit. 16, P. 7).

(5) Este mismo acto no es á veces bastante (Chauveau Adolphe, t. 5, p. 309).

(6) Chauveau, loc. cit. p. 311.

fianza, engañando la prevision comun de las jentes. Sin embargo, es preciso considerar tambien la relacion de los hechos con la prudencia y sagacidad de cada uno. La ley debe proteger los ciudadanos contra todas las injusticias y depredaciones de que no pueden garantizarse. Pero cuando el fraude no reviste un carácter bastante grave, y por otra parte la persona contra quien se dirige tiene prudencia propia para escapar á la red, la ley penal no tiene porque intervenir. Basta que haya una voluntad ciega, pero libre. Si resulta pues un perjuicio, debe imputárselo á sí misma la parte. La ley penal seria además impotente en la mayor parte de los casos, para discernir el fraude de la imprudencia. La misma criminalidad no es igual en un caso y otro. En el primero, la habilidad de la maniobra revela un hábito que agrava su carácter. En el segundo, su simplicidad indica las hesitaciones del ajente, y arroja dudas hasta sobre su intencion (1).

**464.** La cuarta condicion se refiere al fin que la maniobra debe proponerse. No basta que los medios empleados sean maniobras, que estas sean fraudulentas y á propósito para engañar. Es preciso además que se empleen para persuadir la existencia de los hechos. ¿Pero qué debe entenderse por falsa empresa, crédito ó poder imaginario, esperanza ó temor? Las falsas empresas pueden ser de dos especies. Las puramente imaginarias que no existen realmente; y las que existen realmente pero que son diferentes de la descripcion que se hace. En el primer caso no existe dificultad. En el segundo la cuestion es dudosa, pero nosotros creemos que deben comprenderse. La empresa es falsa á los ojos de la persona que contrata, cuando es distinta de la que le habian prometido las maniobras. En la categoría de hechos que tienden á persuadir un poder ó crédito imaginario entran todos los actos que se proponen hacer creer que

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 316.

el agente posee título, posición social, fortuna, relaciones, ó un poder cualquiera que en realidad no posee. Las palabras esperanza y temor son las mas vagas, y al mismo tiempo las que comprenden mas casos. Casi siempre es exitando las pasiones por brillantes promesas ó vanas ilusiones que los autores de estas maniobras obtienen el fin que buscan. Para la aplicación de la ley basta que la esperanza se fruste, aunque el acontecimiento no sea quimérico. En cuanto al temor se requiere tambien que no provenga de un delito real. El temor en este caso no podría clasificarse de quimérico (1).

**465.** Hasta aquí hemos tratado del primer elemento del delito. El segundo es la entrega misma de los valores ó fondos. Esta entrega caracteriza el delito, pero no lo consuma; porque la consumación solo puede venir del derroche de los fondos. De aquí resulta que existe una conexión íntima entre los medios empleados para obtener la entrega de los valores, y la entrega misma. Esta relación es la de la causa con el efecto. De donde se deduce tambien que si la entrega es determinada por otras causas que el uso de falsos nombres y calidades, ó el empleo de maniobras fraudulentas, no hay delito de estafa (2). Debe notarse en fin que la estafa solo puede recaer sobre bienes muebles ú obligaciones escritas (3).

**466.** El tercer elemento consiste en la apropiación y disipación real de todo ó parte de la fortuna ajena. Las maniobras no son mas que un acto preparatorio, la entrega un acto de ejecución. Esta entrega no consuma el delito, porque el agente puede todavía corresponder á la confianza que ha inspirado, sea dando un buen empleo á los valores, sea restituyéndolos. La estafa no se consume sinó por

(1) Chauveau Adolphe, t. 5, p. 320 y siguientes.

(2) Si se emplea por ejemplo la fuerza, el delito toma el nombre de *extorsión*, y su pena es la de la fuerza (LL. 1 y 2, tit. 10, P. 7).

(3) Chauveau, *loc. cit.* p. 328 y 329.

el abuso, es decir, por la disipacion de los valores, ó por la intencion manifesta de apropiárselos (1). Esta distincion tiene una importancia verdadera en nuestro derecho, que solo compara la tentativa con la consumacion en los delitos atroces.

467. Veamos ahora las penas. Los Romanos confundian la estafa con el hurto. *Subducere, subripere; clam, clanculum auferre: suffurari, per fraudem eripere*. De consiguiente, castigaban á los estafadores con la misma pena que á los ladrones, y á veces mas que á los ladrones: *Plusquam fures puniendi sunt* (2). Las Partidas, dejan la pena al arbitrio del juez. «Porque los engaños, dicen, de que hablamos en las leyes deste título no son iguales, ni los omes que lo fazen, ó los que lo reciben, no son de una manera, por ende no podemos poner pena cierta en los escarmientos que deben recibir» (3). La pena puede ser de escarmiento ó de pecho, segun las mismas leyes (4); es decir, intentarse la accion civil ó criminal, la primera de los contratos dolosos, la segunda de los diversos hechos que constituyen delito con el nombre de estafa, estelionato, estorsion, ó abuso de confianza (5). La accion civil la tiene el engañado y sus herederos contra el engañador y sus herederos. «Mas si el engaño fuese fecho en alguna otra manera, en que cayese maldad de que non oviesse nome señalado (6)» los herederos no responden sinó en tanto quanto se aumenten sus bienes (7). La accion criminal es solidoria (8).

(1) Chauveau, lug. cit. p. 333.

(2) L. 7, D. extraord. crim.

(3) L. 12, tit. 16, P. 7.

(4) L. 12, tit. y P. cit. La pena corporal era destierro en alguna isla [L. 7, tit. y P. cit.]

(5) Sin embargo, G. Lopez dice, *ubicunque potest agi civiliter de dolo, ibidem potest agi criminaliter crimine stellionatus* [gl. 1, L. 12 cit.]

(6) Tales son todos los casos expresados en las leyes 7, 8, 9, 10 y 11 del mismo título.

(7) L. 3, tit. 16, P. 7.

(8) L. 3, cit. in fine y 5 del mismo título.



**468.** Pero civil ó criminal no se da entre ascendientes y descendientes, ni por « quantia que fuese de dos maravedis de oro en ayuso » (1). La segunda, en fin, dura dos años desde el día del engaño, la primera treinta (2).

## CAPÍTULO VI.

### ESTELIONATO.

**469.** El estelionato no difiere de la estafa sinó en que el fraude se comete ocultando la obligacion contraida anteriormente (3). Por el derecho romano cometia estelionato : el que por dolo, cedia, vendia ó empeñaba una cosa que ya habia cedido, vendido ó empeñado, ocultando la primera obligacion; el deudor que empeñaba ó daba en pago á sus acreedores una cosa que sabia no pertenecerle; el que sus- traia, adulteraba ó maleaba efectos obligados á otro; el que hacia colusion con otro en perjuicio de tercero; el merca- der que daba una mercadería de menor precio, por otra mas cara que habia vendido; él que hacia una falsa declaracion en algun acto ó contrato (4). Las Partidas copian estas dis- posiciones, aunque sin clasificar los hechos de estelionato (5).

**470.** La pena del estelionato entre los romanos, de- pendia del arbitrio del juez, pero no podia exceder de conde- nacion á las minas ó destierro, segun la calidad de las per- sonas (6). Entre nosotros, es la misma de la estafa, con la cual se confunde (7).

(1) L. 4, tit. 16, P. 7.

(2) L. 6, tit. y P. cit. Hoy el término de toda accion personal es veinte años.

(3) No faltan sin embargo, quienes llaman estelionato todo engaño, fun- dados en la etimología de la palabra estelionato, de *stellio*, especie de lagarto, onecido con el nombre de salamanquesa. Gutierrez, Pract. crim.

(4) Voet ad Pand. lib. 47, tit. 20, n. 2.

(5) L. 7, tit. 16, P. 7.

(6) L. pen. D. de stellionato.

(7) V. los n. 467 y 468.





## CAPÍTULO VII.

### ENGAÑO EN LAS VENTAS.

**471.** Las Partidas confundian tambien el engaño en las ventas, con la estafa (1). Su pena era de consiguiente la misma de esta, segun la regla jeneral que sienta otra ley (2). Pero, semejante comparacion no es justa. El engaño en este caso es mas que una mentira. El supone el empleo de artificios,<sup>3</sup> pero estos artificios no son las maniobras fraudulentas que constituyen la estafa. Ellos se manifiestan por palabras mas bien que por hechos, por mentiras mas bien que por actos (3). Las Recopiladas comprendiendo estas diferencias no castigan ya al mercader que usa de ardides para sus mercaderías parezcan mejores, sinó con 200 maravedis la primera vez, la segunda con 6,000, y la tercera con la inhabilitacion para tener tienda (4).

## CAPÍTULO VIII.

### REMOCION DE MOJONES.

**472.** Se llaman mojones las piedras, árboles ú otras señales que se ponen para dividir los términos de las heredades de los particulares, ó de los territorios de los pueblos (5). Cuando su remocion tiene por objeto apropiarse los mojones, no es mas que un hurto con circunstancia agravante. Pero si el fin es invadir la heredad ajena, usurpa<sup>4</sup>

(1) L. 9, tit. 16, P. 7, *baratadores*.

(2) L. 12, tit. y P. cit.

(3) Chauveau Adolpho, t. 6, p. 5.

(4) L. 1, tit. 12, lib. 5, R. C.

(5) L. 30, tit. 14, P. 7.



la tierra, constituye un delito aparte, de que es aquí el lugar de ocuparnos. Las Partidas lo llaman «maldad semejante de furto» (1); pero su verdadero nombre es usurpacion.

473. Este delito es quizá el primero de los pueblos antiguos. *Non assumes et transferes*, decia el Deuteronomio, *terminos proximis tui quos fixerant priores in possessione tua* (2). La ley romana distinguia en este hecho muchos delitos diferentes segun la intencion del agente y el fin que se proponia. El que remueve un mojon puede proponerse ó invadir la propiedad vecina, ó hacer desaparecer un elemento de decision, ó causar solo un perjuicio, ó hurtar, en fin, los materiales que forman el mojon (3). Cuando el agente tenia por objeto agrandar su heredad, el delito se consideraba grave, y se castigaba con la relegacion (4). Si solo habia querido quitar á su adversario una prueba, la pena era arbitraria. *Qui finalium quæstionum obscurandarum causa fines locorum convertunt, pæna plectendi sunt pro persona, et conditione, et factorum violentia* (5). Si se proponia dañar puramente sin provecho propio, la pena era pecuniaria. *Lege agraria quam Gaius Cæsar tulit adversus eos qui terminos statutos intra suum gradum finesve moverint dolo malo, pecuniaria pæna constituta est* (6). En fin, si no tenia otro objeto que apoderarse de los materiales mismos, se distinguia el caso de saber que eran mojones ó no: en el primero, la pena era la del hurto; en el segundo azotes. *Si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficit eos cerberibus decedere* (7). La accion criminal, no se daba, dice Voet, sinó *contra eum qui terminum in confinio dolo ma-*

(1) L. 30, tit. y P. cit.

(2) Deuter. c. 19, v. 14.

(3) Cheuvean Adolphe, t. 6, p. 207.

(4) L. 2, D. de término moto. Los intérpretes, sin embargo, disputaban si esta pena debía ser corporal ó pecuniaria.

(5) L. 3, § 2, D. de término moto.

(6) L. 3, D. eod. tit.

(7) L. 2, D. de término moto y su glosa.

*lo amorit, exaravit, aut finium confundendorum gratia faciem terrarum converterit, ex arbore arbustum aut ex silva normale faciens* (1).

**474.** Por nuestro derecho, el que muda maliciosamente un mojon que divide una heredad de otra, ó un pueblo de otro, debe pagar por cada mojon cincuenta maravedis de oro, perdiendo su derecho en la parte de heredad ó tierra que quiso usurpar, pero si ningun derecho tenia, la pena es otro tanto, y restitution del mojon (2). En el Fuero Juzgo se distingue el engaño de la ocasion. En el primer caso, la pena es multa ó azotes, segun las personas. En el segundo, « non haya ninguna calonna » (3). Otra ley dice, que ninguno ponga mojon nuevo sin anuencia del vecino, so pena de forzador, ó doscientos azotes (4). Estas leyes nada disponen sobre los demás casos espresados en el derecho romano, y así suelen castigarse con penas pecuniarias y resarcimiento de daños (5). Si el que muda los mojones es un agrimensor que desempeña su comision con mala fé, la pena, por las Partidas, es daños y otra cualquiera á arbitrio del juez (6), debiendo los daños cobrarse primero del beneficiado por la mensura, y solo en su defecto del agrimensor (7). Al efecto está declarado entre nosotros « que será considerada criminal toda operacion, que despues de rectificada dé por resultado un error que llegue á un tres por ciento sobre cualquiera distancia del terreno medido, cuando fuese mayor de una legua cuadrada: un uno por ciento, desde una cuadra hasta una legua; y un uno por mil siendolo solar, y de menos de una cuadra cuadrada » (8).

(1) Voet. ad Pand. lib. 47, tit. 21.

(2) L. 30, tit. 14, P. 6, y 3 y 5, tit. 7, lib. 7, R. C.

(3) L. 2, tit. 3, lib. 10, F. Juzgo.

(4) L. 5, tit. y lib. cit.

(5) Escriche, v. amojonamiento.

(6) L. 8, tit. 7, P. 7, que clasifica este hecho entre las falsedades.

(7) L. 8, tit. y P. cit.

(8) Dec. de Set. 25 de 1824, art. 9. Véanse tambien los art. 16 y 17.





## LIBRO IV.

---

### DE LOS DELITOS DE LEJISLACION ESPECIAL.

---

**475.** Hasta aquí hemos estudiado los delitos comunes. Restáanos ahora, los que reconocen principios especiales por la calidad correccional que revisten, ó por excepciones fundadas en el interés mismo de la sociedad. Tales son los delitos de policía, los de los militares y empleados de hacienda, de los eclesiásticos, de los diputados, y de imprenta, que serán la materia de otros tantos títulos.

---

## TÍTULO I.

---

### DE LOS DELITOS DE POLICIA

---

#### CAPÍTULO I.

##### VAGANCIA.

**476.** Los agentes que la ley califica de vagos han excitado en todo tiempo las inquietudes del lejislador. Sindi-

cados de una vida errante, aventurera y ociosa, el modo solo de existir ha parecido una amenaza contra el órden social. Ningun vínculo los liga á la patria, que recorren como extranjeros. No tienen habitacion fija, ni recursos conocidos, y al mismo tiempo que sus necesidades les hacen del delito una ley imperiosa, la justicia no puede seguir sus trazas por esa misma falta de residencia (1).

477. Las medidas sin embargo que se han dirijido contra ellos han variado mucho segun los tiempos y las costumbres. La ley romana daba á los procónsules el derecho de desterrar de su provincia á todo hombre peligroso, y de mala fama. *Congruit bono et gradi præsidi curare ut pacata atque quieta provincia sit quam regit; quod non difficile obtinebit si sollicitè agat ut malis hominibus provincia careat, eosque conquirit* (2). El Concilio Tridentino aconseja varias precauciones para cazar á los vagos (3). Las Partidas dicen que de ellos « non vienen ningun pro á la tierra », y mandan que sean echados y no les den limosna « porque escarmienten á fazer vien viviendo de su trabajo » (4). Una ley Recopilada autoriza á tomarlos y servirse de ellos, ó sesenta azotes y echados de la ciudad (5). Nosotros en fin, tenemos varias disposiciones que los condenan al servicio de las armas por mas ó menos tiempo (6), y un articulo constitucional les suspende los derechos civicos (7).

478. En medio de este aparato, una especie de incertidumbre se manifiesta en el espíritu del lejislador. Castiga la vagancia, pero parece sentir la necesidad de justificar es-

(1) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 267.

(2) L. 13, D. de officio præsidis.

(3) Sess. 24, c. 7.

(4) L. 4, tit. 20, P. 2.

(5) L. 1, tit. 11, lib. 8, R. C. V. tambien el tit. 4, lib. 7, R. I.

(6) Decretos de Agosto 30 de 1815, Junio 11 de 1822, Diciembre 1.º de 1823, y ley de Octubre de 1858.

(7) Art. 12 de la Constitucion. Antes conocia de este delito el Gefe de Policia. Ahora el Juzgado Correccional, y en la campaña los Jueces de Paz [Ley de Octubre 30 de 1858, art. 3].





te derecho. La vagancia en efecto no es un hecho criminal propiamente, sinó un modo de vivir que la ley quiere reprimir por sus peligros. Por lo mismo que el vago no tiene profesion ni recursos, la sociedad prevee que será conducido por esas necesidades y ociosidad á reunirse con los malhechores y cometer delitos. Puede agregarse que hay una especie de inmoralidad en desconocer la ley del trabajo (1). Pero el lejislador no siempre ha reconocido este doble carácter de la vagancia. Una circular española decia que estas causas no caen bajo el concepto de criminales, y que el servicio á las armas no era una pena, sinó « un destino precaucional para impedirles que caigan en delitos » (2).

479. Los antiguos definian el vago en estos términos : *vagabundus proprie dicitur, qui per mundum vagatur nec certum habit domicilium in quo habitet* (3). Las Recopiladas juntaban siempre la palabra vago con la de holgazan ; pero exceptuaban los viejos y enfermos, ó lisiados, ó mozos menores de doce años (4). Entre nosotros, un decreto dice que será reputado vago : 1º todo individuo de la clase de peon, que no conserve la papeleta del patron ; 2º todo individuo, aunque tenga la papeleta, que transita la campaña sin licencia del juez territorial, ó refrendada por él siendo de otra parte ; 3º todo individuo que transite la campaña, aunque sea en servicio del Estado, y que no lleve su pase del juez competente (5). Otro clasifica de tales « los ociosos, los jugadores, los hijos de familia emancipados de sus padres, y los que usan cuchillo » (6) ; y otro va hasta considerar vagos á los que corren avestruces en la campaña (7).

(1) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 271.

(2) Circular de 6 de Febrero de 1781.

(3) Farin. q. 7, n. 15.

(4) Leyes del tit. 11, lib. 8, R. C. V. tambien la L. 7, tit. 31, lib. 12, Novis. Rec. y sus notas.

(5) Decr. Agosto 30 de 1815.

(6) Decr. Diciembre 17 de 1823.

(7) Decr. Agosto 18 de 1853.



Una ley última se acerca mas á la verdad cuando dice que son vagos los que en dias de labor se encuentran habitualmente en casas de juego, ó tabernas (1). En efecto, los elementos esenciales de este delito son la falta de domicilio cierto, de oficio ó profesion, y de medios de subsistencia (2). Pero es preciso advertir: 1º que para que haya vagancia hasta que el acusado no tenga habitacion fija, *domicilium in quo habitat* (3); 2º que cuando el agente posee recursos personales, no exista desconfianzas, aunque carezca de profesion y domicilio: su vida entonces no es mas que un modo estravagante de existir; 3º que el mismo oficio ó profesion es insuficiente sinó se ejercita.

490. Las penas de este delito eran al principio cinco años de servicio á las armas, pudiendo cualquiera prender al vago. Despues se cambió por el doble del enganchamiento voluntario, ó en su defecto obras públicas con salario (4). Hoy es servicio á las armas «por un término que no baje de dos años ni exceda de cuatro» (5).

## CAPÍTULO II.

### MENDICIDAD.

491. El derecho penal no puede considerar la mendicidad, sinó como la vagancia, en sus efectos. Los hábitos igualmente sospechosos ó depravados de unos y otros descubren la misma inmoralidad. De aquí el peligro para el órden público y el derecho de castigarlos. La mendicidad en sí misma no constituye delito, porque no puede serlo pedir limosna

(1) Ley de 30 de Octubre de 1858, art. 2.

(2) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 273.

(3) J. Clarus, q. 39, § 7. La glosa romana, dice tambien, *qui habitat - nem non habet dicitur vagabundus* [in L. 4, § 5, D. de damno infecto].

(4) Decr. Junio 11 de 1822.

(5) Ley de Octubre 30 de 1828, art. 2.

cuando el agente débil ó enfermo no tiene recursos para sostener su vida. El delito comienza solamente cuando la mendicidad no se funda en una necesidad flagrante, cuando es simplemente un pretexto para andar ocioso, ó el medio de perpetrar otros delitos (1). Por eso todas las legislaciones han distinguido mendigos válidos de inválidos, y solo los primeros son objeto de pena. *Exploratur in singulis*, decía la ley romana, *et integritas corporum et robur annorum* (2).

**482.** En el derecho español no se encuentran penas contra los mendigos, probablemente porque cuando eran sanos, los confundían con los vagos (3). La legislación patria los divide en unos que lo son con dolo y otros sin él, entendiéndose por mendigo doloso: 1º toda persona que por su estado físico pueda trabajar en industria que le rinda el valor de su mantenimiento; 2º toda la que por el estado de su salud no pueda ganar su sustento, pero goce de propiedad, pensión ó protección de familia, ó amigos que le den lo suficiente (4). La pena es obras públicas por un mes la primera vez; dos, la segunda; destierro de la capital, la tercera (5).

### CAPÍTULO III.

#### JUEGO.

**483.** La ley romana preveía dos clases de juego, unos que ejercitaban la destreza y el coraje, *in quibus ars dominatur ac de virtute certamen est* (6); otros en que todo

(1) Chauveau Adolphe, t. 3, p. 296.

(2) L. 1, Cód. de mendicantibus validis. Las Partidas los llaman *validos* (L. 3, tit. 20, P. 2).

(3) L. 11, tit. 11, lib. 8, R. C.

(4) Decr. Febrero 28 de 1823.

(5) Decr. cit. Los mendigos sin dolo debían ser llevados á la Convalecencia, destinada á hospicio.

(6) Voet ad Pand. lib. 11, tit. 5, § 1. El jurisconsulto Paulo cita algunos ejemplos: *si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saltando,*



era el resultado de la suerte, *in quibus sors prædominatur, qualis est alearum et similitum et affinium* (1). Solo estos últimos estaban prohibidos (2). La pena era la confiscación de las sumas ganadas, y de las casas en que se reunían los jugadores (3); y anteriormente el Pretor había negado acción á los que eran víctimas de algunas violencias en dichas casas (4).

444. Nuestro derecho admite la misma regla. Según las Partidas, los dueños de casas de juego no tienen acción por los hurtos, daños, tuertos ó deshonras que reciban de los que se alberguen en ellas (5). La razón la dan en estos términos « ca todo ome debe asmar que los talures por fuerza conviene que sean ladrones ». Pero el juego en sí mismo no aparece prohibido. En vez de esto, el « Ordenamiento de las taurerías » (1314) que rijió por mas de cincuenta años, muestra que el legislador lo autorizó y reglamentó. Las Recopiladas son las primeras que se muestran rigurosas con el juego (6). Sus penas, la tercera vez, podían ser destierro y prision, y aun cinco años de presidio si al juego se reunía la vagancia. Entre nosotros un decreto antiguo declaró en vigor todas las disposiciones sobre jugadores y casas de juego (7). Pero la pena no pasa hoy contra los dueños de las casas de dos meses de arresto, y quinientos pesos de multa, que se aumentan en proporcion de la reincidencia; y con-

*luctando, pugnando, quod virtus causa fiat* [L. 2, D. de aleatoribus y L. 1, C. eod. tit.]

(1) L. 3, D. de aleatoribus y Voet. eod. tit. § 2.

(2) L. 3, Cód. eod. tit.

(3) LL. 1 y 3, C. eod. tit.

(4) L. 1, de aleatoribus.

(5) L. 6, tit. 14, P. 7, que exceptúa el homicidio. Sin embargo, otra da la acción de engaño « á los mosos y omes necios de aldeas » en la corrección y dados falsos [L. 10, tit 16, P. 7].

(6) Tit. 7, lib. 8, R. C. Los jugadores además no hacían suyo lo que ganaban, ni lo que quedaban debiendo podían ser obligados á pagar, y por el contrario podían ellos pedir lo que hubiesen pagado. Sobre los que juegan con los factores, v. L. 6, tit. 2, lib. 7, R. 1.

(7) Decr. de Agosto 19 de 1816.



tra los sujetos particulares que se encuentren en ellas, de arresto y pena arbitraria, ó si son jugadores de profesion, servicio á las armas (1). El juez de este delito es el jefe de policia (2).

## CAPÍTULO IV.

### ARMAS PROHIBIDAS.

**405.** La posesion y uso de armas ha sido considerada siempre como una circunstancia agravante de ciertos hechos. Pero aislada de toda intencion criminal, no constituye por si misma delito (3). Si la ley prohibe las armas es porque pueden facilitar los medios de cometer un delito, y por eso castiga la sola infraccion (4). Los Códigos españoles contienen infinitas prohibiciones (5). Pero estando en desuso, nos limitaremos á las disposiciones patrias.

**406.** Estas datan del año 21 y 23. Un decreto empenzó por vedar «el uso del cuchillo, daga y toda clase de arma blanca y chispa». La pena de los contraventores era 25 pesos de multa ó dos meses de obras públicas. Pero de esta pena estaban exceptuados los carniceros y pescadores, que solo incurrian en ella, si se les encontraba con dichas armas, fuera del uso de su oficio (6). Una ley del mismo año castiga el simple hecho de cargarlas con su pérdida, y un mes de presidio (7); si se saca para herir, un año; y

(1) Decr. cit.

(2) El Jefe de Policia, sin embargo, no puede allanar una casa de juego, sin orden de juez competente (Dec. 15 de Abril de 1896).

(3) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 171.

(4) Chauveau, t. 4, p. 74. Este es por lo demás el carácter jeneral de todos los delitos de Policia.

(5) Leyes del tit. 6, lib. 6, R. C.

(6) Decr. Febrero 16 de 1821.

(7) Con excepcion tambien de los verduleros y toda persona cuyo ejercicio reclama esta clase de armas [Ley cit.]. La Ordenanza exceptua á los que fueran á los desertores (Trat. 8, tit. 2, art. 2.)



si se hiere efectivamente, dos. El uso de cualquier arma, segun la misma, tiene la pena de seis meses, y un año si se hiere con ella (1). Un decreto posterior castiga en fin el hecho reincidente de cargar armas, con dos años de servicio en el ejército (2). Pero segun una antigua disposicion no está prohibido tener armas en su casa para defender la vida ó propiedad en casos urgentes (3).

**497.** Conviene pues precisar los objetos que se reputan armas. Los fragmentos del Dijesto encierran muchas definiciones que se confunden en el fondo, pero que difieren esencialmente en la espresion. Así una ley hace esta enumeracion: *arma sunt omnia tela, hoc est, et fustes et lapides; non solum gladii, hastæ, frameæ id est, romphææ* (4). En otro fragmento se lee: *armorum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides* (5). Pero Gayo formula esta definicion de un modo mas preciso. *Telli appellatone et ferrum et fustes et lapis et denique omne quod nocendi causa habetur, significatur* (6). « E por esta palabra armas, dicen las Partidas, non tan solamente se entiende los escudos e las lorigas e las lanzas e las espadas e todas las otras armas con que los omes lidian, mas aun los palos e las piedras » (7). Segun G. Lopez en la palabra jeneral armas se comprenden las defensivas tanto como las ofensivas (8).

**498.** De todo se sigue que la arma toma su carácter no tanto de la materia que la forma, como del uso á que se destina. Así, todo lo que puede dañar, *omne quod no-*

(1) Ley de 27 de Noviembre de 1821.

(2) Marzo 18 de 1823. Los detentadores de armas del Estado son castigados con multa por una disposicion especial (Acuerdo de Julio 23 de 1828).

(3) Regl. de justicia del año 17.

(4) L. 3, § 2, de vi et vi armata.

(5) L. 41, D. de verb. signif.

(6) L. 54, § 2, D. de furtis.

(7) L. 7, tit. 33, P. 7.

(8) Gl. 3, á la L. 7, tit. y Part.



*crudi causa habetur* todos los objetos con que se puede herir ó matar, pueden convertirse en armas. Esta definicion mas jeneral en los términos, es con todo mas restrictiva en realidad, por el fin moral que exige en la posesion de un objeto, para que este objeto sea reputado arma (1). Tal era tambien la distincion de los antiguos. *Secundum propriam et strictam armorum significationem*, dice Farinacio, *eorum appellatione non veniant, nisi ea quæ principaliter et secundum ordinationem naturæ nocere possunt, non autem ea que ad alium usum destinata sunt* (2). Las piedras y palos solo son armas despues del uso. *Appellatione armorum*, dice tambien Farinacio, *veniunt lapides et fustes, post percussionem cum ipsis factam, non autem ante* (3).



## CAPÍTULO V.

### PALABRAS, PINTURAS Y GRAVADOS OBSCENOS.

**409.** Desde las leyes españolas está prohibido decir ó cantar cosas deshonestas, so pena de 100 azotes y destierro por un año del pueblo (4). En otra disposicion se prohíbe toda palabra obscena y escandalosa, acompañada de acciones indecentes, con pena á los contraventores de obras públicas por quince dias (5). Entre nosotros un decreto empezó por reprimir este abuso en los vendedores de los mercados (6). Pero resultando ineficaz se dió poco despues una ley por la cual se manda « que todo el que en pulperia ó cualquier paraje público profiriese palabras obscenas, ó insultase

(1) Chauveau Adolphe, t. 2, p. 122.

(2) Farin. q. 108, n. 88.

(3) Farin. *loc. cit.*

(4) L. 5, tit. 10, lib. 8, R. C. « Cantares sucios y pullas ».

(5) Bando en Madrid 1789, que es la L. 11, tit. 19, lib. 3. Nov. Recop.

(6) Oct. 31 de 1821.

á las personas que transiten por las calles, sufrirá la pena de ocho días de trabajos públicos » (1).

**490.** Sobre pinturas y grabados no tenemos mas que dos acuerdos gubernativos. Uno que requiere para la introduccion de estos artículos la presentacion prévia al ministerio de gobierno de una razon circunstanciada (2). Otro que dice testualmente: « Será considerado y castigado como criminal, segun la gravedad y circunstancias del delito, el que vendiese por menor, transmitiese ó hiciese circular de otro modo *los libros contra la religion*, ó pinturas, gravados ó esculturas obscenas, ó hiciese uso de ellos poniendo estas ó aquellos á la vista, sin que favorezca al ejecutante de estos crímenes el que se haya introducido por la aduana » (3).

## TÍTULO II.

### DE LOS DELITOS MILITARES Y MARÍTIMOS.

#### CAPÍTULO I.

##### FUERO MILITAR.

**491.** La conservacion de la disciplina es la condicion de

(1) Ley de Nov. 27 de 1821. Los jueces de estas faltas son el Jefe de Policia y los Comisarios.

(2) Setiembre 3 de 1821. Esta presentacion ha caido en desuso.

(3) Octubre 3 de 1831. Como las espuestas podriamos tratar de muchas otras infracciones de Policia; pues lo son toda falta contra los reglamentos policiales sobre edificios, ferro-carriles, basuras, frutas, estorbos en las calles etc. Pero esto nos llevaria demasiado lejos, sin utilidad ninguna para aquellos á quienes es destinado este libro. Si nos hemos ocupado de las anteriores es porque tienen cierta relacion con la materia criminal en general. Así, podrian llamarse con mas propiedad delitos *correcionales*. Sobre el ferro-carril puede verse el decreto de Febrero 26 de 1837, que es todo lo que poseemos en este particular.





los ejércitos de mar y tierra, y ella hace necesaria penas especiales, y una jurisdicción excepcional. Los consejos de guerra, dice la ordenanza, son establecidos, « para que las tropas se contengan en aquella exacta obediencia y disciplina militar que conviene ».... (1), y antes que ellas las Partidas habían dicho: « Los yerros que los omes fazen en la guerra son mas peligrosos » (2). Por eso, si embargo de estar abolido todo fuero personal, se conserva él que resulta de los delitos que no lo son sino por la ley militar (3): ó que perteneciendo por su naturaleza á los comunes, han tenido lugar en cuartel, marcha, compañía ó actual servicio (4). La existencia de esta jurisdicción importa además á la buena distribución de la justicia; porque solo el militar puede comprender los deberes que conviene hacer respetar, y las circunstancias capaces de determinar y hacer modificar el carácter de cada transgresión, M. de Broglie decía con mucha razón, la jurisdicción militar es legítima, porque es necesaria (5).

**492.** El fuero militar no es moderno. La legislación romana tenía ya un conjunto de disposiciones especiales (6), y en España según el testimonio de Colón, ellas son también muy antiguas (7). De él se encuentran en las Partidas rastros llenos de cordura. « Los yerros contra la orden de la Caballería, dice una de sus leyes, son así como vender, ó empeñar ó jugar las armas ó non obedecer al caudillo,

(1) Trat. 8, tit. 5, art. 1.

(2) Próm. tit. 28, P. 2.

(3) En tierra ó á bordo.

(4) L. 5, de Julio de 1823.

(5) Chauveau Adolphe, t. 1, p. 46. Pero por lo tanto no debía estenderse mas allá. Napoleon mismo decía que siempre que la jurisdicción común estuviese presente debían someterse á ella todos los delitos. Los militares pueden ser considerados bajo dos puntos de vista. Como tales han contraído obligaciones de un orden especial. Pero como ciudadanos deben estar sometidos á las leyes generales que rigen el país [Chauveau, p. 48 y 52].

(6) D. y Cod. de re militari.

(7) Colón juzg. mil. diso. preliminar.



ú otros semejantes ». Y de ellos ningún otro puede ser juez sino el rey ó jefe (1). Pero hay otros que son *comunes* á todos los hombres, como matar, robar, forzar y otros semejantes. Estos pertenecen, dice la misma ley, á los jueces ordinarios, si bien en el caso de ser de pequeña gravedad, la sentencia no debe ejecutarse, sin remitir la causa al rey ó jefe (2). Por la Ordenanza estas distinciones desaparecieron, y la jurisdiccion militar, comprendió hasta la ley de abolicion de fueros, no solo los delitos militares, sino tambien los comunes, y las mismas causas civiles (3).

**493.** Los guardias nacionales en cuartel ó campaña estaban antes equiparados en todo á los militares, y sujetos á sus leyes. Pero la ley ha distinguido últimamente. Las faltas graves contra la disciplina se juzgan por un consejo correccional, y la pena puede ser de uno hasta tres meses de prision en el cuartel. Pero en caso de muerte, heridas á otro delito comun, aunque este de servicio, conoce la justicia ordinaria (4).

## CAPITULO II.

### CASOS EN QUE NO VALIA EL FUERO.

**494.** Sin embargo de la estension dada por la Ordenanza al fuero militar, ella misma ponía como casos exceptuados, la resistencia á la justicia, los desafíos, la falsificacion de moneda, el uso de armas prohibidas, el robo de rentas reales, el amancebamiento, la particion de herencia, los pleitos sobre bienes raices, las acciones reales, hipotecarias y personales provenientes de negocios en que voluntariamente

(1) LL. 2, in fine, y 3, tit. 29, P. 7.

(2) L. 3, tit. y P. cit.

(3) Ord. trat. 8, tit. 10 y 11.

(4) L. de 24 de Nov. de 1852.

se mezclaba el militar, y los delitos capitales cometidos antes de entrar al servicio (1).

### CAPÍTULO III.

#### CASOS EN QUE SE ESTENDIA LA JURISDICCION MILITAR.

**495.** Los ciudadanos por el contrario estaban sujetos á la jurisdiccion militar en los casos siguientes: cuando aconsejaban ó favorecian la desercion, en las causas de incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra, y edificios militares, robos ó vejámenes en dichos parajes, trato de infidencia por espías, insulto de centinelas, y conjuracion contra el comandante militar, oficiales ó tropa (2).

### CAPÍTULO IV.

#### DELITOS COMUNES.

**496.** Estos delitos son los mismos que hemos estudiado en el libro 2º y 3º, y como al hacerlo hemos espresado tambien las penas de la Ordenanza, creemos inútil ocuparnos de ellos especialmente. Solo diremos que en esta materia los doctores suscitan una cuestion grave; á saber, si los delitos comunes cometidos por un militar deben ser penados por la Ordenanza, ó por las leyes jenerales, cuando estas son diferentes. Colon la decide en favor de la Ordenanza, y cree que las leyes jenerales solo tienen aplicacion cuando la Ordenanza no es esplicita sobre el delito ó la pena (3).

(1) Ord. trat. 8, tit. 2.

(2) Ord. trat. 8, tit. 3. Hoy por el contrario la inmunidad del ciudadano es tal que en caso de complicidad arrastra al militar ante la justicia ordinaria.

(3) Colon, juzg. mil. disc. preliminar.



Estraña contradiccion, dice Chauveau Adolphe, por la cual se reconoce la calidad comun de los delitos, y sin embargo se deja que los juzguen tribunales excepcionales! (1).



## CAPÍTULO V.

### DELITOS MILITARES PROPIAMENTE.

**497.** Los delitos propiamente militares consisten en la violacion del deber militar por un militar. Antes, fuera de los militares habia personas que se reputaban tales, ó se asimilaban á ellos (2). Pero esta estension de la jurisdiccion militar es inadmisibile entre nosotros. La ley de abolicion de fueros se refiere únicamente al *militar* (3).

## ARTICULO I.

### INOBEDIENCIA .

**498.** Comete este delito y tiene pena de muerte: el soldado, cabo y sarjento que no obedece á cualquier oficial; el segundo sarjento que no obedece al primero estando de faccion (4); el soldado y cabo que no obedece á los sarjentos de la compañía, ó sarjentos del Regimiento, estando de faccion (5), y mandado por ellos; todo soldado y cabo 1º que no obedeciese á los sarjentos del Regimiento en el mismo campo, guarnicion, cuartel, tránsito ó marcha, mandado tambien por ellos y de faccion (6); todo 2º cabo

(1) Chauveau, t. 1, p. 66.

(2) Ord. trat. 8, tit. 1.

(3) Ley de 5 de Julio de 1823.

(4) En los demás casos, depuesto de su jinetá.

(5) Con baquetas en el segundo.

(6) Fuera de este caso pena arbitraria.

que no obedece al primero de faccion (1), el soldado que no obedece á los cabos de su compañía, hallándose con ellos en guardia, partida ó cualquiera otra faccion (2); ó á los demás cabos de su rejimiento ó de otros, mandado por ellos y en actual servicio (3).

## ARTICULO II.

### INSULTOS Y VIOLENCIAS CONTRA LOS SUPERIORES.

**499.** Los sarjentos, cabos y soldados que maltratasen de obra á un oficial, ó lo insultasen ó amenazasen echando mano á alguna arma ofensiva, se les cortará la mano y serán ahorcados (4). Si es sarjento de su compañía, pasado por las armas, sin que pueda servir de excusa el haber sido maltratado ó castigado. Si el sarjento es del Rejimiento ó del ejército, solo sufrirá esta pena en actual servicio, ó si hubiese mutilacion de miembro, ó herida peligrosa, aunque no se halle de faccion (5). Las mismas distinciones hay que hacer en el caso de los soldados con los cabos, condenándolos sinó se hallasen en servicio á seis años de presidio. Por fin, está mandado en jeneral que el súbdito militar de cualquiera calidad que faltase al debido respeto á sus superiores, sufrirá la pena que corresponda á las circunstancias de la culpa y calidad de las personas (6).

## ARTÍCULO III.

### SEDICION.

**500.** Serán ahorcados en cualquiera número, dice la Or-

(1) Fuera de ella, lo mismo que en el anterior.

(2) En los demás casos pena corporal.

(3) Ord. trat. 8, tit. 10, art. 7 y siguientes, hasta el 15.

(4) Sobre el oficial que hiciese lo mismo con los jefes, véase el art. 48.

(5) En caso contrario tres años á los arsenales de marina.

(6) Ord. trat. 8, tit. 10, art. 16, hasta el 23. Si el injuriado fuese otro á quien no está subordinado, v. art. 50 y siguientes.





denanza, los que emprendiesen sedición ó motin, los que indujeran á cometerlo, los que teniendo noticia de él no lo delataran luego que puedan, y pasados por los armas los que embarazasen su castigo. Las reuniones por cualquiera otra causa tienen pena arbitraria. En los gritos tumultuarios para pedir el prest á otra asistencia, será fusilado el que se averigüe ser el primero, los demás diezmarados (1). Aunque no lleguen á diez los tumultuarios, el jefe del motin siempre ha de morir; pero la pena de los demás será menor en tal caso. El soldado que promueve especies que puedan alterar la obediencia y disciplina, baquetas y presidio. El cabo ó sarjento que dijere á los soldados especies contrarias á la disciplina, y no diese cuenta, pena arbitraria segun las resultas de su tolerancia. Los oficiales en el mismo caso, serán sumariados y depuestos (2). Si estando un cuerpo sobre las armas saliere de entre los soldados alguna voz ó discurso sedicioso, los oficiales deben prender cinco ó seis soldados, y mandarles nombrar al que hubiese gritado. Si le descubriesen, este solo será pasado por las armas, prévia justificación. Sinó, echarán suertes para sufrir la pena uno de ellos (3).

#### ARTICULO IV.

##### FALTAS DE LOS CENTINELAS.

**501.** El centinela que abandona su puesto sin órden del cabo, el que se deja mudar por otro que su cabo, el que no avisa la novedad que advierte, tiene pena de muerte. Los que no sigan á sus cabos cuando vayan á apostarse ó vuelven, pena corporal. Los que se duermen, dos carreras de ba-

(1) Este es el único caso en que los reos son tratados, sin la formalidad del consejo de guerra [Caravantes, Juicios militares, p. 157].

(2) Los art. 36 hasta el 41, trat. 8, tit. 10, hablan del refugio á iglesias de parte de cierto número de soldados y de su pena.

(3) Orden, trat. 8, tit. 10, art. 26 y siguientes.

quetas, y obras públicas. Faltas menores, como sentarse, fumar etc. 25 palos, y dos meses de prision (1).

## ARTÍCULO V.

### DESERCION.

**502.** Los que deserten en campaña, ó de plaza, ó puestos dependientes del ejército, ó de guarnicion y cuarteles en tiempo de guerra: los que desertándose á paises extranjeros en paz ó guerra, fuesen aprehendidos media legua antes de la frontera: los que se hallaren con disfraz ó sin él embarcados sin licencia con destino á pais extranjero: los que desertasen en paz ó guerra escalando murallas ó forzando puertas: tienen pena de muerte (2). El desertor por primera vez sin alguna de estas circunstancias, cuatro meses de prision, y pérdida del derecho á inválidos; pero si se presentase dentro de ocho dias solo perderá el tiempo que hubiese servido: la segunda será pasado por las armas (3). El simple conato, tiene cuatro años de servicio en el mismo cuerpo (4).

## ARTÍCULO VI.

### COBARDIA.

**503.** Todo militar que estando en faccion de guerra, ó marchando á ella se escondiese, huyese, retirase con pretexto de herida ó contusion que no le imposibilite hacer su

(1) Ord. art. 56 y siguientes. La Ord. hacia estensiva tambien la pena de muerte á los particulares que atacaban al centinela.

(2) Ord. art. 91 y siguientes. La Ord. agregaba los particulares que inducian á la desercion.

(3) Comete desercion aun el soldado cumplido [art. 110].

(4) Sobre los encubridores, v. los art. 113 y siguientes, y decr. Set. 3 de 1860.



deber, ó de algun modo se escusase al combate en que debiese hallarse, será condenado segun las circunstancias. Pero él que por cobardía fuese el primero en volver la espalda sobre accion de guerra, bien sea empezada ya, ó á la vista del enemigo, marchando á buscarle, ó esperándole en la defensiva, podrá en el mismo acto ser muerto para su castigo y ejemplo de los demás (1).

## ARTÍCULO VII.

### ESPIONAJE.

**504.** El espionaje cometido por un militar, ó particular de cualquier sexo, tiene pena de horca por la Ordenanza, que hacia estensiva á este caso la jurisdiccion militar; pero tratándose de un particular es claro que hoy no se aplicarian sinó las leyes jenerales (2).

## ARTÍCULO VIII.

### DESÓRDENES EN LAS MARCHAS.

**505.** El soldado que hiciese daño en casa de particulares, durante la marcha, sufrirá un mes de prision, y pagará con sus alcances el perjuicio causado. Si el daño fuese superior á lo que puede pagar con la retencion de sus sueldos, baquetas y obras públicas por tiempo de su empeño. El que insultare de obra á las autoridades, pasado por las armas; y de palabra, baquetas y obras públicas (3).

## ARTÍCULO IX.

### AUXILIO PEDIDO EN LAS RIÑAS.

**506.** El sarjento, raho, soldado ó tambor que en una

(1) Ord. art. 117 y 18.

(2) Véase el n. 183.

(3) Ord. art. 73 y 74.



pendencia llamase en su ayuda al rejimiento, compañía ó pi-quete, guardia ó alguno de sus compañeros, será pasada por las armas, lo mismo que los que acudiesen á su llamado (1).

## ARTÍCULO X.

### HURTO EN CUARTEL.

**507** El hurto cometido en cuartel, tienda de campaña, casa de oficiales, ó del ejército; ó contra los vivanderos en campamento, cuartel, ó guarnicion, tiene pena de horca. Los demás, baquetas y seis años de arsenales, con restitucion de la alhaja ó su valor, siempre que pueda verificarse (2).

## CAPÍTULO VI.

### DELITOS MARÍTIMOS.

**508.** La jurisdiccion marítima es una parte de la militar, y se compone, como esta, de verdaderas comisiones creadas para el juicio del delito, y disueltas despues de concluido aquel. Antiguamente comprendia fuera de los delitos verdaderamente marítimos toda infraccion en los puertos y arsenales. Los ciudadanos mismos estaban sujetos á ella por estos hechos, como lo estaban tambien por los delitos á bordo (3). Pero despues que la ley dijo entre nosotros: «Los individuos de la marina permanente, y los matriculados, quedan en el caso de los artículos anteriores» (4), refiriéndose á los dos que reducen los delitos militares, á los cometi-

(1) Ord. art. 62 y 63.

(2) Ord. art. 70, 71 y 72.

(3) Ord. de la Armada.

(4) Ley Julio 6 de 1823, art. 5.



dos por un militar, es claro no puede haber tampoco delito marítimo, sinó en el que sea tal cometido por un marino, en servicio ó combate naval.

## ARTÍCULO I.

### ARRIAR BANDERA.

**509.** El oficial que arriare bandera sin órden espresa del Comandante, ó el que violentase á este á rendirse, tiene pena de muerte. La misma pena sufrirá cualquier individuo de la marina, ó tropa embarcada, que estando su bajel empeñado en combate, desampare cobardemente su puesto; él que en la accion ó antes de empezarla, levántase el grito, pidiendo que cese, ó no se emprenda, y él que arriase la bandera, sin órden del Comandante: él que viese ú oyese palabras de sedicion, y no diese parte al oficial mas cercano; y él que en combate ó naufragio desampare el buque (1).

## ARTÍCULO II.

### PÉRDIDA DEL BUQUE.

**510.** Por cualquier pérdida de un buque se pondrá en consejo de guerra á su Comandante, que resultará libre si justifica haber sido irremediable, pero probándose malicia en el hecho será sentenciado á muerte: si ignorancia, perderá el empleo; y si omision y falta de cuidado, se le impondrá además el tiempo de presidio que el consejo de guerra señalase. La misma pena de muerte es estensiva á todo él que maliciosamente pegase ó ayudase á pegar fuego á algun buque ó almacen, diese barreno, ó cortase los cables con el fin de que se pierda el bajel, y al timonel que ocasionase

(1) Estatuto Provisional de 1817, art. 9.



a pérdida por no seguir el rumbo señalado por el Comandante (1).

### ARTÍCULO III.

#### LEVANTAMIENTO Á BORDO.

**511.** Todos los cómplices en levantamiento ó rebelion, sea cual fuere el motivo que aleguen, echarán suertes para que de cada diez uno sea ahorcado; y los primeros fautores, con los que se hubiesen puesto á la cabeza de los amotinados, y los que hayan sido instrumentos para formar ó mantener la sedicion, serán ahorcados, en cualquier número que sean. Si el levantamiento fuese en buque suelto, y su Comandante juzgase indispensable el pronto castigo, ordenará el proceso inmediatamente por uno de sus oficiales, ó contador del buque, lo celebrará con todos sus oficiales, y hará ejecutar la sentencia que resultare. Esto mismo se dispensa, si el caso es urgente, á vista del enemigo, pues entonces prendidos que sean los sediciosos, echarán suertes para ser pasados por las armas (2).

### ARTÍCULO IV.

#### HERIDAS Á BORDO.

**512.** Cualquiera individuo que de caso pensado matase ó hiriese gravemente, será castigado de muerte, como él que diese con ventaja ó alevosía una herida grave, de que resultase morir el herido; pero sinó muriese se impondrá por el consejo de guerra al agresor la pena de diez años de presidio, siendo grave la herida, y si fuese leve, la pena proporcionada á las circunstancias (3).

(1) Estat. cit. art. 12.

(2) Estat. cit. art. 7.

(3) Estat. cit. art. 14. Estos son los principales delitos marítimos. Los demás pueden verse en la Ordenanza de la Armada, y en el Estatuto citado.





## TÍTULO III.

---

### DE LOS DELITOS ECLESIASTICOS.

---

#### CAPÍTULO I.

##### FUERO ECLESIASTICO.

**513.** No es de nuestro propósito esponer los testos en que se funda el poder coercitivo de la iglesia. Baste decir que él está reconocido por las leyes civiles (1). Los tribunales eclesiásticos tienen de consiguiente una existencia legítima; aunque sus atribuciones se han reducido mucho por la ley jeneral de abolicion de fueros (2). Hoy solo concuerden de los delitos que no pueden cometerse sinó por individuos del clero (3).

#### CAPÍTULO II.

##### CASOS EN QUE NO VALIA EL FUERO.

**514.** En el apojeeo mismo del fuero personal, los canones y leyes exceptuaban: 1º los clérigos de primera tonsura, sin beneficio eclesiástico, que cometian dos homicidios; 2º el clérigo de menores igualmente sin beneficio, y que no observaba lo prevenido por el Concilio Tridentino; 3º el clér-

(1) Leyes 1, 2 y 5, tit. 3, lib. 1, R. C.

(2) Ley de 5 de Julio de 1823.

(3) Ley cit. de 1823.

rigo en general que mandaba quitar la vida á alguno, valiéndose de asesinos; 4º el falsificador de moneda, de carta, ó sello del Rey, ó Pontífice, el hereje, el sodomita, y el autor de cualquier otro delito, que por las leyes merecía pena capital, estrañamiento perpétuo, minas, galeras ó arsenales (1).

### CAPÍTULO III.

#### CASOS EN QUE SE ESTENDIA LA JURISDICCION ECLESÍASTICA.

**315.** Estos casos variaron mucho, segun los tiempos. Pueden enumerarse como tales: 1º el delito de herejía; 2º la adulteracion de las sagradas escrituras; 3º la simonia; 4º el sacrilejo; 5º la usura; 6º el perjurio ante el juez eclesiástico; 7º el adulterio, y la bigamia bajo ciertos respectos (2); la blasfemia y sodomia (3).

### CAPÍTULO IV.

#### DELITOS COMUNES.

**316.** El privilegio de los clérigos fué siempre mas estenso que el de los militares (4). Hubo tiempo en que comprendia á los simples tonsurados, los cruzados, las viudas y huérfanos, los pobres, leprosos y extranjeros. *Miserabiles personæ*, decia el derecho canónico (5). A esto se agregaban todavia los delitos relacionados con la fé. Pero no tardó en observarse que estas excepciones odiosas eran causas

(1) Leyes 59 y siguientes, tit. 6, P. 1. En algunos de estos delitos se dispensaba hasta la prévia degradacion [Tapia, t. 9, p. 15, ed 1846].

(2) L. 2, tit. 26, P. 7, 56 y 58, tit. 6, P. 1, y 7, tit. 10, P. 4 y leyes del tit. 17, lib. 8, R. C.

(3) Algunos de estos delitos se llamaban de fuero mixto, como el sacrilegio, la blasfemia, la usura y sodomia [Tapia, t. 9, p. 23, ed. de 1846].

(4) L. 57, tit. 6, P. 1.

(5) Decret. Gregorio, lib. 2, tit. 2, c. 15.



con frecuencia de impunidad, y que ellas no estaban tampoco fundadas en el derecho divino, como pretendian algunos. *Omnis anima*, habia dicho el apóstol, *potestatibus sublimioribus subdita sit. Si omnis et vestra*, agrega San Bernardo, *quis vos excipit ab universitate?* La ley de abolicion de fueros no ha hecho mas que traducir este texto, y traído sin excepcion los delitos comunes de los clérigos á los tribunales ordinarios.

## CAPÍTULO V.

### DELITOS ECLESIASTICOS PROPIAMENTE.

**517.** Delito eclesiástico en sentido lato es toda accion ú omision que repugna al fin de la iglesia; pero en sentido estricto es solo el hecho contrario á la relijion ó á la misma iglesia. De estos unos pueden cometerse por todos los fieles, otros por los clérigos únicamente. La apostasia, *perfidia*, y la herejía, por ejemplo, pertenecen á los primeros (1). Por el contrario, pertenecen á los segundos la apostasia, *obedientia* ó *irregularitatis*. La solicitacion *ad turpia* en el confesonario, todo vicio en la recepcion de las órdenes, ó abuso en el ejercicio de ellas (2).

**518.** Las penas aplicables tambien unas son jenerales, y otras especiales á los clérigos. Las primeras son: 1º las penitencias públicas, sustituidas hoy por la excomunion menor, ó exclusion de los oficios divinos, y privacion de los sacramentos: 2º el anatema, ó excomunion mayor, que separa de la iglesia á un miembro culpable, privándole completamente de comunicacion (3): 3º la excomunion menor, y el entredicho, ó prohibicion de participar de ciertos ac-

(1) Nosotros los hemos estudiado con el nombre de delitos religiosos [v. n. 199 y 202]

(2) Gmeineri. Jus. ecles. t. 2, § 843 y siguientes.

(3) Esta pena solo se impone por delitos graves [Conc. Trid. ses. 25, c. 3.] Las leyes 1 y 22, tit. 5, lib. 8, R. C. imponen pena á los excomulgados que no apelan y persisten en su estado.

tos del culto, conservando no obstante la union con la comunidad. Las segundas son: 1º la suspension, que es de tres especies, del órden si el eclesiástico no tiene oficio, del órden y oficio á la vez, *ab officio et beneficio simul suspensus*, ó de las rentas del oficio solamente: 2º el retiro ó arresto en sitio á propósito para la penitencia: 3º la destitucion que se impone en virtud de proceso formado y fallado: 4º la degradacion ó exclusion del estado eclesiástico, *reductio ad communionem laicam*, que para los eclesiásticos es como la excomunion para los legos: 5º la prision en convento ó cárcel; 6º la entrega al brazo secular (1).

---

## TÍTULO IV.

---

### DE LOS DELITOS DE HACIENDA.

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**519.** La ley que abolió el fuero personal, dijo en su artículo sexto. «El conocimiento de las causas criminales de los empleados en el servicio de hacienda y correos, por delitos cometidos en el ejercicio de su oficio, corresponde al respectivo Ministerio». Todos estos hechos pues reconocen una jurisdiccion especial. Pero en su castigo rijen las mismas leyes jenerales. Los principales además los hemos tratado ya, hablando de los delitos contra la cosa pública (2). Estas razones, y la práctica constante del Gobierno de desprenderse voluntariamente del conocimiento de estos asun-

(1) V. las leyes del tit. 9, P. 1.

(2) V. el n. 281 y siguientes.



to, hace que no nos detengamos en mas consideraciones. El Gobierno limita por lo comun sus funciones en todos ellos a levantar el sumario, que remite en seguida con el reo á los tribunales competentes (1).

## TÍTULO V.

### DE LOS DELITOS DE LOS DIPUTADOS.

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**340.** Desde nuestras primeras leyes, los Diputados son inviolables por las opiniones vertidas en la tribuna, y por los demás delitos solo pueden ser aprehendidos infraganti (2). La Constitucion ha repetido esto mismo en términos todavía mas enérgicos. « No hay autoridad, dice que pueda procesarlos, ni reconvénirlos en ningun tiempo por sus opiniones » (3). Durante la asistencia á la lejislatura no podrán tampoco ser arrestados, excepto el caso de ser sorprendidos infraganti en la ejecucion de algun crimen que merezca pena de muerte, infamia, ú otra afflictiva (4). No pueden en fin ser acusados criminalmente sino por delitos de traicion, concusion, malversacion de fondos públicos, violacion de la Constitucion ú otras crímenes que merezcan pena infamante, ó de muerte: y aun de estos mismos no pueden serlo sino ante su cámara respectiva (5).

(1) N. 283.

(2) Ley de 10 de Marzo de 1813, art. 1 y 5.

(3) Art. 43 de la Constitucion. Pero si imprimiesen sus opiniones, recitarian en el derecho comun. Chasson, delits de la presse, t. 1, n. 102.

(4) Art. 44 de la Const.

(5) Art. 24 y 45, id.

**591.** Si la Cámara juzga por las dos terceras partes de votos que hay lugar á formacion de causa, lo declara así, y manda suspender al diputado que desde entónces queda sujeto á los tribunales competentes (1). Puede así mismo cada Cámara corregir á cualquiera de sus miembros, con igual número de votos, por desórden de conducta en el ejercicio de sus funciones, ó declararlo cesante por imposibilidad física ó moral, sobreviniendo á su incorporacion (2).

---

## TÍTULO VI.

---

### DE LOS DELITOS DE IMPRENTA.

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**592.** Escribir es obrar. *Scribere est agere*. La escritura puede pues someterse á la ley penal, y consiguientemente la prensa, litografía y gravado, que no son mas que manifestaciones distintas del pensamiento. Así, la Constitucion dice que todos pueden publicar por la prensa sus opiniones, pero con sujecion á la ley de la materia (3).

**593.** La ley de la prensa sin embargo es especial, porque lo es la naturaleza del delito. El cuerpo de este lenguaje técnico, preexiste á la infraccion. Es el objeto en que recae, el miembro roto, el cadáver de la victima, la cosa hur-

(1) Art. 45, in fine. Esta declaracion no importa aprobacion de la acusacion, sino sólo que no hay motivo político que se oponga á ella (Chassan, *loc. cit.* n. 110).

(2) Art. 46 id. Hasta donde se estiende el derecho de represion de cada Cámara, v. Chassan, *loc. cit.* n. 113.

(3) Art. 147 de la Constitucion.



tada (1). Mas en los procesos de la prensa, exceptuado el caso de una provocacion seguida de efecto, nunca puede señalarse el cuerpo del delito. Si se dijese que es el escrito mismo, se confundiria el cuerpo del delito con el instrumento (2). A diferencia tambien de los demás delitos el hecho y la intencion están aquí regularmente separados (3).

**524.** Segun la ley vijente son abusivos en jeneral los impresos que atacan la religion del Estado, que oxitan á sedicion, ó á trastornar el órden público, ó á desobedecer las leyes ó autoridad del país: los que aparezcan obscenos, contrarios á la moral, ú ofensivos al decoro ó decencia pública: los que ofendan con sátiras el honor ó reputacion de algun individuo, ó ridiculicen su persona, ó publiquen defectos de su vida privada, designándole por su nombre ó apellido, ó por señales que induzcan á determinarlo, aun cuando el editor ofrezca probar dichos defectos (4).

**525.** Los impresos pues que contienen injurias contra personas privadas son abusivos siempre, y no podria exceptionarse el acusado con la verdad de ellos; pero de esta disposicion están exceptuados los impresos que solo se dirijan á denunciar ó censurar los actos ú omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones (5). Amurallar tambien la vida pública, decia con razon Royer Collard, seria reconocer que el poder era del dominio del funcionario (6).

**526.** Las penas son una multa por lo menos de 500 pesos en beneficio del agraviado, é inhabilitacion para garantir por cuatro meses impreso alguno; ó en su defecto, cuatro meses de confinacion en uno de los pueblos de campaña, que no diste menos de 25 leguas, ni pase de 80. Estas penas

(1) Véase la 2ª parte, n. 151.

(2) Chassan, délits de la presse, t. 1, p. 13.

(3) Hello, Reg. Constit. t. 2, p. 213.

(4) Ley de Mayo 1828, art. 1ª y 2ª.

(5) Ley cit. art. 2.

(6) Disc. de 1819.





en ningún caso deben exceder de 2000 pesos, ni de un año de destierro. Pero cuando varios números de un periódico se declaren abusivos, los que fuesen responsables sufrirán separadamente la pena que cada uno merezca (1). Al efecto, la ley declara responsable el editor en primer lugar, y en su defecto ó ausencia el impresor; pero este nunca responde de la verdad de los hechos de los funcionarios, denunciados por persona conocida (2).

527. Cuando el abuso de la prensa, ofende la moral, ó tiende á trastornar el órden público, la acusacion es de cargo del Fiscal (3); en los demás casos toca deducirla á los particulares mismos ofendidos (4); pero el derecho de acusar impresos en uno y otro caso queda prescripto al mes de su publicacion (5). La acusacion puede hoy tambien entablarse ante la justicia ordinaria, ó ante el jurado, á eleccion del Fiscal ú ofendido (6). La jurisprudencia de la materia, debió recibir con esta disposicion una alteracion de trascendencia. Desde que se ocurría á los tribunales, las leyes en ejercicio debian ser las penales en jeneral, que permiten la prueba de las injurias privadas (7). Segun ellas, además, la misma pena tienen los autores del libelo, los distribuidores y lectores. *Eadem pena tenetur et qui emendum rendendum curaverit* (8). Sin embargo, en la práctica, los tribunales fundados en la ley del año 28, no admiten la prueba de las injurias privadas, ni persiguen la complicitad de los lectores y distribuidores. El peligro pues está solo en

(1) Ley cit. art. 3 y 4. La pena de los desórdenes en el local del juicio es discrecional [art. fin. de la ley cit.]

(2) Art. 5 y 6.

(3) Ley 10 de Octubre de 1822, art. 10.

(4) La ley de Octubre 10 de 1822, en defecto del agraviado, daba este derecho al agente del crimen [art. 11].

(5) Ley de Mayo de 1828.

(6) Ley de Setiembre 16 de 1857.

(7) V. el n. 386 y 387.

(8) L. 5, § 10, D. de injuriis.

la aplicacion de la jurisdiccion ordinaria, en los medios coercitivos de que ella dispone, y en la desproporcion de las penas (1).

(1) V. & Hello, Reg. Const. 2, p. 239 y siguientes.



FIN DE LA PRIMERA PARTE.

# INDICE DE LA PRIMERA PARTE.



## INTRODUCCION.

SACCION	1ª—Derecho de castigar.....	7
"	2ª—Leyes penales existentes.....	10
"	3ª—Origen, estension ó interpretacion de las leyes criminales.....	13

## PARTE 1ª.

### LEYES DE FONDO.

## LIBRO I.

### PRINCIPIOS JENERALES.

	Páginas.	
TITULO	1.—De los delitos en general.....	19
CAPITULO	1.—Definición.....	19
"	2.—Modos de cometer el delito.....	21
"	3.—Tentativa.....	21
"	4.—Complicidad.....	25
ARTICULO	1.—Antes de la ejecución.....	28
"	1.—Orden Superior.....	29
"	2.—Mandato ó comisión.....	30
"	3.—Provocación, instigación, ó consejo.....	32
"	4.—No impedir ó revelar el delito.....	34
"	5.—Auxilio ó ayuda en los actos preparatorios.....	35
ARTICULO	2.—Durante la ejecución.....	36
"	3.—Después de la Ejecución.....	37

§	1—Asilo del culpable.....	38
§	2—Ocultacion y distribucion de los objetos.....	39
§	3—Aprobacion del delito.....	40
§	4—Consecuencias.....	41
CAPITULO	5—Justificaciones.....	42
ARTICULO	1—Locura.....	43
«	2—Fuerza ó violencia.....	47
«	3—Defensa legitima.....	52
«	4—Caso fortuito.....	58
«	5—Alibi ó coartada.....	60
CAPITULO	6—Escusas.....	60
ARTICULO	1—Edad.....	61
«	2—Embraguez.....	64
«	3—Sonambulismo.....	67
«	4—Pasiones.....	68
«	5—Falta de intencion criminal.....	70
«	6—Ignorancia del derecho.....	71
«	7—Miseria y hambre.....	72
CAPITULO	7—Circunstancias atenuantes.....	73
TITULO	II.—De las penas en general.....	76
CAPITULO	1—Definicion.....	76
«	2—Calidades de las penas.....	78
«	3—Penas corporales ó afflictivas.....	80
ARTICULO	1—Pena de muerte.....	81
«	2—Presidio.....	83
«	3—Destierro.....	84
«	4—Simple prision.....	85
«	5—Servicio de las armas.....	86
CAPITULO	4—Penas infamantes.....	86
ARTICULO	1—Esposicion publica.....	89
«	2—Azotes.....	90
CAPITULO	5—Penas pecuniarias.....	91
ARTICULO	1—Confiscacion general.....	91
«	2—Confiscacion especial.....	92
«	3—Multa.....	93
«	4—Costas en lo criminal.....	95
«	5—Daños y perjuicios.....	96
CAPITULO	6—Ejecucion de las penas.....	97
ARTICULO	1—Ejecucion de las corporales.....	97
«	2—Ejecucion de las infamantes.....	99
«	3—Ejecucion de las pecuniarias.....	100
CAPITULO	7—Agravacion de las penas.....	101
ARTICULO	1—Reincidencia.....	101
«	2—Tiempo y lugar.....	103
«	3—Número y calidad de las personas.....	105
«	4—Manera de ejecutar el delito.....	106



ARTICULO	5—Frecuencia ó costumbre del delito.....	107
CAPITULO	8—Acumulacion de penas.....	108
TITULO	III.—De la estincion ó disminucion de las penas.....	111
CAPITULO	1—Amnistia ó indulto.....	111
"	2—Comutacion.....	113
"	3—Prescripcion.....	115
"	4—Rehabilitacion.....	116
"	5—Muerte y transaccion.....	117

## LIBRO II.

## DE LOS DELITOS PÚBLICOS.

TITULO	I.—De los delitos políticos.....	120
CAPITULO	1—Definicion.....	120
"	2—Delitos contra la seguridad exterior.....	121
ARTICULO	1—Guerrear contra la patria.....	121
"	2—Correspondencia con el enemigo.....	122
"	3—Ayuda ó consejo en las operaciones militares.....	123
"	4—Entrega de una parte del territorio.....	123
CAPITULO	3—Delitos contra la seguridad interior.....	124
ARTICULO	1—Rebelion.....	124
"	2—Guerra civil.....	126
CAPITULO	4—Penalidad.....	126
"	5—Delitos contra el derecho electoral.....	129
"	6—Asociaciones ilicitas.....	130
"	7—Servicio en la Guardia Nacional.....	131
TITULO	II.—De los delitos contra la religion.....	132
CAPITULO	1—Contra el dogma.....	132
ARTICULO	1—Herejia.....	132
"	2—Cisma.....	134
"	3—Apostasia.....	135
CAPITULO	2—Contra el culto.....	136
ARTICULO	1—Injurias y violencias contra los ministros.....	136
"	2—Blasfemia.....	137
"	3—Majia y sortilejo.....	138
"	4—Simonia.....	138
"	5—Sacrilejo.....	139
TITULO	III.—De los delitos contra la autoridad.....	141
CAPITULO	1—Resistencia á la justicia.....	141
"	2—Cárcel privada.....	143
"	3—Evasion y ocultacion de presos.....	145
TITULO	IV.—De los delitos de los funcionarios.....	149
CAPITULO	1—Allanamiento y violacion de domicilio.....	149



CAPITULO	2—Violacion de la correspondencia.....	150
«	3—Arrestos ilegales.....	152
«	4—Corrupcion.....	155
«	5—Concuslon.....	161
«	6—Ejercer un oficio incompatible.....	162
«	7—Violencias & injurias contra los particulares y denegacion de justicia.....	163
TITULO	V.—De los delitos de los ministros del culto.....	165
CAPITULO	1—Revelacion del secreto de la confesion.....	165
«	2—Falsedad ó informalidad en los actos del estado civil.....	166
«	3—Discursos y pastorales contra la autoridad civil.....	167
«	4—Correspondencia con la Corte de Roma.....	168
«	5—Usurpacion de funciones.....	169
TITULO	VI.—De los delitos contra la cosa pública.....	170
CAPITULO	1—Falsificacion de moneda.....	170
«	2—Falsificacion de sellos y escrituras públicas.....	175
«	3—Peculado.....	184
«	4—Contrabando.....	186
TITULO	VII.—De los delitos contra la moral.....	189
CAPITULO	1—Prostitucion.....	189
«	2—Lenocinio.....	191
«	3—Amancebamiento.....	193
«	4—Bigamia.....	195
«	5—Incesto.....	200
«	6—Sodomia y bestialidad.....	202
TITULO	VIII.—De los delitos contra la autoridad paterna.....	203
CAPITULO	ÚNICO—Matrimonio clandestino.....	203

### LIBRO III.

#### DE LOS DELITOS PRIVADOS.

TITULO	I.—De los delitos contra la vida.....	206
CAPITULO	1—Homicidio.....	206
ARTICULO	1—Parricidio.....	212
«	2—Infanticidio.....	215
«	3—Aborto.....	217
«	4—Exposicion de parto.....	220
CAPITULO	2—Asesinato.....	221
ARTICULO	1—Suicidio.....	224
«	2—Duelo.....	227
«	3—Envenenamiento.....	229
TITULO	II.—De los delitos contra la integridad de la persona.....	232



1—Heridas y golpes.....	232
2—Castracion.....	236
III.—De los delitos contra el pudor y la honra.....	237
1—Rapto.....	237
2—Estupro.....	240
3—Violacion.....	243
4—Adulterio.....	245
5—Injuria.....	257
6—Ultraje á los sepulcros y cadáveres.....	264
7—Calumnia.....	265
8—Falso testimonio.....	268
IV.—De los delitos contra la propiedad.....	274
1—Hurto.....	274
2—Incendio.....	296
3—Quiebra.....	300
4—Falsedad de escrituras privadas y papeles de comercio..	306
5—Estafa.....	306
6—Estelionato.....	315
7—Engaño en las ventas.....	316
8—Remocion de mojones.....	316

## LIBRO IV.

## DE LOS DELITOS DE LEGISLACION ESPECIAL.

I.—De los delitos de Policía.....	319
1—Vagancia.....	319
2—Mendicidad.....	322
3—Juego.....	323
4—Armas prohibidas.....	325
5—Palabras, pinturas y grabados obscenos.....	327
II.—De los delitos militares y marítimos.....	328
1—Fuero militar.....	328
2—Casos en que no valia el fuero.....	330
3—Casos en que se extendia la jurisdiccion militar....	331
4—Delitos comunes.....	331
5—Delitos militares propiamente.....	332
1—Inobediencia.....	332
2—Insultos y violencias contra los superiores.....	333
3—Sedicion.....	333
4—Faltas de los centinelas.....	334
5—Desercion.....	335
6—Cobardía.....	335
7—Espionaje.....	336



ARTICULO	8—Desórdenes en las marchas.....	.....
“	9—Auxilio pedido en las riñas.....	.....
“	10—Hurto en cuartel.....	.....
CAPITULO	6—Delitos marítimos.....	.....
ARTICULO	1—Arriar bandera.....	.....
“	2—Pérdida del buque.....	.....
“	3—Levantamiento á bordo.....	.....
“	4—Heridas á bordo.....	.....
TITULO	III.—De los delitos eclesiásticos.....	.....
CAPITULO	1—Fuero eclesiástico.....	.....
“	2—Casos en que no valia el fuero.....	.....
“	3—Casos en que se extendia el fuero.....	.....
“	4—Delitos comunes.....	.....
“	5—Delitos eclesiásticos propiamente.....	.....
TITULO	IV.—De los delitos de hacienda.....	.....
CAPITULO	ÚNICO.....	.....
TITULO	V.—De los delitos de los diputados.....	.....
CAPITULO	ÚNICO.....	.....
TITULO	VI.—De los delitos de imprenta.....	.....
CAPITULO	ÚNICO.....	.....



**CURSO**

**DE**

**DERECHO CRIMINAL**



---

Por convenio con el autor de la presente obra, esta edición que consta solo de mil ejemplares es propiedad de la casa de C. M. Joly.

Cada ejemplar lleva el sello de dicha casa.

---

EDITORIA C. M. JOLY  
119, VICTORIA 121.  
BUENOS AIRES



CURSO  
DE  
DERECHO CRIMINAL

POR  
CÁRLOS TEJEDOR

---

SEGUNDA PARTE:  
LEYES DE FORMAS

---

SEGUNDA EDICION

---

BUENOS AIRES

LIBRERÍA DE CL. M. JOLY, CALLE VICTORIA, 119-121

---

1871





# INTRODUCCION



1. Dijimos en la primera parte que esta nos enseñaría el conjunto de formas que constituyen el procedimiento criminal, ó de reglas á que está sujeta la accion represiva de la sociedad (1). Ha llegado el momento de cumplir nuestra promesa, emprendiendo un estudio no menos importante.

2. Desde que un pueblo conoce, dice Mittermayer, el precio de las libertades civiles é individuales, comprende que del proceso criminal puede hacerse un peligroso instrumento de opresion; que tienen derecho de vida y muerte sobre sus conciudadanos los que por su mision deciden si son ó no culpables (2). Si se examinan las formas, dice tambien Montesquieu, por el trabajo que tiene el ciudadano para que se le entregue lo suyo, ó se le dé satisfaccion de un ultraje, se encontrará que sobran; pero si las consideramos en relacion con la libertad y seguridad, se encontrará mas bien que son pocas; y que el trabajo, gastos, retardos, y peligros mismos de la justicia, son el precio que pagamos por nuestra libertad (3).

3. Pero estas formas no han nacido de repente. No son tampoco la invencion de un sábio, el producto de un siglo. Antes de entrar pues á su estudio conviene, como en la primera parte, trazar aunque sea á rasgos jenerales, sus principales cambios, para poder juzgar de las que rijen entre nosotros. Tal es el objeto de la presente introduccion, que dividiremos en cuatro secciones.

(1) 1ª Parte, n. 19.

(2) Mittermayer, de la prueba, cap. 1.

(3) Montesqu. Esp. de las leyes, lib. 6, cap. 2.

## SECCION PRIMERA.

**Tiempos antiguos.**

4. Si hubiéramos de explicar la legislación criminal de todos los pueblos antiguos, traspasaríamos los límites de esta introducción. A nuestro objeto basta conocer el procedimiento de los Griegos y Romanos. Los que quieran hacer un estudio más profundo, pueden registrar los libros especiales (1).

5. Entre los Romanos la acción criminal se confundió por mucho tiempo con la civil. La parte perjudicada podía indistintamente usar de una u otra. Solo en los delitos atroces ó contra la seguridad del Estado, el Senado instruía el proceso, y enviaba los culpables á la Asamblea del pueblo, cuando el hecho merecía pena capital; porque nadie sinó el pueblo podía imponerla al ciudadano romano. Este modo de ser duró medio siglo (2). Pero multiplicándose los delitos, comenzó á sentirse la necesidad de jurisdicciones más permanentes. Entonces se crearon las *quæstiones*, especie de delegación del Pueblo ó Senado; y más tarde, los *publica juditia*, ó *crimina extraordinaria*, que se distinguían de los primeros en que no eran fijos el procedimiento ni la pena (3).

6. Los *publica juditia* reconocían cuatro principios. 1.º La acción popular. Presentado el acusador, se le tomaba juramento, era munido de una *lex*, ó comisión, por el pretor de la *quæstio* para recoger la prueba, y quedaba señalado el día

(1) Dubois, leg. crim. des peuples anciens.

(2) Seiscientos años pasó Roma, dice un autor antiguo, sin tener jueces ordinarios en lo criminal [Ayrault, inst. jud. cit. por Trebutien.]

(3) De este modo fueron procesados y castigados los mártires cristianos [V. Bonnier, des preuves, n. 321.]





de los debates. 2º El procedimiento oral. Después de la *altercatio*, los testigos eran examinados sin consignarse por escrito sus respuestas (1). 3º el debate público. Todos los negocios se juzgaban en el *Forum*, rodeado el recinto por la multitud, como una corona, *corona consessus cinctus*. 4º Los jueces jurados *judices selecti* ó *jurati*. Estos jueces se eligieron anualmente entre los ciudadanos, hasta Dioclesiano que abolió todo el orden de los juicios (2); datando también de esta época la intervención del magistrado en la *inquisitio* (3), el derecho de apelación (4), y la costumbre de escribir las pruebas *apud acta audiuntur* (5).

7. Respecto de las pruebas, desde que el pueblo mismo fallaba, no era posible ninguna apreciación jurídica, ni reglas especiales. En la República no había pruebas propiamente dichas; y si bien en el Imperio cayeron en descrédito los tribunales populares, no se ve por eso funcionar un sistema legal de pruebas. Los *laudatores*, testigos del buen nombre del acusado, representan en este tiempo un papel importante. No es sino en las últimas constituciones, que se encuentran algunas reglas rechazando el testimonio de ciertas personas, y declarando prueba insuficiente la de un testigo (6).

8. Los mismos principios se encuentran entre los Griegos. En Atenas, como en Roma, el derecho de acusar era un medio de llegar a los honores; de ensayarse en las luchas oratorias (7). El debate tenía lugar oral y públicamente. Después de leerse la denuncia, el acusador desenvolvía

(1) Esta falta de constancia, dice Trebutien, era un vicio del procedimiento, porque violaba en cierto modo la defensa.

(2) Año 294, J. C. L. 3, Cód. de ped. jud. Sin embargo, las listas anuales habían ya desaparecido en parte delante del *praefectus urbis*, y los criminales extraordinarios.

(3) LL. 6, 7 y 9, Cód. Theod. de accusat.

(4) L. 20, Cod. de appellat.

(5) L. 2, C. Theod. de cust. reorum.

(6) L. 9, § 1, C. de testibus.

(7) Cicerón conquistó su fama en el proceso contra Verres, y Esquinos tuvo que sufrir el destierro por haber querido arruinar a Demóstenes.

los cargos, y hacia oír sus testigos, á que el acusado contestaba con los suyos. Las declaraciones formaban parte de la defensa del orador, que se detenía cuando necesitaba un testimonio. Los jueces del Areopago se reunían en la plaza, y apenas estaban separados de la multitud por una cuerda, que servía de barrera. Estos jueces se elegían como en Roma á la suerte, y su número se elevaba segun la gravedad de los negocios (1). La prueba en fin era igualmente vaga; y como en Roma tambien se admitía el testimonio (2).

## SECCION II.

### Tiempos bárbaros.

●. Comparando las instituciones de los bárbaros con lo que pasaba en Grecia y Roma, las analogías son numerosas. Todos los delitos se consideraban de derecho privado, y tenían penas pecuniarias. Exceptuábanse solamente los delitos contra el Estado, en que la nación entera, como en Roma juzgaba. *De majoribus, omnes* (3). Con pequeñas diferencias, el procedimiento tambien reconocía los mismos principios esplicados antes. La parte perjudicada podía llevar su acusación ante el *Mallum*, aunque ya no todos tenían este derecho, y en defecto de la parte, el juez podía perseguir de oficio. Era permitido denunciar solamente sin constituirse acusador. El *Mallum* ó corte del Conde, se componía de *boni homines in mallo residentes*. El procedimiento era pú-

(1) En ciertas acusaciones se vieron figurar hasta seis mil. .

(2) Entre los Romanos, el tormento durante la República era solo contra los esclavos, pero en el Imperio, pasó á ser un medio ordinario de proceder. [L.L. 15 y 18, § 1, 2 y 3, D. de quæst.] Del tormento en Atenas dá fe Cicéron. [De part. orat. 34.] y Tit. Livio, cita ejemplos en Beocia y Sicilia, [lib. 24, cap. 5.]

(3) Tacito, de morib. germ. c. 11.





blico, *in praesenti populo* (1); y oral, único modo por otra parte que podía convenir á la ignorancia y costumbres groseras de los bárbaros (2). Los mismos tribunales eclesiásticos siguieron estas formas; y los juicios por este tiempo fueron igualmente públicos en ellos. El Obispo en medio de sus diáconos, cual un majistrado entre sus asesores, era él que examinaba y fallaba las causas (3).

10. Las diferencias mas esenciales se encuentran en la prueba. La confesion bastaba en jeneral para condenar. En su defecto, se conocia la prueba testimonial, el juramento *per conjuradores*, y los combates judiciales. La primera fué el medio ordinario. Pero con el tiempo se sobrepusieron los juicios de Dios, segun las máximas favoritas, *el muerto es el culpado, el vencido paga la multa*; hasta que la iglesia que al principio no habia visto con disgusto estos juicios, comenzó á resistirlos, porque era tentar á Dios, decia: *In quo Deus tentari videtur* (4). Es de notarse tambien que en este periodo no se usó del tormento contra los hombres libres (5).

### SECCION III.

#### Tiempos medios.

11. Las cosas permanecieron así hasta el siglo XII en que empezó á florecer en las universidades el estudio del derecho romano; y dedicándose á él los clérigos con espe-

(1) En tiempo de Carlomagno se escluyeron las mujeres y los frailes.

(2) Trebutien, *droit crim.* t. 1.

(3) Tapia, t. 9, p. 63, ed. 1846, *in omni judicio, dico el decreto de Graciano, quatuor personas necesse est semper adesse: id est, iudices selectos, accusatores idoneos, defensores congruos, atque testes legitimos* [Caus. 2, q. 3, c. 2.]

(4) Decret, lib. 5, tit. 35, c. 1 y 3. Estos juicios no fueron prohibidos hasta Estevan V.

(5) Trebutien, *lug. cit.*

cial afición, pronto reemplazaron en los tribunales eclesiásticos la acusación por la denuncia, la acción privada por la persecución de oficio (1), la publicidad de los debates por la información secreta (2); y de aquí pasó todo á los códigos españoles.

12. Las Partidas, como los canones, dicen « que la verdad de los malos fechos se puede saber en tres maneras, por acusación, por denuncia, y por oficio del juez, haciendo ende pesquisa » (3). Esta pesquisa es secreta (4). La transacción se permite de los delitos mismos de sangre (5). La *lid de caballeros*, es condenada porque en tales lides « pierde la verdad e vence la mentira » (6). Nacen los casos de Côte, y la residencia (7). El fuero eclesiástico se agranda considerablemente (8). Se confirma el procedimiento escrito, los jueces sedentarios, y de elección del rey, que en España venían de mas lejos (9). El emblema en suma de esta época, repetido en las Recopiladas de Castilla y de Indias, es que toda justicia emana del rey.

#### SECCION IV.

##### Tiempos modernos.

13. Cuando vino la revolución del siglo 18, el látigo resonaba en toda Europa, dice Ortolan (10). Pero merced á ella

(1) Decret. Greg. lib. 5, tit. c. 30.

(2) Sexti, lib. 5, tit. 1, c. 20.

(3) Proem de la Part. 7.

(4) Leyes del tit. 17, P. 3.

(5) L. 22, tit. 1, P. 7.

(6) L. 8, tit. 14, P. 3.

(7) L. 6, tit. 6, P. 3.

(8) L. 57, tit. 6, P. 1.

(9) Leyes del tit. 1, lib. 2, F. Juzgo.

(10) Legisl. comparée.





la jurisdicción vuelve á ser un poder social derivado de la misma fuente, la soberanía, mejorada por la igualdad (1). Las formas son en adelante parte esencial de la ley. Los jueces pesquisidores y delegados, terror de la justicia, desaparecen. El tormento, medio inicuo de prueba, es abolido. La defensa declarada inviolable. La acción pública representada por un magistrado desconocido hasta entonces. El secreto se conserva, pero solo mientras se recojen las pruebas. Los jurados, que, según la expresión de Montesquieu, hacen nulo é invisible el poder terrible de juzgar (2), ocupa el lugar de los jueces de derecho. El poder judicial independiente de todo otro, no está sujeto ya mas que á sus propios errores ó debilidades.

14. Nacidos bajo el imperio de estas ideas, las máquinas del tormento fueron quebrantadas inmediatamente (3). El tribunal de la inquisición, siempre mal modelo, fué estinguido (4), al mismo tiempo que se extinguían los títulos, y se declaraba la ley penal igual para todos (5). La seguridad individual recibe nuevas formas y garantías (6). Los reos adquieren el derecho de nombrar padrino que presencie su confesión, y las declaraciones de los testigos; y que cuide de que todo se siente sin modificaciones ni alteraciones (7). Las sentencias para ser válidas deben pronunciarse por el texto espreso de la ley (8); y nadie puede ya ser penado sin juicio y sentencia legal (9).

(1) Morin, Rep.

(2) Esp. de las leyes, lib. 11, c. 6.

(3) Ley de la Asamblea, Mayo 21 de 1813.

(4) Ley Marzo 24 de 1813.

(5) Ley de Mayo 21 de 1813, y art. 146 de la Constitución.

(6) Dec. Nov. 23 de 1811, Regl. de just. 1815, art. 15 y siguientes, y Constitución art. 145 y siguientes.

(7) Regl. de just. de 1815, art. 7 y 8. La segunda parte no está en práctica.

(8) Regl. cit. art. 13. Se admite sin embargo, el arbitrio prudencial de los jueces, y se confirma la práctica de los tribunales de proscribir ó moderar las penas atroces.

(9) Art. 165 y 161 de la Constitución.

■ ■ Tales son las principales modificaciones que los juicios criminales deben al sistema de libertad; y preciso es confesar que son bien pocas para lo que hemos hecho en otras materias.





## PARTE PRIMERA.

---

### LEYES DE FORMA.

16. Siguiendo el método de la primera parte, dividiremos también esta en cuatro libros. En el primero, estudiaremos los principios generales que dirigen la acción criminal, su distinta naturaleza y objetos, su extensión y límites, jueces á quienes corresponde, y organización de los tribunales. En el segundo, los procedimientos comunes de todo juicio criminal, en sus dos partes principales, sumario y plenario. En el tercero, algunos incidentes del juicio, que habrían interrumpido el desenvolvimiento lógico del juicio, y que por su importancia merecen considerarse aparte. En el cuarto, los procedimientos propios de los delitos de legislación especial.

---

## LIBRO I.

---

### PRINCIPIOS GENERALES.

17. Acción en general es la facultad de perseguir en juicio nuestro derecho. *Jus persequendi in judicio quod sibi de-*

*betur* (1). Pero lo que se nos puede deber por un delito, ó es un daño contra la sociedad, ó contra un individuo (2). De aquí la division de la accion en criminal ó civil, que despues del establecimiento del ministerio fiscal otros conocen con los nombres de pública y privada. Llámase criminal, ó pública, cuando su objeto es la pena corporal del delito, ó la pecuniaria aplicable al fisco: *Magis contumeliæ quam pecuniæ persecutionem habet* (3). Civil ó privada, si se trata solamente del interés particular, si *lis pecuniariter æstimatur* (4), sea que la causa descienda de contrato ó delito (5).

18. Las leyes romanas distinguían las acciones penales por sus nombres, *furti, injuriæ, ex lege Aquilia, de albo corrupto, de suspensis vel positis, de dejectis vel effusis*; á las que se agregaban las *noxales*, que daban lugar á una accion civil-criminal, llamada así porque pedia la pena pecuniaria del duplo ó cuádruplo. Pero todo esto ha cesado entre nosotros. Los delitos ya no dan lugar sinó á una accion pública ó privada; y las penas del duplo ó cuádruplo han desaparecido completamente de la práctica, sin embargo de aplicar todavia el triple para el robo las Recopiladas (6).

(1) Inst. lib. 6, tit. 6.

(2) Escriche, accion civil y criminal.

(3) Cujacio, Obs. lib. 17, c. 17.

(4) Cujacio, lug. cit. De aquí viene que los antiguos la conocian tambien con el nombre de *æstimatoria*.

(5) G. Lop. gl. 1, L. 9, tit. 14, P. 3. J. Clarus, q. 1. n. 1 y 2.

(6) Escriche, accion persecutoria, penal y mixta, al fin.





# TÍTULO I.

---

## NATURALEZA Y OBJETO DE LA ACCION CRIMINAL.

---

### CAPÍTULO I.

#### CARACTÈRES DISTINTIVOS

19. Hoy todos están de acuerdo en reconocer que la acción pública es un atributo de la soberanía. De aquí se deduce que en las Repúblicas la nación entera debía ejercerlo. Pero poderosas consideraciones aconsejan reservar este derecho á majistrados exentos de pasiones y debilidades. En la mejor de las repúblicas, decía Servan, es mas fácil al malvado escapar á una acusacion verdadera que al hombre honrado de una falsa. (1).

20. La acción pública sin embargo no depende de esos majistrados, y no está en manos de ellos dejar sin castigo un hecho que presente los caractères del delito. Es además independiente de todo interés privado. Así, el desistimiento del particular no la detiene, segun la máxima *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Solo el poder social por medio de la amnistia ó el indulto tiene este derecho (2). Exceptuando los delitos leves no puede tampoco comprometerse en arbitros « como quier que cada uno del

(1) De l'influence de la philos. sur l'instr. crim. p. 17.

(2) L. 10, tit. 24, lib. 8, R. C.



pueblo las pueda demandar » (1), ni ejercitar contra hechos meramente reprecensibles, de que ninguna ley penal habla (2). Los mismos días feriados no son un obstáculo «porque amigo de Dios es, dice la ley, quien enemigo de Dios mata en cualquier tiempo » (3).

**21.** La acción privada por el contrario puede ejercerse por cualquiera que haya sufrido daño por el hecho criminal. En los principios del derecho romano esta acción excluía la pública. Entre nosotros sin excluirla participa de ella, por cuanto el delito no puede apreciarse debidamente bajo el punto de vista de la pena, sin que esto mismo sirva para estimar el perjuicio (4). Puede ejercerse también por los herederos y contra los herederos, ó personas civilmente, responsables de las faltas de otros, como el padre y tutor (5). Ella es en fin susceptible de libre abandono, y de comprometerse en arbitros, porque versa sobre la propiedad, ó derechos personales (6).

**22.** Ambas acciones difieren hasta en el modo de proceder y en la calidad de las pruebas. La acción privada se entabla por medio de una manifestación en regla de los agravios de persona determinada contra otra igualmente determinada. La pública, especialmente si el procedimiento es de oficio, rara vez se dirige desde el principio contra reo cierto (7). La acción privada es siempre ordinaria; esto es, se

(1) L. 24, tit. 4, P. 3, y 22, tit. 8, lib. 7, R. Ind. La L. 24, tit. 4, P. 3, establece sin embargo en ciertos casos una especie de compromiso en la persona misma del acusador. « Empero si un ome oviese fecho tuerto ó deshonra a otro, e se metiese en su mano.... sobre tal cosa como esta bien podría ser avenidor. »

(2) Art. 162 de la Constitución.

(3) L.L. 34 y 35, tit. 2, P. 3. Según la Curia la razón es porque la causa del reo es piadosa [P. 3, § 15, n. 1.]

(4) Trébutien, droit criminel.

(5) Esta responsabilidad del padre y tutor tiene sus límites, como esplicamos en la 1ª parte, n. 111, nota 3.

(6) L. cit. 24, tit. 4, P. 3, y 22, tit. 8, lib. 7, R. Y. Según G. Lopez, esta regla se ha de aplicar siempre que la pena es á favor de la parte, *non si fixo* [gl. 1.]

(7) Ortolan, Elem. de droit penal.

guardan en ella, todos los trámites y plazos. La pública acorta todos los términos, y puede dispensarse de muchas solemnidades (1). Pruebas hay en fin que se admiten en la accion privada, y que rechaza la accion pública, y las excepciones mismas como la prescripcion tienen distinto carácter en lo criminal que en lo civil (2). Las dos se parecen, sin embargo, en que el sumario es secreto.



## CAPÍTULO II.

### EJERCICIO DE LA ACCION PÚBLICA.

23. Antiguamente, como hemos dicho, la persecucion de un delito por la parte perjudicada escluía la accion pública. En la mayor parte de los pueblos modernos, el ministerio fiscal escluye por el contrario á los particulares, siempre que se trata del castigo. Entre nosotros tenemos ambas cosas porque hemos aceptado aquella institucion sin cambiar en nada los principios existentes.

24. Por nuestras leyes, pues, la accion pública puede ejercitarse por el agraviado y sus herederos ó representantes legales y convencionales, por cualquiera del pueblo, por el juez de oficio, ó por el ministerio fiscal. En unos casos, las leyes conceden este derecho á las personas ofendidas, con exclusion del ministerio (3). En otros, sin perjuicio de que este coadyuve al querellante particular (4). En otros, en fin es de su deber acusar, como del juez perseguir de oficio, aunque no halla particular que se querelle, como sucede en

(1) *Judicium ordinarium hodie muncupamus ab ordine procedendi: extraordinarium vero, quod non ita justam, omnibus que numeris absolutam ordinis rationem exigit* [Calvino Lexicon. jurid.]

(2) V. á Ortolan, Elem. n. 1661.

(3) Tal es el caso del adulterio; pero una vez intentada la accion, tiene el ministerio que intervenir como representante de la sociedad [Viscaino, Pract. Crim. t. 3, n. 350.]

(4) Esta es la regla jeneral en todas las acciones.

los delitos notorios (1). Pero la presencia del ministerio es indispensable en todas las causas criminales, porque si bien la acción puede intentarse solo por los particulares en ciertos casos, una vez intentada, es forzoso en ellos mismos oírle en representación de los intereses públicos.

■ 25. Advertiremos solamente que la acción popular tan usada en la antigua Grecia y Roma, está hoy desacreditada « En el espíritu de la República, dice Montesquieu, cada ciudadano debe tener por el bien público un zelo sin límites, y hasta debía ser castigado aquel que fuese negligente en segundar á los magistrados; pero son de temerse los delatores avaros y ambiciosos, y los ciudadanos viven mas tranquilos, siempre que haya una parte pública que vela y obra por ellos » (2). La libertad de las acusaciones, dice otro escritor, es mas propia para intimidar á los buenos que para contener á los malos. Ella difunde por toda la sociedad jérmenes fecundos de odios hereditarios, de divisiones, enemistades y facciones. Semejante principio solo parece conveniente en un gobierno de tal modo bueno, que nadie se sienta tentado á acusar á otro (3).

## CAPÍTULO III.

### EJERCICIO DE LA ACCION PRIVADA.

■ 26. La acción privada solo puede intentarse por la parte perjudicada, los herederos, los cesionarios ó los acreedores (4). Pero por la parte perjudicada no debe entenderse

(1) Véase los n. 147 y 150.

(2) Esp. de las leyes, lib. 6, c. 8.

(3) Sorvan, lug. cit. p. 17.

(4) Sin embargo, como en los delitos públicos no siempre se presentan á usar de sus acciones los interesados, y otras veces cuando se los ofrece la causa que se ha emprendido de oficio, contestan que la justicia haga su deber, es práctica corriente pedir al fiscal las indemnizaciones al mismo tiempo que la pena. El ministerio debe su protección á personas que sin ella quedarían muchas veces por ignorancia ó pobreza privadas de toda reparación.



la víctima misma del delito; porque á veces sin ser el ofendido directamente, se puede tener este interés, como el marido por ejemplo en los ultrajes hechos á su mujer, ó cualquiera persona en los hechos á los parientes dentro del cuatro grado (1). En estos casos, decía el derecho romano, el acusador representa la causa del dolor, *causam agit doloris*. «Es- tos á tales, dicen las Partidas, se mueven con derecha razón é con dolor» (2).

37. En los herederos, es preciso distinguir si el delito es anterior ó posterior á la muerte del ofendido. En el primer caso, si esto ajitó la acción, y está contestado el litis (3), los herederos pueden continuar el derecho que encuentran en ejercicio, porque el derecho no cambia de naturaleza en sus manos. *Heredit per hereditatem adquiritur* (4). Pero si no la ajitó, solo pasa á los herederos, la acción por la restitución y los daños, *damnum absque injuria* (5). En el segundo, siendo la difamación contra la persona solamente, los herederos debían carecer de acción, porque no tienen un interés directo. Así era en efecto por el derecho romano. Justiniano después de enunciar muchas acciones penales que pasan á los herederos, agrega: *excepta injuriarum actione, et si quæ alia similis inventatur* (6). Pero las Partidas deciden lo contrario. «Porque según derecho, dicen, como una persona es contada la del heredero, e la de aquel á quien heredó» (7).

38. Respecto de los cesionarios no puede haber dificult-

(1) Leyes 1, 2, 6, 21 y 20, tit. 1. y 9, tit. 9, P. 7.

(2) L. 20, in fine, tit. 1, P. 7.

(3) Según G. Lopez, no hasta la citación [gl. 2 y 5, ley 25, tit. 1, P. 7.]

(4) L. 1, § 9, D. de inj. et. fam. lib.

(5) «Por quanto fallasen que vino en poder del finado.» L. 25, tit. 1, P. 7.

(6) *Et delicto vel occasione delicti* [G. Lopez, gl. 9.] La misma acción civil penal de las antiguas leyes no pasaba á los herederos, con excepción de la injuria «fecha en la sazón de la enfermedad de que murió» [L. 23, tit. 9, P. 7.]

(7) V. Curia, P. 3, § 8, n. 12.

(8) Inst. lib. 4, tit. 12, § 1.

(9) L. 13, tit. 9, P. 7. V. también la L. 23, antes citada ibi, e después de finado.





tad, porque el daño que es el fin de la acción privada se traduce siempre en una suma de dinero, que puede ser evaluada como cualquiera otra cosa. La cesión no cambia el fondo del derecho, desde que se intente en nombre del perjudicado; pero debemos advertir que esta clase de cesiones nunca pueden tener la simpatía de los tribunales (1).

2º. Por último, si el delito recae sobre los bienes, tampoco cabe duda del derecho de los acreedores. No así en el caso de que sea contra la persona, porque el deudor no ha dado su honor en prenda a los acreedores, y de consiguiente solo él es juez de la conveniencia de intentar la acción (2).

## CAPÍTULO IV.

### RELACION ENTRE AMBAS ACCIONES.

3º. Es regla jeneral en esta materia, que la acusación resiste la contra acusación, reconvencción y compensación; pero se exceptúan varios casos: 1º si las dos acusaciones nacen de un propio delito, como si la mujer ó su cómplice dicen que el marido consintió el adulterio (3), ó si uno acusa á otro de ladrón, y el acusado dice que el acusador es su cómplice; 2º si el delito con que se reconviene ó contra acusa es mayor, *sive accuset estraneum, sive accusatorem* (4), pues si fuese menor, ó igual debe suspenderse su conocimiento, hasta que se acabe la primera acusación, á menos que el delito sea contra el mismo

(1) Trebutien, droit crim.

(2) Trebutien, droit crim.

(3) L. 7, tit. 17, P. 7. Según esta ley, el cómplice necesita oponer antes de la contestación el hecho del marido, para surtir el efecto de que este sea castigado. La adúltera por el contrario en cualquier tiempo que lo oponga, arrastra siempre en el castigo á su marido.

(4) G. Lopez, gl. 4, L. 4, tit. P. 7. *El plane procedit, agrega, ante nomen rei receptum inter eos cum tunc nihil repugnet, et etiam post si accusare vellet estraneum.*



acusado ó los suyos (1); ó si dos acusan á un reo, por delito grave el uno, y el otro por leve, porque de lo contrario el acusador del menor se quedaria sin la satisfaccion de su injuria, y el reo sin el castigo merecido (2); 3º si se trata de injurias y el reo pretende que el acusador lo injurió primero, pues segun vimos en la primera parte, la compensacion seria admitida en este caso (3).

**31.** Pero si el juez carece de jurisdiccion contra el acusador, no habrá lugar á la reconvenccion; porque el que demanda criminalmente lo hace precisado por la injuria que recibió, y no voluntariamente, como en las materias civiles (4). El acusado criminalmente no puede tampoco reconvenir civilmente, pero el demandado civilmente puede reconvenir criminalmente, con la misma condicion de que el juez sea el competente del autor, suspendiéndose entretanto la civil (5). Segun los autores, sin embargo, la accion civil del actor no se suspenderia por la criminal del reo en varios casos: 1º si el demandado no tiene interés en que se sobresea, ó la criminal no se deduce con este fin; 2º si tarda mucho el demandado en poner su acusacion; 3º si objetada la falsedad de los testigos tiene el actor otros de que valerse; 4º si la criminal se intenta por una tercera persona, ó por el juez de oficio; 5º si entablada la demanda, el reo intenta la acusacion por via de excepcion, pues entonces como perentoria se examina junto con la principal (6).

**32.** Otra regla comun de la justicia represiva y civil es que el juez competente para estatuir sobre la accion, lo es

(1) L. 4, tit. 1, P. 7. V. tambien L. 4, tit. 10, P. 3. Pero no basta que sea mayor, dice G. Lopez, sino que es preciso tambien que sea perjudicial, *quia alias sequerentur multa absurditates* [gl. 3 á la ley 4 cit.]

(2) Tapia, t. 5, p. 37, ed. de 1846.

(3) Part. 1ª n. 389.

(4) Villanova, Obs. 6, c. 1, n. 27.

(5) Tapia, lug. cit. p. 34, n. 15. Este caso solo prohibia presentarse en nuestros juzgados de campaña.

(6) Tapia, lug. cit. p. 34, n. 15. Sobre las precauciones que debe usar el abogado para deducir en estos casos la accion criminal, v. el n. 30.



para las cuestiones incidentales ; porque la accion pública no podia paralizarse al capricho del acusado (1). Esta competencia se estiende al contrato mismo en que reside el delito, porque entre uno y otro existe una indivisibilidad que obliga á apreciarlos juntamente. Se estiende tambien al estado de las personas, porque si bien este es un objeto civil en sí mismo, y esencialmente *perjudiciales* las cuestiones á él anexas (2), da ó puede dar lugar á cometer grandes delitos, y por este lado pertenece á la justicia criminal (3).

**33.** Es regla tambien que la parte perjudicada puede elegir de las dos acciones la que quiera, pero hecha la eleccion no puede volver atras, pendiente la primera. *Electa una via, recluditur regressus ad alteram* (3). La razon, es, dice Julio Claro, porque seria inicuo que despues de intentar la accion criminal, se privase al reo del tiempo necesario para su defensa, á virtud de las molestias de un juicio civil (5). Otros, la buscan en la renuncia que se supone hecha por la eleccion de la accion. *Qui ex pluribus actionibus, unam eligit, atiam quam non eligit repudiare intelligitur, in consequentiam necessariam* (6). Dos leyes romanas decidian en efecto casos especiales conforme á esta regla (7). Pero en ninguna se encuentra la máxima como jeneral. Por el contrario, otra dice terminantemente, *nunquam actiones, præsertim personales, de eadem rem concurrentes, alia aliam consumit* (8).

**34.** Nuestras leyes admiten la misma regla (9), pero ella

(1) En el delito de bigamia, véase lo que hemos dicho en los n. 305 y 306 de la primera parte.

(2) Sobre estas cuestiones, v. á Toullier, t. 10, n. 216 y siguientes.

(3) Morin, Rep. v. questions prejudiciables, n. 4 y siguientes.

(4) Esta eleccion puede ser expresa ó tácita (Tapia, t. 5, p. 33, n. 12, ed. 1846.)

(5) J. Clarus, q. 2, n. 3.

(6) Favre, *audacissimus interpretum*, segun Gravina. [Véase su comentario, § 1. de tribut. actione.]

(7) L. 22, § 1. Cód. de furtis y L. 9, § 1 de tribut. actione.

(8) L. 130, D. de reg. juris. Véase sobre estas leyes á Toullier, t. 10, n. 181 y siguientes.

(9) LL. 21, tit. 9. P. 7. v 7. tit. 10. P. 3. Estas leyes sin embargo, sea



debe entenderse de la antigua accion *civil-penal*, con la penal puramente; «porque de un yerro non debe ome recibir dos penas», como dice la ley (1). La accion puramente privada ó civil puede ejercerse acesoriamente con la criminal, y aun despues de terminada esta, porque las dos acciones traen su orijen de una misma causa: las dos competen á un mismo actor y contra un mismo reo; y las dos se dirijen á objetos que si bien son diferentes, no se excluyen (2). Solo si, conviene intentarse la accion civil antes del fallo en la criminal; porque de lo contrario la sentencia podria producir excepcion de cosa juzgada (3).

35. Por lo demás, así como el actor puede demandar á muchos en un escrito por una misma cosa ó hecho, ó por varios (4), así tambien el acusador puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos: pero no por uno solo, ni contra mas de dos personas. «E aun dezimos que aquel que oviese fechas dos acusaciones, non puede fazer la tercera, fasta que sean acabadas por juicio las primeras» (5). Mas si se acusasen muchos, dice G. Lopez, *de uno et eodem delicto, seu diversis, eodem tamen tempore et facto commissis, tunc etiam mille poterit accusare in uno libello* (6).

oscureas y contradictorias. La una sienta la regla hablando de las deshonras, de que puede pedirse pena de pecho ó corporal. La otra supone el caso de un siervo que con dinero hurtado al amo manda comprar una cosa, á otro que sabe el hurto; y dá al señor dos acciones, la del *duplo* por el hurto, contra el que recibió el dinero, ó la civil por la restitution, sin poder intentar las dos juntas.

(1) L. 21, tit. 9, P. 7.

(2) V. G. Lop. gl. 5, L. 9, tit. 14, P. 7. En la práctica, esto se hace por un otro si.

(3) Escriche, acumulacion de acciones.

(4) L. 7, tit. 10, P. 8.

(5) L. 2, tit. 1, P. 7.

(6) Gl. 10, L. 2, cit.



## TÍTULO II.

---

### EXTENSION Y LÍMITES DE LA ACCION CRIMINAL.

---

#### CAPITULO I.

##### POR RAZON DE LAS PERSONAS.

**36.** Habitar un territorio es someterse á sus autoridades. *Intraste urbem, ambula juxta ritum ejus*. El derecho de castigar se deriva de la soberanía, que abraza todo el territorio. Este principio, inscripto en la mayor parte de los códigos, viene desde las leyes romanas (1). Las Partidas dicen: « todos aquellos que son del señorío.... e los otros que fueren de otro señorío » (2). *Tanquam subditus temporarius*, segun la espresion de Grocio (3). Pero esta regla tiene varias excepciones.

**37.** La primera es la de los ministros diplomáticos, bajo cuyo nombre se comprenden los embajadores, plenipotenciarios, nuncios, internuncios, legados, enviados residentes, secretarios de embajada y encargados de negocios (4). Los cónsules no son considerados tales, ni gozan de mas inmunidades que las que les acuerdan los tratados internacio-

(1) L. 13, de officio præsis y 1, Cód. de crim. agi oportet.

(2) L. 15, tit. 1, P. 1. « *Contrahentes aut delinquentes* » (G. Lopez, Gl. 1.)

(3) Lib. 2, cap. 11, § 5, n. 2.

(4) La espresion consagrada entre los Romanos era la de *legati* (L. 7, D. ad leg. Jul. de vi publ.) y otras veces la de *oratores* (titul. de *Legationibus*, lib. 1, c. 2.)



nales (1). Estos representantes de las naciones extranjeras deben, segun el derecho de jentes, gozar en el país en que se les recibe de *inviolabilidad é independencia*. ¿Cuál es la estension de estas palabras?

**38.** Los autores sostienen sobre este punto tres sistemas distintos. Segun unos no deben estar sometidos á ninguna autoridad (2). *Sancti habentur legati*, decia la ley romana (3). Asi en caso de cometer un delito, la autoridad del país debe limitarse dicen á ordenarles que se retiren, ó á obrar como si ignorase el delito (4). Segun otros, la inviolabilidad é independencia no pueden ir hasta la inmunidad de la jurisdiccion, porque no siendo mas que una proteccion acordada contra las violencias ó injurias para los tiempos de guerra, estos privilegios son inútiles y abusivos en tiempo de paz (5). Segun otros, en fin, conviene distinguir. Los ministros no deben perder la proteccion sinó por hechos graves que los despojen de su calidad, y especialmente por los complots y exitaciones á la revuelta, porque entonces se viola el pacto en virtud del cual fueron recibidos, y el Estado usa de su derecho de lejitima defensa. En los demás casos, bastará enviarlos á su soberano, ó pedir autorizacion para castigarlos (6).

**39.** Nosotros cremos que ninguno de estos sistemas puede erijirse en regla absoluta. Por una parte las leyes de seguridad de un país obligan á toda persona que reside en él, sin que haya excepcion escrita respecto de los agentes diplomáticos. Por otra, la inviolabilidad consagrada por el derecho de jentes, debe producir ciertas inmunidades, cuya es-

(1) Vattel, lib. 4, c. 6 y lib. 2, c. 2, v. la ley 6, tit. 11, lib. 6, Novis. Recop.

(2) Bynkersoek, de foro competenti legatorum, c. 8, § 12.

(3) L. 17, D. de legationibus.

(4) Grocio, trad. de Barbeyrac, lib. 2, c. 18, § 4, n. 7 y 8, Vattel, lib. 4, c. 7, n. 92, y Montesqu. Esp. de las leyes, lib. 26, c. 21.

(5) Perezius, Protectiones in Codicem, Vera Perfecto Embajador, y Coetus de Legationibus, q. 3, t. 3, p. 749.

(6) Merlin, Repert. v. ministre public, § 5, y Burlamaqui, c. 15.

tension depende de usos que no están admitidos jeneralmente, y de tratados internacionales que difieren segun los tiempos y relaciones respectivas de los Estados (1). Solo en una cosa están conformes todos, á saber que si los agentes diplomáticos no violan las leyes, no puede causarseles injuria de ninguna especie, ni emplear contra ellos los medios de coaccion que autoriza la ley ordinaria (2).

40. Hay que hacer alguna diferencia tambien entre la jurisdiccion civil y criminal. En cuanto á la segunda, la legislacion romana tiene algunos testos de los cuales se ha deducido que los ministros no podian ser citados ante los jueces de Roma, por hechos anteriores á su mision, aunque si, por los cometidos por ellos ó sus esclavos, durante la diputacion (3). El Código de Prusia, dice testualmente, «que los embajadores y personas de la legacion no están sometidos á la autoridad del país» (4). Pero hoy la regla mas comun es admitir el privilegio por los hechos comunes, y negarlo por los delitos de Estado (5). Esto es al menos el principio profesado en Francia (6). Por lo que hace á la jurisdiccion civil una ley Recopilada, entre nosotros, exceptúa «las obligaciones y deudas contraidas durante el ejercicio de sus funciones, porque lo contrario fuera, dice, contra justicia y razon» (7).

41. Las mismas dudas ofrecen las inmunidades de las personas de la casa del ministro. La inviolabilidad de los ministros se estiende hasta ellas segun muchos tratadistas del derecho de jentes. Así, la injuria que les fuese hecha, se reputa inferida al ministro mismo (8). La independencia, las

(1) Morin, Rep. v. agents. diplom. n. 1 y 2.

(2) Segun las leyes Romanas el ofensor en estos casos debia ser entregado á discrecion, [L. 7, D. ad leg. Jul. de vi publ. y 17, D. de legationibus.]

(3) L. 3, § 2, D. de judiciis y 12, D. accusat.

(4) 1ª parte, art. 221, n. 4.

(5) Merlin, Rep. v. ministre public. sect. 5, § 4, art. 3.

(6) Favard. Rep. v. ministre public.

(7) Auto 7, tít. 8, lib. 6, R. C.

(8) L. 7, D. ad leg. Jul. y Grocio, lib. 3, c. 18, § 8, n. 2.





ibra igualmente dicen en materia civil y criminal de la jurisdiccion del país, siendo su juez nato el ministro (1).

42. Nosotros no aceptamos tampoco estas conclusiones extremas. El ministro extranjero, á pesar de la ficcion que considera su casa fuera del territorio, no puede ejercer la jurisdiccion criminal contra las leyes del país, ni menos impedir el cumplimiento de las obligaciones civiles que las personas de su casa hubiesen contraido durante su mision (2). Todo lo que en nombre de sus privilegios puede exigirse en lo criminal es que se le pida el culpable, y se le presenten los indicios suficientes de culpabilidad (3); y en lo civil, que se le guarden las atenciones que son de práctica en todos los negocios civiles en que ellos intervienen (4).

43. La segunda excepcion es la de los miembros del gobierno, del poder judicial, y lejislativo. El hombre político que tiene parte en el gobierno de cualquiera de estos modos, está revestido de una mision pública, cuyo libre cumplimiento interesa á la sociedad. Su autoridad resulta de una delegacion directa ó indirecta del pueblo, y nadie debe, hablando en jeneral, tener la posibilidad de atentar contra este mandato, ó turbar su ejercicio. No es un privilegio de la persona, sino de las funciones, aunque por razon de ser la persona indivisible, cubra en ciertos casos todos sus actos (5).

44. Con razon pues desde nuestros primeros ensayos lejislativos, los Diputados son inviolables por las opiniones vertidas en la tribuna (6), y por los demás delitos solo pueden

(1) Reyneval, p. 368.

(2) Los ministros mismos como hemos visto, no están exentos de estas obligaciones [n. 40.]

(3) Las leyes españolas son espresas en los casos graves [autos 4 y 5, tít. 8, lib. 6, R. C.] Véase la Resolucion de 3 de abril de 1770, que es la L. 7, tít. 9, lib. 3, Nov. R.]

(4) F. Hélie de l'instr. crim. t. 2, p. 553. Esta es tambien la opinion de Grocio mismo [lib. 2, c. 8, § 18.]

(5) Trebutien, droit criminel.

(6) Ley 10 de marzo de 1813, art. 1.



ser aprehendidos en casos *infraganti* de enorme gravedad (1). Segun la Constitucion tambien, el gobernador, sus ministros y los miembros del tribunal de justicia no pueden ser acusados por ciertos delitos (2), sinó ante el Senado que entre nosotros se limita á la separacion (3), á diferencia de Inglaterra donde aplica tambien la pena (4).

45. En rigor, este privilegio debia estenderse á algunos agentes del Poder Ejecutivo en ciertos actos, porque este no puede ser responsable por los hechos de sus agentes, sinó en tanto que estos se hallen obligados á ejecutar puntualmente sus órdenes; y los agentes no pueden estar obligados á obedecer, sinó á condicion de no temer al poder judicial, cuando ejecutan las órdenes que reciben (5). Pero no conocemos mas ley con que sostener esta prerogativa que la Recopilada que prohibe sin licencia del rey prender á los jefes de provincia, y otros agentes de categoria (6): y la de Partidas, que exceptuaba los jueces del crimen, entonces agentes del Ejecutivo, durante su oficio, menos en los abusos contra las partes mismas (7); la cual con el cambio de sistema politico ha caido en desuso.

46. La tercera excepcion la formaban antiguamente las municipalidades y demás personas morales. Una ley de Partida, hablando de la fuerza cometida por un mandatario del Cabildo dice que «debe ser penado tambien el Cabildo como él» (8). Con motivo de la espulsion de los Judios otra

(1) Ley cit. art. 5.

(2) Art. 24, Constitucion. La misma accion popular de que habla el art. 128, no puede entenderse sinó ante el Senado.

(3) Art. 33 de la Constitucion, «quedando no obstante sujeto á acusacion, juicio, ó castigo conforme á la ley.»

(4) Jefferson creia suficientes los tribunales ordinarios en todos estos casos.

(5) Trebutien, Cours de droit. crimin.

(6) Céd. de 8 de diciembre de 1772. La ley que entre nosotros creó las Prefecturas era mas bien contraria, [V. art. 10 y 11, ley 15 de Setiembre de 1857.]

(7) L. 11, tit. 1, P. 7.

(8) L. 17, tit. 10, P. 7. G. Lop. limita esta disposicion al caso en que no aparecen los delincuentes.



ley Recopilada dice que « en caso de grave y detestable crimen, es razon que el tal consejo y universidad sea disuelto y aniquilado, y los menores por los mayores, los unos por los otros sean punidos » (1). Entre los antiguos criminalistas esta doctrina no tenia duda alguna (2), y nosotros mismos, en la ley de municipalidades, decimos que son *responsables* ante la ley y los tribunales « por todo hecho definido por la ley como crimen ó delito, correspondiendo la accion al fiscal público, ó cualquier individuo de la municipalidad, é igualmente á cualquiera ciudadano particular » (3).

47. Pero estos seres colectivos no pueden ser agentes personalmente responsables de los delitos. Semejante personificacion no es mas que una creacion metafisica del derecho. Hay ciertamente una congregacion de individuos dotados cada uno de razon y libertad moral; pero en cuanto al ser colectivo la ley que lo constituye es importante para atribuirle las dos facultades indispensables de toda imputabilidad. Si en derecho civil sucede otra cosa, es porque en punto á intereses pecuniarios no repugna que se pueda adquirir ó enajenar por consejos de administracion. La pena de disolucion por otra parte es solo una medida de utilidad no de derecho penal (4). Creemos pues que las leyes espresadas no tienen ya aplicacion práctica. Si se conoce el delincuente, porque solo contra él se dirigiria la accion. Si no se conoce, porque no deben responder los unos por los otros.

## CAPÍTULO II.

### POR RAZON DE LOS LUGARES.

48. Segun la regla sentada en el capitulo anterior, nin-

(1) L. 7, tít. 2, lib. 8, R. C. V. tambien la ley 146 del Estillo.

(2) J. Cierus, q. 16, n. 7, y siguientes. Curia, P. 3, § 9, n. 1.

(3) Ley de las Municipalidades, art. 56.

(4) Ortolan, Elem. de droit. pénal, n. 491.

guna dificultad ofrecería esta materia, sinó fuesen las ficciones que varios motivos han introducido en el derecho, entre ellas, la de la *exterioridad*, cuyo efecto es considerar la casa de los agentes diplomáticos como fuera de la nación, declarándola tan inviolable como las personas, por la necesidad de respetar la independencia y secretos de la misión (1).

49. Semejante ficción no es seria á la verdad. No lo es en sí misma, porque las garantías que ella importa podrían darse sin recurrir á una ficción que envuelve consecuencias inaceptables, y someter la jurisdicción propia á la extraña; si hubiera de dársele toda la estension que se pretende (2). No lo es en sus efectos, porque ella no impide el derecho de perseguir y aun prender dentro de la casa del ministro los malhechores que se refugian en ella. La inmunidad de la casa de los ministros es solo de puertas adentro, dice una ley Recopilada (3). Ella consiste pues en conocer y decidir las cuestiones y hechos de las jentes de su servicio; pero no en ejecutar en su casa las penas pronunciadas por él (4); ni menos en impedir el ejercicio de la jurisdicción criminal del Estado. Sin embargo, en la práctica nunca se procede al allanamiento de la casa de un ministro sin su consentimiento, y entre nosotros parece favorecer esta opinión la ley que dice que los oficiales de justicia solo podrán ejercer su oficio hasta las puertas de ellas (5).

50. La misma ficción comprende: 1º el territorio extraño en que flota la bandera nacional: 2º el mar llamado territorial: 3º los buques con pabellon nacional, que se hallan en el puerto ó en el océano. Empecemos por el primero de estos casos.

51. Ocupado un territorio en tiempo de paz, la compe-

(1) Vattel, lib. 4, c. 9, n. 117 y 118.

(2) Trebutien, droit criminel, t. 2.

(3) «Siendo esto y nada mas, agregaba Felipe V en 1716, lo que se practica en París con mis embajadores» [Auto 6, tit. 8, lib. 6, R. C.]

(4) F. Hélie, instr. crim. t. 2, p. 558.

(5) Auto 3, tit. 8, lib. 6, R. C.





tencia de los tribunales militares se extiende solamente á los súbditos de la nacion á que pertenece el ejército. En guerra, á todos los habitantes sometidos á la ocupacion. Pero en ningun caso esta ocupacion militar cambia la jurisdiccion nacional. Semejante efecto solo es producido cuando hay incorporacion definitiva. No deben confundirse tampoco los hechos de derecho comun con los derechos que se derivan de la guerra, y las medidas de mando, que es consiguiente á toda ocupacion temporal (1).

50. Respecto del mar territorial es regla admitida jeneralmente, que los delitos cometidos en él se consideran cometidos en el territorio; pero la dificultad está en definir el mar territorial. La costumbre de las naciones, y muchos tratados públicos, permiten trazar á una distancia conveniente de las costas, una línea imaginaria, que es como su frontera marítima, y dentro de esta línea el buque se dice dentro de las *aguas* del Estado (2). Los autores modernos la estienen jeneralmente hasta el alcance del cañon (3). *Terræ potestas finitur*, decia Binkershoek, *ubi finitur armorum vis* (4).

53. Los buques se consideran tambien una porcion desprendida del territorio, pero es preciso distinguir los mercantes de los de guerra. En plena mar unos y otros siguen la soberanía del país á que pertenecen (5). De consiguiente los delitos cometidos á bordo es como si se cometiesen en el territorio del Estado (6). Esta es al menos la doctrina del derecho de jentes, pero entre nosotros las Partidas parecen

(1) Th. Ortolan, diplom. de la mer, lib. 2, c. 13.

(2) Pinheiro Ferreyra, llama esta línea de *respeto* [nota 22, al derecho de jentes de Martens.]

(3) Klüber, derecho de jentes, § 130. Azuni, derecho marit. t. 1, c. 2, art. 2, § 14. Wheaton, Elem. de droit. intern. P. 2, c. 4, § 7.

(4) De dominio maris. c. 2.

(5) En este caso, no es tanto la calidad del buque como el lugar en que se encuentra lo que decide la cuestion. *Quamvis in mare non sit territorium, tamen in eo jurisdiccion exercetur.*

(6) Sean nacionales ó extranjeros los culpables, del equipaje ó pasajeros, y aun momentáneamente á bordo, (Fólix, n. 506.)

disponer otra cosa, mandando presentar al delincuente á los jueces del puerto de la descarga (1), que muy bien podrian no ser los jueces propios (2).

54. Si el delito cometido á bordo es en el mar territorial, en una rada, ó puerto extranjero, la cosa no es tan sencilla. Las dos soberanias, la que manda en el buque y la que manda en el puerto ó mar territorial, están en conflicto (3). La opinion mas recibida en el derecho de jentes es que los buques de guerra nunca pasan á la jurisdiccion del país, cuyas aguas ocupan. De consiguiente, los delitos cometidos á su bordo son de la competencia de los tribunales de la nacion á que pertenece el buque (4); aunque si la parte perjudicada y el autor del hecho, son hijos del país en cuyas aguas se comete el delito, podria el culpable sin inconveniente, dicen algunos, ser abandonado á la justicia local (5).

55. Pero cuando el buque es mercante, la cuestion no se resuelve tan uniformemente. La situacion de estos buques es mixta, y el beneficio de la exterritorialidad no puede aplicarse á todos los hechos (6). Wheaton sienta la regla jeneral de que es necesaria una convencion especial para estar exentos de la jurisdiccion local (7). La legislacion francesa declara que los derechos de la potencia á que pertenece el buque deben respetarse en los actos de disciplina y delitos del

(1) L. 2, tít. 9, P. 5. Lo mismo disponia la Ord. de Bilbao, c. 24, n. 28, y hoy el art. 1064 del Cód. de Com.

(2) Wheaton, lug. cit. § 10, n. 3.

(3) G. Lopez, se proponia ya esta duda. *Sed quomodo iudex portus, dicti, cui naxis applicuit erit competens ad punitionem delicti, quod neque commissum est in suo territorio neque qui commisit subditus est tali iudici ratione domicilii vel originis? Potest dici quod ex quo delinquit in mari, quod omnibus est commune... et quia hoc suadet utilitas publica et necessitas, quia alias delictum remaneret impunitum* [Gl. 3, L. 2, tít. 7 P. cit.]

(4) Massé, droit comm. t. 2, p. 61.

(5) Ortolan, [Theod.] Dipl. de la mer, lib. 2, c. 13.

(6) Massé, droit commercial, t. 2, p. 64.

(7) P. 2, c. 2, § 10.





equipaje entre sí, cuando por ellos no se compromete la tranquilidad del puerto; pero no en los delitos cometidos á bordo contra personas extrañas á la tripulacion y en los de esta misma cuando se compromete con ellos la tranquilidad del puerto (1).

56. Veamos ahora las reglas que gobiernan los delitos cometidos en país extranjero, y la extradicion.

57. La jurisdiccion del país no puede ponerse en duda respecto de la accion civil, del mismo modo que en todas las obligaciones (2). La dificultad está en la jurisdiccion criminal. Aquí viene la gran distincion de estatutos reales y personales. ¿A cuál de estas clases pertenecen las leyes penales? Como el estudio de este punto nos llevaria demasiado lejos, nos limitaremos á sentar como principios admitidos: 1º que el extranjero que comete fuera del país un delito, aunque sea contra un ciudadano suyo no puede estar sujeto á una ley penal que no lo obliga ni se hizo para él (3); 2º que el hijo del país que en tierra extraña comete un delito grave, sea contra quien fuese, debe castigarse por la ley del país (4), porque el mandato del legislador ha sido violado por un agente que le debia obediencia (5).

58. La extradicion es un acto por el cual un Estado entrega el reo de un delito cometido fuera su territorio, á otro Estado cuya justicia es la competente para juzgarlo, y castigarlo. Esta demanda es legitima porque es la consecuencia del derecho de castigar. Sin embargo como no esta fun-

(1) En la práctica esta es tambien la doctrina de los Americanos, á pesar de la opinion de Wheaton [Th. Ortolan, Diplom. de la mer. lib. 2, c. 13.]

(2) L. 15, tit. 14, P. 3.

(3) Los Romanos mismos aunque poco acostumbrados á poner límites á su poder consagraron este principio. *Opportet enim, dice el Emperador Teodoro, illic criminum judicia agitari, ubi facinus dicitur admisum.*

(4) Conforme con este principio es muy notable la ley Recopilada sobre delitos [auto 1, t. 8, lib. 8, R. C.]

(5) Trebutien, droit. crim. t. 2. No faltan sin embargo autores que piensan lo contrario, fundados en la independencia de las naciones, y en el mismo interés de castigar estos delitos [Vilan. obs. 1, c. 20, n. 9.]

dada en la soberanía, cada Estado se reserva los actos necesarios de la extradición. Algunos han pretendido que no debía acordarse nunca (1): pero la única opinión recibida en la práctica es que se necesita de cláusula especial en un tratado público, para que la obligación sea rigurosa (2). La extradición antiguamente se miraba con disfavor, porque entonces la regla general era el derecho de asilo, y la soberanía política reconocía como superior á la religiosa (3).

**59.** Medida de alta administración, y no de justicia, la extradición entra esencialmente en los dominios del poder ejecutivo. Puede sin embargo promoverla el judicial y conocer después de la causa. La solicitud debe introducirse por el ministerio de relaciones exteriores con un título que justifique la demanda, y que emane de la justicia. Pero el gobierno extraño puede oponer excepciones, si la persona reclamada es reo de un delito cometido en el Estado, ó si ha prescrito el delito, según las leyes del país en que se ha refugiado. Es además regla universal en esta materia, no entregar á los hijos del Estado que es solicitado por la entrega, ni á los acusados por los delitos políticos (4). En caso de conflicto entre dos potencias reclamantes, es preciso distinguir si los delitos son diversos, ó uno solo. En el primer caso, la preferencia puede nacer de la gravedad del hecho, ó de la prioridad de la demanda. En el segundo, parece que el principio de la territorialidad debe vencer (5).

**60.** Hay otra extradición que pide formas más simples, tal es la de los desertores. Las necesidades del servicio han atribuido á los comandantes de buques, agentes diplomáticos y aun consulares el derecho de reclamar estos fujitivos: y

(1) Pinheiro Ferreyra.

(2) Fœlix, droit. int. privé, p. 579.

(3) Berteauld, Cód. pen. p. 569.

(4) F. Helie, instr. crim. t. 2. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las Provincias, dice entre nosotros el art. 8 de la Constitución general.

(5) Berteauld Cód. pen. p. 577.



la costumbre comun, sancionada por muchos tratados, es prestar los auxilios necesarios para su aprehension (1).

¶1. El delincuente puede no haberse refugiado á un territorio extraño, sinó á un buque de otra nacion. ¿Qué proceder deberá observarse? Por regla jeneral, los buques no son hechos para servir de asilo á los criminales, y muchos tratados contienen ya la prohibicion espresa de recibirlos. La razon aconseja tambien alguna diferencia entre el territorio de un Estado, y un buque anclado en las aguas extrañas. Sin embargo en la práctica, por un sentimiento de humanidad que nadie toma á mal, se acuerda y respeta en los refugiados políticos, ó cuando la infraccion es lijera; quedando por este solo hecho extrañados (2).

¶2. Concluiremos diciendo algo sobre el asilo religioso, aunque casi no existe ya. Establecido desde el tiempo de los Godos (3), confirmado por el Fuero Real (4), y Partidas (5), el asilo consistia, segun estas leyes, en que no debia sacarse por fuerza al refugiado, ni imponerle pena corporal (6). Pero las excepciones no tardaron, y las Partidas mismas contienen infinitas (7), ratificadas y estendidas por leyes posteriores (8). Las iglesias que entre nosotros gozan de este privilejio son la Piedad y San Telmo, de acuerdo con la Constitucion de Clemente XVI (9). La Constitucion de Gregorio XIV, que disponia otra cosa, no fué recibida en España, ni ha sido observada nunca, si hemos de creer á los autores regni-

(1) Theod. Ortolan, Diplom. lug. cit. p. 348. Pinheiro Ferreyra, encuentra tambien esta conducta incompatible con los principios de un sistema constitucional.

(2) Th. Ortolan, lug. cit. p. 328.

(3) L. 1, tit. 3, lib. 10, F. Juzgo. .

(4) L. 15, tit. 20, lib. 3, F. R.

(5) Leyes del tit. 11, P. 1.

(6) L. 2, tit. 11, P. 1.

(7) Leyes 4 y 5, tit. y P. cit. Dando por razon «que la casa de Dios no ha de ser fecha cueva de ladrones.»

(8) L. 3, tit. 2, lib. 1, R. C. y leyes del tit. 4, lib. 1, R. Y.

(9) 11 de Setiembre de 1772.



colas (1). Del proceder que debe emplearse cuando el caso ocurra, hablaremos mas adelante (2).

63. El asilo entre los antiguos era una necesidad. Los templos, los altares de sus dioses y heroes, las estátuas, y aun las tumbas, eran pocas para acoger á los que abatia el rigor de las leyes, ó la violencia de los tiranos. Las principales ciudades, Atenas, Roma y Tebas, se llenaron por este medio de ciudadanos. Pero hoy, dice Becaria, no debe haber ningun lugar que sea independiente de las leyes; porque la impunidad y el derecho de asilo solo defieren del mas al menos.

### CAPÍTULO III.

#### POR LA EXTINCION DE LA ACCION.

64. Las mismas causas que estinguen las penas, y que dejamos esplicadas en la primera parte, estinguen las acciones (3); así es que pasamos á tratar de ellas lijeramente, con excepcion de la cosa juzgada, que habiamos reservado para este lugar, y que necesita algunos detalles por su importancia.

65. Toda accion se estingue, pues, 1º por la muerte del acusador ó acusado «ante que den juicio contra él» (4). La muerte «desata e desfaze, dice otra ley, tambien á los yerros como á los facedores de ellos» (5). *Crimen morte fi-*

(1) Mathieu, de re crim. contr. 7, n. 14. Caravantes, Juicios Militares, p. 193.

(2) N. 408 y siguientes. Los clérigos gozan tambien de esta inmunidad segun Tapia, t. 9, p. 108, ed. 1846.

(3) 1ª parte, n. 166 y siguientes. Las leyes romanas como las españolas no hablaban especialmente de la prescripcion de la pena; pero pronunciada la condenacion nacia la accion *ex judicio* que se prescribia por treinta años [Berteauld, Cod. penal, p. 523.]

(4) L. 23, tit. 1, P. 7.

(5) L. 7, tit. y P. cit.



colas (1). Del proceder que debe emplearse cuando el caso ocurra, hablaremos mas adelante (2).

**63.** El asilo entre los antiguos era una necesidad. Los templos, los altares de sus dioses y heroes, las estatuas, y aun las tumbas, eran pocas para acoger á los que abatia el rigor de las leyes, ó la violencia de los tiranos. Las principales ciudades, Atenas, Roma y Tebas, se llenaron por este medio de ciudadanos. Pero hoy, dice Becaria, no debe haber ningun lugar que sea independiente de las leyes; porque la impunidad y el derecho de asilo solo defieren del mas al menos.

## CAPÍTULO III.

### POR LA EXTINCION DE LA ACCION.

**64.** Las mismas causas que estinguen las penas, y que dejamos esplicadas en la primera parte, estinguen las acciones (3); así es que pasamos á tratar de ellas lijeramente, con excepcion de la cosa juzgada, que habiamos reservado para este lugar, y que necesita algunos detalles por su importancia.

**65.** Toda accion se estingue, pues, 1º por la muerte del acusador ó acusado «ante que den juicio contra él» (4). La muerte «desata e desfaze, dice otra ley, tambien á los yerros como á los facedores de ellos» (5). *Crimen morte fi-*

(1) Mathou, de re crim, contr. 7, n. 14. Caravantes, Juicios Militares, p. 193.

(2) N. 408 y siguientes. Los clérigos gozan tambien de esta inmunidad segun Tapia, t. 9, p. 108, ed. 1846.

(3) 1ª parte, n. 166 y siguientes. Las leyes romanas como las españolas no hablaban especialmente de la prescripcion de la pena; pero pronunciada la condenacion nacia la accion *ex judicio* que se prescribia por treinta años [Berteauld, Cod. penal, p. 523.]

(4) L. 23, tit. 1, P. 7.

(5) L. 7, tit. y P. cit.

*nitum est*, decia la ley romana (1). En ciertos casos, sin embargo los herederos ó parientes del acusador, podian de nuevo deducir la accion, lo mismo que el juez seguirla de oficio (2). Los autores siguiendo el derecho romano limitan esta facultad de los herederos á treinta dias; pero esta limitacion no se encuentra en la ley (3). Muerto el acusador, el juez declaró finalizada la causa, y carga á la herencia las costas. El acusado puede pedir tambien una declaracion judicial de su inocencia (4). Varias leyes hablaban antiguamente del proceso contra el cadáver en ciertos delitos (5). Pero estas disposiciones han caido en desuso con la confiscacion, y actos de barbarie que eran su objeto. Muerto el acusado antes de la condenacion, se acaba todo procedimiento entre entre nosotros (6).

**66.** 2º Por la transaccion. Las reglas de las Partidas son muy orijinales á este respecto. En los delitos merecedores de muerte ó perdimiento de miembro, puede transarse, dicen: «porque guisada cosa es e derecha que todo ome pueda redimir su sangre» (7). En los demás, el desistimiento producía el efecto de dar al acusador por *fechor* (8), atendiéndose mas, como se ve, á la calidad de la pena que al título del delito (9). Hoy la transaccion solo puede extinguir

(1) LL. 1 y 6, Cód. si reus mortum fuerit.

(2) L. 23, tít. y P. cit. v. tambien J. Clarus, q. 51, n. 10. Otra ley ofrece un caso de proseguir el heredero el proceso «en alzada, en razon de los bienes» L. 28, tít. 23, P. 3.

(3) G. Lop. gl. 3, á la L. 23 cit.

(4) Vilanova, Obs. 6, c. 1.

(5) Leyes 7 y 8, tít. y P. cit.

(6) Véase sin embargo, lo que dijimos en la 1ª parte nota fin. del n. 66. Si la muerte, como la locura, sobreviene *post completum processum*, las penas pecuniarias podrian perseguirse todavia en los bienes [G. Lop. gl. 4, ley 23, tít. 1, P. 7.]

(7) L. 22, tít. 1, P. 7, que exceptúa el adulterio.

(8) L. 22, cit. con excepcion tambien de la falsedad, y cuando se transa por evitar las molestias del juicio, en cuyo caso el acusador restituye lo que recibió, con el cuatro tanto, si se le demanda dentro de un año, ó el doble pasado este.

(9) G. Lop. gl. 2, ley 22 cit.

la accion civil (4), aun en los procesos que empiezan por querrela de parte, pues si el delito es grave, el juez debe seguir la causa de oficio, haciendo el ministerio fiscal las veces del acusador. (2). La jurisprudencia antigua en el caso de querrela de parte, admitia la extincion de las dos acciones por la transaccion (3).

●7. 3º Por amnistia ó indulto. En la primera parte esplicamos bastante la diferencia entre estas palabras, los delitos en que el perdon podia recaer, y la subsistencia, á pesar de la gracia, de las acciones particulares (4). Nada tenemos que agregar á lo que entonces dijimos.

●8. 4º Por la prescripcion. Sobre el término de la prescripcion de la accion nada tenemos que añadir, porque es el mismo de las penas (5). Este término se cuenta desde el dia del delito, sin incluirlo, porque la accion no puede nacer ante de la infraccion. Se cuenta por dias, y no por horas, porque no seria completo, si se comprendiese el *dies a quo* ¿Pero cuál se llamará el dia del delito? Si el delito consiste en un hecho único, *instantáneo*, no puede haber dificultad; pero si el delito es *sucesivo* (*reiterabili*), compuesto de una série de actos indivisibles, como el arresto ilegal por, ejemplo (6), la prescripcion no puede comenzar sinó despues que todos han cesado, porque mientras se está cometiendo, ninguna prescripcion puede correr (7). La dificultad es mayor en los delitos *complejos*, ó

(1) Pero si los herederos son varios, para producir este efecto, debe hacerse con todos [G. Lopez, gl. 6, á la ley 22 cit.] V. tambien sobre la aplicacion de esta ley en la práctica de Mathou de re crim. contrav. 27, n. 7 y siguientes.

(2) L. 10, tit. 24, lib. 8, R. C. y 22, tit. 8, lib. 7, R. Indiana. La pena, sin embargo, se disminuye por los tribunales, cuando media este desisimiento [Escribche, acusacion in fine.]

(3) J. Clarus, q. 58, n. 3.

(4) N. 166 y siguientes.

(5) V. la 1ª parte, n. 172.

(6) De ahí viene que otros llamen *permanentes* esta clase de delitos.

(7) J. Clarus, q. 51, n. 3.





*colectivos*, como los llaman otros, por componerse de muchos hechos separados, como el lenocinio habitual; y en los delitos llamados *conexos*. Según unos, si el último hecho complejo no está cubierto por la prescripción, pueden referirse á él los anteriores. Según otros, cada hecho separado se prescribe en su término respectivo (1). En los delitos conexos, la regla es que el que ha sido causa de cometer otro, no puede prescribirse sinó al mismo tiempo que este (2). Es de advertir también, que no todas las causas de suspensión ó interrupción de la prescripción en materia civil, son admisibles en la criminal, porque el fundamento de la prescripción es aquí diferente (3); y que el mismo beneficio de restitución *in integrum*, no tiene lugar pasado el tiempo de la prescripción (4).

69. 5º Por la cosa juzgada, pero esta causa de que nos ocupamos por primera vez, merece un estudio detenido, como dijimos antes.

70. Cuando una decisión judicial ha recorrido todas las fases de exámen, determinadas por la ley, queda cubierta de una presunción absoluta de verdad. *Res judicata pro veritate habetur*, decía la ley romana (5). Lo mismo repiten las Partidas: «La cosa que es juzgada por sentencia de que se non puede alzar, la deven tener por verdad» (6). Así es que desde entonces no es admitida la prueba en contrario (7). Esto no importa, sin embargo, erijir en dogma la infalibilidad judicial, sinó evitar los peligros de un debate sin fin. *Ne aliter*, dice Paulo, *modus litium multiplicatus summum*

(1) Trebutien, droit. crim. t. 2.

(2) Morin, Rep. v. prescription, § 2, n. 24.

(3) Véase la 1ª parte, n. 173.

(4) Tapia, t. 7, p. 143, n. 4, ed. 1856.

(5) L. 207, de reg. juris.

(6) L. 32, tit. 34, P. 1.

(7) *Auctoritas rei judicate prævalet veritati*, decían antiguamente. Pero véase á Toullier, t. 10, n. 69 y siguientes.



*atque incomplexibilem faciat difficultatem* (4). Es el puerto que libra del naufragio (2) *inter humanas procellas portus* (3).

¶ 1. Però si esto es cierto en materia civil, lo es mucho mas en materia criminal. ¿Qué seria de la seguridad pública si despues de largos y solemnes debates, pudiese el ciudadano ser de nuevo condenado por un hecho de que habia sido absuelto anteriormente? ¿este temor incesante y perpétuo no seria un suplicio superior á la muerte? La razon política como la equidad rechazan semejante sistema. La máxima contenida en estas enérgicas palabras: *non bis in idem*, podria invocarse hasta de oficio. La cosa juzgada en materias civiles solo quiere decir que la decision no es susceptible de recurso. En lo criminal significa una presuncion de verdad en la sentencia misma (4): un monumento sobre el cual se ha impreso una verdad pública (5).

¶ 2. En las leyes romanas se reconocian dos principios á este respeto. Uno era que la segunda accion debia rechazarse si tenia por objeto el mismo hecho, *cum idem factum sit* (6), aunque el acusador fuese diferente, *qui de crimine publico in accusationem deductus est ab alio super eodem crimine deferri non potest* (7). Però este principio tenia varias excepciones. La 1ª era cuando la acusacion anterior terminaba por transaccion, antes de la sentencia (8). La 2ª cuando habia habido connivencia, ó el procedimiento habia sido irregular de cualquier otro modo (9). La 3ª cuando los in-

(1) L. 6, D. de except. rei judicatæ.

(2) Dalloz Dict. v. aut. de la chose jugée, ch. 1, n. 2.

(3) De Maistre decia tambien, que las apelaciones sin fin serian mas injustas que la injusticia misma [Del Papa, c. 1, p. 2.]

(4) Trébutien, droit criminel, t. 2. La verdad de la cosa juzgada fué demostrada de una manera sublime por el mas sábio de los mortales, dice Toullier, t. 10, n. 67. Alude á la muerte de Sócrates.

(5) Palabras de Mourre, sucesor de Merlin.

(6) L. 3, D. de popul. action.

(7) Diocl. L. 9, Cód. de accusation.

(8) Paulo Sent. lib. 4, tit. 6.

(9) Leyes 3 y 7, D. de popul. action. V. L. 12, tit. 14, P. 3.

teresados ó sus parientes habian sido prevenidos por otra sin su noticia, y habia un gran interés para ellos, en seguir la acusacion: *magna ex causa* (1).

73. El otro principio era cuando dos delitos diferentes naciaan del mismo hecho. Despues de muchas variaciones la ley admitió esta regla: *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus de altero non prohibetur ab alio deferre* (2). Es cierto que el Jurisconsulto Paulo no la admitia del todo: *Sententus sensuit ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus feret* (3). Pero lo que él negaba propiamente era la aplicacion simultánea de dos leyes sucesivas, dice Savigny (4). La regla además requeria como condicion que la doble acusacion se presentase simultáneamente, y ante los mismos jueces. *Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat* (5). El objeto de esta condicion era evitar la contradiccion de las sentencias, lo que seria, dice, deplorable (6).

74. La máxima, *non bis in idem*, se encuentra en el derecho canónico (7), y en las leyes españolas, con las excepciones y condiciones del derecho romano (8). Pero sus disposiciones se refieren principalmente á las materias civiles. En el derecho criminal se requerirán los mismos elementos? Si esto fuera cierto, una absolucion casi nunca garantizaria de nuevas acusaciones (9).

(1) Ulpiano, L. 7, § 2, D. de accusat. et inscription. Los autores agregaban el caso de la absolucion de la instancia [Gut. Pract. Quæst. 101.]

(2) L. 2, D. de privat. delict.

(3) L. 14, D. de accusat.

(4) De Concursu delictorum, § 18.

(5) L. 9, Cód. de accusat.

(6) In. L. 1, D. de quibus rebus ad eundem judicatur.

(7) Can. 20, si illic 23, quest. 4, c. de his extrá de accusat.

(8) Leyes 19 y 20, tit. 22, P. 3 y 12, tit. 11, P. 7, debiendo solo en el caso de los parientes agregar el juramento, y sin perjuicio de admitirse la prueba en contra, segun el glossador [gl. 6, L. 12, cit.]

(9) Trébutien, lug. cit.





**75.** La excepcion de cosa juzgada, segun el derecho civil, necesita para ser admitida, identidad de objeto ó cosa demandada, identidad de causa, identidad de personas y de calidades (1). *Inspiciendum est*, decia la ley romana, *an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, eadem causa petendi, et eadem conditio personarum* (2). La identidad de objeto en derecho criminal no puede significar sinó « el mismo yerro » (3): identidad de causa, *causa proxima actionis*, el hecho jurídico que forma el fundamento de la accion criminal, y que en derecho civil se llama obligacion, « en razon de aquel fecho » (4); identidad de personas, que la persona condenada ó absuelta de un delito, no puede ser sometida segunda vez á juicio por el mismo (5). Nada decimos de las calidades, porque persona en derecho es, como se sabe, el individuo revestido de ciertas calidades.

**76.** Pero la identidad de delito no impide la accion civil despues de terminada la criminal (6). En la identidad de causa conviene no confundir esta con los medios, que son las razones ó pruebas que se alegan en su apoyo (7). La identidad de persona en fin salva de un nuevo proceso al absuelto, pero ningun otro tiene el derecho de invocar la contradiccion posible entre la primera sentencia, y la que pudiera recaer sobre él (8). *Res inter alios judicata*, decia la

(1) Leyes 20, tít. 22, P. 3, y 12, tít. 11, P. 7.

(2) L. 12, D. de except. rei judic.

(3) L.L. 20 y 12, cit. ¿El calificado por el juicio ó el material? Esta es una cuestion entre los autores franceses. La misma duda se ofrece en los distintos actos de un delito, y en los delitos conexos. [V. á Trébutien, droit crim. t. 2.] Pero no deben tomarse por hechos distintos los elementos de un mismo delito, como varios hurtos hechos en una misma casa [Bonnier, des preuves, n. 791.]

(4) Leyes cit.

(5) L. 12, tít. 1, P. 7.

(6) Véase el n. 32.

(7) Así, en los delitos complejos los hechos particulares de que se componen son los medios de establecer el delito, y no la causa de la accion [Trébutien, lug. cit. p. 643.]

(8) Los cómplices mismos no tienen este derecho porque la absolucion



ley romana, *aliis nec prodesse nec nocere solet* (1). La ley no obstante trae dos excepciones en lo criminal. La una es el caso de colusion entre el acusador y acusado. La otra el del pariente que no supo la acusacion intentada por el extraño (2). Pero segun Escriche, en Aragon no se admitia la excepcion de colusion. *Item de consuetudine regni, si accusatus de crimine fuerit absolutus, non potest postea per alium de illo crimine, etiam pretestu collusionis factæ inter accusantem et accusato, accusari: quæ exceptio collusionis non admittitur contra sententiam* (3).

77. Difiere tambien el derecho civil del criminal en que el principio constante en aquel, de que el mismo hecho puede dar lugar á muchos juicios, cuando cada vez se invoca una causa nueva, *ex alia causa*, no es admisible aqui; pues el proceso criminal agota no solo los *medios*, si no tambien las *causas* de la accion (4). Pero en Roma como vimos antes esta distincion del derecho civil y criminal, no existia (5), y tampoco tiene lugar en el derecho francés, por la institucion del jurado, cuya mision única es conocer del hecho material que se somete á su decision (6).

78. Esta materia ofrece otra grave cuestion, á saber, si los jueces civiles están obligados á tener por constantes los hechos declarados tales por los jueces del crimen. En jene-

del principal ha podido fundarse en otra razon que la no existencia del delito. Por un favor especial del matrimonio, sin embargo, en el delito de adulterio, la sentencia absolutoria del adulterio aprovecha á la mujer, y no le perjudica la condenatoria ni la prueba [leyes 21, tit. 22, P. 3, y 9, tit. 11, P. 7, y G. Lop. gl. 5, ley 21.] Los autores entienden esta regla á todos los casos en que el delito es inhereente á la persona, como en la bigamia (J. Clarus, q. 16, n. 3.)

(1) L. 16, D. qui pot. in pignore.

(2) L. 12, lib. 4, P. 7. En lo civil, las excepciones son mas numerosas [L. 20, tit. 22, P. 3.]

(3) Escriche, diccion. v. absoluton.

(4) Trebutien, droit. crim.

(5) N. 71. Si tamen etc. [L. 9, Cód. de accusa.]

(6) Trebutien, lug. cit.

ral, las dos acciones son independientes entre sí (1). La consecuencia de esta independencia es que lo juzgado en una, no prejuzga en la otra. Así, todos están conformes en que las decisiones de lo civil, no impiden á los jueces criminales perseguir el delito (2). ¿Pero debemos sentar igualmente como principio que la cosa juzgada en lo criminal no tiene influencia en lo civil? Unos, sosteniendo que no hay identidad de personas ni de causa, aunque la hay de delito, dicen que las decisiones de lo criminal deben considerarse como *res inter alios acta* (3). Otros encuentran reunidas todas las circunstancias de la cosa juzgada: identidad de personas, porque el ministerio fiscal representa á todos los ciudadanos: identidad de objeto, porque el hecho es el mismo: identidad de causa porque la base de ambas acciones es la represion del hecho culpable, sujeto á una doble condenacion (4). Segun otros, en fin, el acusado, despues de la cosa juzgada, no puede en juicio civil poner en duda los hechos declarados constantes en el criminal, pero los terceros pueden negarlos, si en ello tienen algun interés (5).

79. De todos estos sistemas, el segundo nos parece mas lójico en definitiva, con tal que la jurisdiccion criminal no decida mas que las cuestiones que le corresponden (6).

(1) N. 20.

(2) Tampoco ofrece dudas el caso en que la accion civil es conconcomitante con la criminal. Cuando la misma cuestion se eleva entre las mismas partes, dice Ulpiano, poco importa que sea *diverso genere judicii*. L. 5, D. de excep. rei jud. [Bonnier, des preuves, n. 800 y 803.]

(3) Toullier, t. 8, n. 31 y siguiente. Esta opinion tiene á su favor el derecho francés, porque atribuye el ejercicio esclusivo de la accion criminal al ministerio fiscal. En el t. 10, n. 241, Toullier, vuelve á tratar esta cuestion.

(4) Merlin, Rep. v. chose, jugés § 15. Questions de droit, v. faux, § 6, n. 6.

(5) Zacharias, t. 5, p. 795 y 799. Este sistema no solo es ilójico y opuesto al motivo que hace dar á la cosa juzgada el carácter de verdad absoluta, sino que puede á veces presentar resultados estravagantes [V. á Trebutien, droit. crim. t. 2.]

(6) Trebutien, lug. cit.

## TÍTULO III.

DE LA JURISDICCION Y COMPETENCIA EN  
LA ACCION CRIMINAL.

## CAPÍTULO I.

## JURISDICCION.

80. En jeneral, la jurisdiccion es el poder que tiene alguno para gobernar y poner en ejecucion las leyes (1); pero hablando especialmente es la autoridad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia civil ó criminal (2). La jurisdiccion no envuelve pues la facultad de hacer el derecho, sinó de declararlo ó aplicarlo á los casos particulares. *Jurisdictio non intelligitur ditio sive potestas juris condendi, sed juris dicendi* (3). Los tribunales no tienen por nuestras instituciones ni siquiera el derecho de impedir la ejecucion de las leyes, como vimos en la primera parte (4). Todos son tambien ordinarios, es decir, tribunales que tienen un territorio y causas determinadas (5). *Jurisdictio super*

(1) Voet. ad. Pand. lib. 2, tit. 1, n. 1.

(2) A veces se toma tambien por el territorio á que se estiende el poder del juez ó tribunal, y no pocas es equivalente á *fuero*. Así decimos que tal negocio pertenece al *fuero ordinario*, cuando su conocimiento corresponde á esta jurisdiccion [L. 8, tit. 2, P. 1.]

(3) Las Partidas dicen sin embargo que los jueces «son omes buenos para mandar e fazer derechos» [L. 1, tit. 4, P. 3.]

(4) N. 13.

(5) L. 1, tit. 4, P. 3, V. tambien la L. 5, tit. 31, P. 7.



territorio, dice G. Lopez, *est sicut nebula super paludem, que generatur per activam potentiam solis* (1).

■. La jurisdicción se divide en civil, *quæ circa causas civiles versatur*, y criminal, *quæ circa causas criminales* (2). Se divide además en forzosa, que es la que ejerce el juez por disposición de la ley, y voluntaria ó prorogada, que es la estension de jurisdicción al caso ó persona no comprendida (3). Con toda jurisdicción va anexo el imperio, es decir, la facultad de usar de la fuerza. *Sine modica coersitione, nulla est jurisdictio*, decia la ley romana (4). Antiguamente el imperio se dividia tambien en *mero* y *mixto*. El primero era la potestad de castigar á los delinquentes «con pena de muerte, perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra» (5). El segundo, la facultad de decidir las causas civiles, ó criminales de pena menor (6). Pero estas distinciones han caído en desuso. La jurisdicción y el imperio están unidas en nuestra magistratura, aunque el ejercicio se divide por la estension del territorio. Exceptuase solo la jurisdicción eclesiástica, porque la iglesia no tiene territorio, imperio, ni fisco. En todos los casos de imperio debe solicitar el auxilio del brazo secular (7).

■. La jurisdicción puede prorogarse, pero para esto es necesario: 1º que el prorogado tenga legítima jurisdicción, segun la regla: *quod non est non potest prorogari* (8); 2º que sea de la misma clase; así, los sujetos al fuero comun no

(1) Gl. 8, ley cit.

(2) Voet. ad Pand. lib. 2, tit. 1, n. 5.

(3) Leyes del tit. 21, lib. 11, R. C. Los Romanos llamaban *contenciosa* á la que se ejercia por el juez *inter incitos*, y voluntaria, *inter volentes*, la ejercida á solicitud de la parte interesada en alguna diligencia judicial, ó de varios que buscan el ministerio del juez para imprimir á un acuerdo anterior el sello de la autenticidad [Voet. ad Pand. de jurid. n. 3.]

(4) L. ult. de officio judicis.

(5) L. 18, tit. 4, P. 3.

(6) L. 18, cit.

(7) LL. 6 y 14, tit. 4, lib. 1, R. C.

(8) Gl. 2, L. 7, tit. 7, P. 3.





pueden llevar sus pleitos á los jueces militares, eclesiásticos ó de hacienda (1), aunque esto no seria prorogar, dice Vilanova, sinó crear nueva jurisdiccion (2); 3º el consentimiento de las partes dado libremente y con conocimiento de causa (3) *error enim litigatorum non habet consensum* (4). Pero este consentimiento puede ser espreso ó tácito; espreso, cuando el sometimiento es de palabra ó por escrito (5); tácito, en el caso de la reconvenccion, ó cuando no se declina de jurisdiccion en el principio del pleito (6). 4º Idoneidad en el prorogante. Así, los menores de 25 años no pueden prorogar sin autoridad del curador (7), ni los procuradores sin poder especial (8).

■. Los jueces sin embargo podran inhibirse á pesar de la prorogacion; porque la ley ha fijado en todos, los límites de su jurisdiccion, y así como no les es lícito traspasarlos sin el consentimiento de los litigantes, deben tener tambien la libertad de encerrarse dentro de sus atribuciones (9). Dudamos además de esta facultad de prorogar en materia criminal, aunque los criminalistas antiguos la admiten comunmente (10), porque la competencia de los jueces en ella no es solo por el interés de los ofendidos, sinó tambien por el de la sociedad. G. Lopez en la de lugar á lugar la limita 1º cuando el prorogado no tiene mero imperio: 2º si se hace dolosamente: 3º en juez de otro territorio (11). Segun

(1) L. 10 y 11, tit. 1, lib. 4, R. C.

(2) Obs. 3, cap. 1.

(3) L. 15, tit. 22, P. 3.

(4) L. 2, D. de iudiciis.

(5) L. 20, tit. 21, lib. 4, R. C.

(6) L. 22, tit. 3, P. 3.

(7) L. 17, tit. 16, P. 6.

(8) Vilan. Obs. 3, c. 1, n. 7 y 23. Si la prorogacion es de lugar á lugar, se requiere tambien el permiso del Juez del lugar [Tapia, t. 5, p. 58, n. 12 y siguientes.]

(9) Escriba, diccion. jurisdiccion prorogada, n. 2.

(10) J. Clarus, q. 42. Contrá, Voet. lib. 2, tit. 1, n. 37, dando por razon *cum reus criminis comprehendit ubique possit*.

(11) Gl. 2, L. 15, tit. 1, P. 7.

Vilanova tambien pedir vista ó copia de autos, fianza de calumnia ú otras diligencias análogas no importaria prorroga, que propiamente no puede existir, dice, en lo criminal hasta la confesion del reo (1). El mismo acto de proponer una excepcion y determinarla el juez no seria bastante, segun Tapia, si era dirigida contra la persona del juez ó su jurisdiccion, ó si al tiempo de proponerla, se protesta no consentir el juez, ó si este procede en caso prohibido por via de inquisicion (2).

§4. Otra causa suele dar origen á la jurisdiccion, á saber, la prevencion, que es cuando aparecen dos ó mas jueces conociendo de un mismo proceso, en cuyo caso es regla que el que previene hace suyo el asunto. Asi, puede definirse la prévia ocupacion ó uso anticipado de la jurisdiccion, antes que otro ejerza la suya sobre el mismo hecho (3). Los autores sientan muchas reglas á este respecto. Segun ellos, cuando dos jueces han empezado á conocer, debe darse la preferencia al juez de la causa mas grave sobre él de la menor, al que conoce por acusacion de parte sobre él que procede de oficio, y al que aprehendió al reo, mediante autoridad legitima, sobre él que no hace mas que procesarlo (4). Pero las leyes solo hablan de la preferencia que da la captura ó prision real (5). Los mismos autores agregan que la prevencion debe versarse entre jueces iguales, porque de lo contrario vencerá siempre el superior (6). En la práctica esta contienda es rarísima, tanto por la distribucion de funciones y territorio para cada juez, como porque los jueces mismos se desprenden fácilmente del conocimiento de la causa, si hay otro que lo dispute.

(1) Vilan. Ob. 3, c. 1, n. 7.

(2) Tapia, t. 5, p. 59, n. 18, ed. de 1846.

(3) Vilanova, lug. cit.

(4) Vilanova, lug. cit. n. 11. Segun G. Lopez, se previene tambien por *citationem* en el caso de cometerse un delito en los confines de dos territorios [Gl. 1, L. 1, 15, tit. 1, P. 7.]

(5) L. 10, tit. 13, lib. 8, R. C.

(6) Vilan. lug. cit.



95. La jurisdicción se acaba luego que el juez pronuncia la sentencia definitiva (1), sin que juez alguno, ni tribunal, tenga la facultad de retractar su fallo, una vez pronunciado. *Vox emissa nesit reverti*. « Los juzgadores, des que oviesen dado juicio, dicen las Partidas, non pueden crecer nin menguar la pena » (2).

## CAPÍTULO II.

### COMPETENCIA.

96. La jurisdicción es el poder de juzgar. La competencia, *quod competit cuique*, es la medida de ese poder; es decir, el círculo dentro del cual está encerrado su ejercicio para cada tribunal. En otros términos, y para dar á la definición un sentido mas práctico, la competencia, en contraposición á jurisdicción, designa el territorio á que está circunscrito el poder del juez ó del ministerio fiscal (3). Ligada la competencia con las formas del procedimiento y estas á su vez con las instituciones políticas, ha estado sujeta á innumerables cambios. La competencia ha sido siempre de orden público, y mucho mas en materia criminal. El juez debe pues antes de proceder examinar con cuidado su competencia, considerar el limite de sus poderes. *Primum de iudice. Non est maior defectus quam potestatis*. Pero como ella abraza todo lo que constituye el objeto de las atribuciones que se le han conferido, la viola igualmente el juez que usurpa las funciones de otro, y él que descuida lo que está en sus atribuciones (4).

97. Dejando á un lado la competencia que antes sur-

(1) *Semel enim, malé, seu bené, officio fuerunt est.* (Ulpiano, L. 55, D. de re iudicata.)

(2) L. 9, tit. 31, P. 7.

(3) Chassan, délits de la presse, t. 2, n. 1274.

(4) Morin, Rep. competence, n. 1 y 11.



tian los fueros personales, abolidos entre nosotros (1), cóncense dos grandes clasificaciones, por razon de la materia y del lugar, *ratione materiae*, *ratione loci*. Aqui solo trataremos de esta que se conoce con el nombre de *competencia territorial*, porque la primera tiene un lugar mas conveniente al hablar de la organizacion de los tribunales.

§§. En general, el juez que puede mas prontamente y con mas facilidad hacer cumplir lo que se pide, es el mas competente. Asi, pidiéndose en las acciones reales la conservacion ó ejecucion de un derecho sobre un bien raiz, lo es el juez donde este se halla; y en las personales, en que se trata de hacer obedecer á la persona, el de la jurisdiccion del demandado. Pero como no hay accion por real que sea, que no se dirija contra la persona demandada, él del domicilio lo es á veces de las mismas acciones reales (2).

§§. Así tambien, como el delito obliga la persona del delincuente puede ser perseguido ante el juez del domicilio, *forum domicilii*. Pero como él del lugar del delito, *forum delicti commissi*, está en mejor aptitud de castigarlo, *potissimum forum*, dice G. Lopez (3), las leyes le dan preferencia, por una especie de prorogacion causada por el delito (4). Solo en su defecto, el delincuente puede ser perseguido ante el juez mas cercano (5), ante él del domicilio del reo, ó en que tuviese la mayor parte de sus bienes, ó donde fuese encontrado, *forum deprehensionis* (6). Así es que si lo reclama el primero, y el delito fuese digno de pena de muerte ú otra corporal, debe remitirse con las diligencias practicadas «porque allí donde cayó en la culpa, dice una ley Recopilada, reciba la pena» (7), á no ser que

(1) L. de 5 de julio de 1823.

(2) L. 3, Cód. ubi in rem. act.

(3) Gl. 1, á la L. 15, tit. 1, P. 7.

(4) L. 15, tit. 1, P. 7, 1, tit. 29, P. 7 y 3, tit. 16, lib. 8, R. C.

(5) Como sucede en los delitos que se cometen en alta mar (L. 2, tit. 9, P. 5.)

(6) LL. 15, tit. 1 y 1, tit. 29, P. 7.

(7) L. 3, tit. 16, lib. 8, R. C.





al agraviado prefiera el juez del domicilio. Estas requisitorias se llaman *exhortatorias* si se dirigen á autoridades iguales, y *suplicatorias* cuando son para tribunales superiores (1).

90. No faltan leyes sin embargo que mandan procesar al delincuente donde quiera que se le encuentre, al ladrón, por ejemplo, aunque sea sin el hurto (2). La razón de esta excepción, según G. López, es *ut vitium furti non frequentetur* (3). Según Gutiérrez, porque mientras no restituye lo hurtado, sigue cometiendo el hurto (4); pero este motivo, como se ve, es común á todos los delitos *facti permanentis*. Otra ley dispone lo mismo del vago ó prófugo «de manera que non lo pudiesen fallar do hizo el mal fecho, nin do á la mayor morada» (5). La rey Recopilada que citamos antes, hemos visto que deja la elección al reo. La regla, pues, que da la preferencia á todo trance al juez del lugar del delito ha perdido mucho de su antigua importancia.

91. Pero ¿qué es lo que se llama lugar del delito? Según los autores es aquel en que se ha ejecutado y consumado, aunque los preparativos tengan lugar en otra parte (6); en que cae la víctima de un homicidio, herido en otro territorio, ó se encuentra el cadáver si no consta que el delito se ha cometido en otra parte (7), ó por lo menos la cabeza, según Elizondo (8); en que se fabrica ó hace uso de un documento falso: en los delitos sucesivos, como el rapto, aquel en que se ejecuta y aquel en que se continúa, y en los colectivos, aquel en que tiene lugar muchos hechos de los que por su reunión constituyen el delito (9).

92. Esta diversidad de jurisdicciones suele causar confu-

(1) Vizcaino, *Pract. crim.*

(2) LL. 4, tít. 14, P. 7, 2, tít. 1, P. 7, y 32, tít. 2, P. 3.

(3) Gl. 4, L. 4, tít. 14, P. 7.

(4) Gut. *Pract. crim.* t. 1, p. 4.

(5) L. 15, tít. 1, P. 7.

(6) Pothier, *proced. crim.* n. 5.

(7) Morin, *lug. cit.* n. 30.

(8) Elizondo, *Pract. univ.* t. 3, p. 300, n. 10 y 11.

(9) Morin, *lug. cit.* Si el delito se comete en los confines de dos territorios el conocimiento según G. López es del que proviene *per citationem*.

sion, y producir contiendas entre los jueces mismos, que se conocen en el derecho con el nombre de competencia, y mas comunmente de *conflicto*. El acusado puede promoverla de dos modos, por *articulo de declinatoria*, deducido ante el juez mismo, sin contestar la acusacion, ó por *inhibitoria*, presentándose ante el juez competente para que este lo ampare y sostenga su jurisdiccion. En las causas de oficio, es obligacion de los jueces defender su jurisdiccion, y hacer valer la prevencion ganada (4).

**93.** La competencia se discute no por exhortos, sino por oficios, que firma solo el juez, ó por conferencias verbales. Los trámites deben ser brevisimos en todos los casos y el juez que innovase durante la competencia pierde el derecho que pudiera tener (2). Si despues de tres oficios, no se ponen de acuerdo, un tribunal especial, decidia antiguamente la competencia (3). Hoy el juez es el Presidente del Tribunal (4), ó el Gobierno en las competencias de fueros (5). Además, en lo criminal, son formalidades esenciales: 1ª que el juez invitado á la inhibicion dé traslado al ministerio fiscal, para que éste manifieste su dictámen como encargado de defender la jurisdiccion que representa; 2ª que la remision no se haga sin consultar á la Superioridad, porque en estas cuestiones no se trata solo de intereses privados (6).

**94.** Por la misma razon la competencia en materias criminales puede promoverse en cualquier estado de la causa, mientras no haya sentencia definitiva. Todo lo que toca á la libertad ú honor de los ciudadanos, dice Morin, interesa al público en jeneral; y no puede depender de la ignorancia ó silencio del acusado, de la inadvertencia, ó voluntad del juez, cambiar el órden de la jurisdiccion (7).

(1) Vilan. mat. crim.

(2) Vilan. mat. crim.

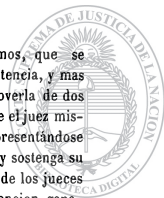
(3) Céd. 16 de octubre de 1722.

(4) L. setiembre 29 de 1859, art. 10.

(5) Decr. julio 8 de 1823.

(6) Tapia, t. 5, p. 275, ed. 1746.

(7) Morin, Rep. competence, n. 12.



**95.** Los autores dividen la competencia, en competencia de *jurisdiccion* y competencia de *atribucion*. La primera es la promovida entre tribunales diferentes, como el militar y civil. La segunda, la que tiene lugar entre los de una misma clase que disputan sobre á cuál de los dos atribuye la ley el conocimiento del negocio. Las mismas se subdividen en *positivas* y *negativas*, llamándose del primer modo, cuando los dos jueces pretenden ser competentes; del segundo, cuando sostienen por el contrario que á ninguno de ellos corresponde el negocio, y se inhiben ambos.

**96.** Antiguamente se conocia tambien la competencia de los *casos de Corte*, que segun las leyes españolas tenia lugar en los crímenes gravísimos, como muerte segura, mujer forzada, incendio, traicion, alevosia, fabricacion de moneda, desafio y otros semejantes (1); pero estos casos han desaparecido con la influencia de los *señores*, y por leyes especiales que fijan para todos los casos, sin excepcion, los mismos trámites y jueces.

### CAPÍTULO III.

#### RECUSACIONES.

**97.** Tratando en este libro de los principios jenerales, no podiamos omitir la recusacion que puede tener una gran influencia en la defensa y curso del juicio criminal. Este remedio consiste en separar al juez por causa de parcialidad ó parentezco del conocimiento del negocio que sin esta razon le compete. Puede sin embargo, reducirse á pedir que se acompañe, como veremos despues (2).

**98.** La forma de introducir este recurso no ha sido siempre la misma. En los primeros tiempos de Roma, cuando las contiendas judiciales se fallaban por árbitros, las recusaciones

(1) L. 5, tit. 3, P. 3, y gl. 2, de G. Lop. V. tambien la L. 8, tit. 3, lib. 4, R. C. y 72, tit. 15, lib. 2, R. Y.

(2) N. 101.



eran muy raras. Pero cuando se organizaron los juicios públicos, las partes tuvieron el derecho de recusar al juez en el momento en que su nombre salía de la urna. Al efecto, bastaba que dijese: *hunc nolo, timidus est*. Solo cuando la causa era injuriosa, *ejero, iniquus est*, debía agregar el juramento (1). Los emperadores establecieron después modos determinados de recusar sujetos á tiempo y formas; pero descuidaron igualmente concretar las causas de recusación (2).

**99.** Este defecto pasó á nuestra antigua legislación (3), y subsiste todavía. Las partidas solo sientan principios generales, y las Recopiladas se ocupan más de la forma de sustanciar la recusación que del fondo. Las causas de que más comunmente se hace uso, son: 1ª Consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado: 2ª Haber sido defensor ó emitido parecer: 3ª Tener interés directo ó indirecto en el mismo negocio, ú otro semejante: 4ª Tener pleito pendiente, ser ó haber sido denunciador, estar acusado, ó haberlo sido: 5ª Amistad íntima: 6ª Enemistad capital (4).

**100.** Por las partidas y derecho romano se debía recusar al juez, antes de la contestación de la demanda (5), y no después, á menos que hubiese nueva causa para ello (6). Mas en el día la recusación puede proponerse en cualquier estado del procedimiento, con tal que no esté publicada la sentencia; y deducida, se suspende la vista de la causa hasta la decisión del artículo (7).

**101.** La recusación puede ser total ó parcial, según que se separa el juez enteramente del conocimiento del proceso, ó se acompaña con otro. Para la primera se necesita causa suficiente. Pero para la segunda basta enunciar que se considera al juez

(1) Cicero de orat. lib. 2, n. 70.

(2) Tit. de judiciis Cód.

(3) V. la L. 22, tit. 1, lib. 2, F. Juzgo y 9, tit. 7, lib. 1, F. Real.

(4) LL. 9 y 10, tit. 14, p. 3, Arg. de las leyes 22, tit. 16, p. 3 y 6, tit. 33, p. 7, L. 31, tit. 4, p. 3, 10, tit. 7, lib. 1, F. Real, y 31, tit. 15, lib. 2, R. Ind.

(5) *Antequam lra inchoetur* (L. 16, Cód. de judic.)

(6) L. 8, tit. 10, p. 3.

(7) L. del tit. 10, lib. 2, R. C.



sospechoso, y este tiene desde entonces el deber de acompañarse con otro juez, ó en su defecto un abogado, so pena de nulidad de todo lo actuado sin esta solemnidad (1).

**102.** Los ministros del tribunal superior solo pueden ser recusados con causa especificada con claridad (2), excepto uno en cada sala, que entre nosotros puede serlo sin ella (3). Estas causas se prueban por cualquier medio legal, y si pareciese oportuno, por posiciones al mismo juez recusado, que está en el deber de absolver bajo juramento si «no son criminosas» (4). La recusacion debe hacerse «jurando la sospecha en debida forma, y poniéndola honestamente» (5), en escrito firmado por letrado (6), y antes de los quince dias próximos á la vista, á menos que las causas sobrevengan despues (7). Debe proponerse tambien ante la sala que conoce del asunto principal en acuerdo, y no en audiencia pública (8); para ser resuelta por la otra, suspendiéndose entre tanto la vista de la causa (9), con excepcion de los autos interlocutorios, si quedan jueces bas-tantes (10). Cuando la pretension resulta infundada, el recusante sufre una multa (11).

**103.** Si el recusado de 1.<sup>a</sup> instancia y su acompañado en causas civiles no estan conformes, apelada la sentencia de alguno de ellos, pasa al tribunal superior, para que mande lle-

(1) L. 1, tit. 16, lib. 4, R. C. El acompañado, si no es juez, jura antes de proceder.

(2) L. 19, tit. 10, lib. 2, R. C.

(3) L. setiembre 29 de 1857, art. 11.

(4) L. 10, tit. 10, lib. 2, R. C. Pero no es permitido al recusante presentar mas de seis testigos sobre cada pregunta [L. 6 y 9, tit. y lib. cit.] De estas posiciones no se dá tampoco traslado aunque la causa se haya de recibir á prueba [Auto 4, tit. y lib. cit.]

(5) L. 1, tit. 10, lib. 2, R. C. La ley de Partida solo exijia el juramento si lo demandaba la parte contraria [L. 22, tit. 4, P. 3]

(6) L. 19, tit. y lib. cit.

(7) L. 21, tit. y lib. cit.

(8) L. 9, tit. y lib. cit.

(9) L. cit. de setiembre 29 de 1857, art. 11.

(10) L. 14, tit. 10, lib. 2, R. C.

(11) L. 2, tit. 10, lib. 2, R. C.



var adelante la que crea mas conveniente (1). No apelando, y pasando las dos á ser cosa juzgada, vale la que favorece al demandado, con excepcion de ciertos casos (2). Pueden tambien el juez y acompañado antes de pronunciar sentencia, elejir tercero en discordia, y será válido lo que decida la mayoría (3). Pero en lo criminal, discordando el juez recusado y su acompañado, se tiene por sentencia la favorable al reo (4). La razon es, segun G. Lopez, *quod accusator accedit paratus ac præmeditatus: reus ad multa non præmissa compellitur respondere* (5).

**104.** Dudase por algunos criminalistas, si la recusacion puede tener lugar durante el sumario. La negativa es la opinion mas comun, porque seria, dicen, impedir la investigacion del delito, que muchas veces depende de esas primeras diligencias (6). Otros han ido hasta negar la recusacion en todo el juicio criminal: pero esta opinion es insostenible delante de las leyes que hablan de ella, sin distinguir de jueces (7). No habria tampoco razon seria para admitirla en lo civil y desecharla en lo criminal (8).

**105.** Concluirémos advirtiendo: 1º que en ningun evento se admiten recusaciones universales de todos los abogados de la ciudad (9); 2º que el conocimiento de la recusacion es breve y sumario (10); 3º que de los términos señalados

(1) Castro, *Práct. for.* n. 361.

(2) Curia, P. 1, § 7, n. 15.

(3) L. 17, tit. 22, P. 3.

(4) L. 18, tit. y P. cit.

(5) G. Lopez, gl. 4, L. 18, cit. Cuando los acompañados son varios por haberse nombrado tercero, hará tambien sentencia el voto de la mayoría si uno de ellos está conforme con el juez [L. 18, tit. 21, P. 3.] Sinó, la causa ha de ir al superior y el voto de los dos acompañados se considera uno [Curia, P. 1, § 7, n. 16.]

(6) Morin, *Rep. recusation*, n. 5.

(7) V. Mathieu, de re crim. contr. n. 65.

(8) J. Clarus, q. 43, n. 1.

(9) Céd. de 18 noviembre de 1773 para Indias.

(10) «Sin hacer autos ni procesos» [L. 1, tit. y lib. cit.]

para la recusacion no hay restitution de menores ni otros privilegiados (1).



## TÍTULO IV.

### DE LA ORGANIZACION Y JERARQUÍA DE LOS TRIBUNALES.

#### CAPÍTULO I.

##### JUECES DE PAZ.

**100.** Los jueces de paz son los primeros majistrados que se nos presentan capaces de ejercer alguna jurisdiccion criminal. Segun la ley de su institucion, ellos debian reemplazar entre nosotros á los antiguos alcaldes de hermandad, y alcaldes llamados de la Mesta (2), en la campaña; y en la ciudad conocer de las demandas que las leyes y práctica vigente declaraban verbales (3). Un decreto autorizó despues á los de campaña para conocer de los robos de ganados que no excediesen de seis cabezas de cualquiera especie, acompañados de dos vecinos (4). Una ley reciente autoriza en fin

(1) L. 16, tit. y lib. cit.

(2) L. de 21 d'iciembre de 1821. Los primeros conocian de los hurtos y robos, raptos y violencias de mujeres, muertes y heridas á traicion, incendios de casas, viñas y mieses, fuera de poblacion [Leyes del tit. 13, lib. 8, R. C. y tit. 41, lib. 5, R. I. V. tambien la Curia, P. 3, § 5.] Los segundos de los robos de ganados (leyes del tit. 5, lib. 5, R. I.)

(3) Art. 9, ley cit. En la venta de objetos robados les daba tambien intervencion el derecho de enero 17 de 1823, art. 4 y 5.

(4) Dec. de 19 de enero de 1825.

á unos y otros para conocer de los perjuicios en chacras, campos y quintas, con tal que el valor de la demanda no exceda de 8000 ps., y de las injurias verbales ó difamacion de palabra ó por escrito, no siendo por la prensa; y aun de las reales, siempre que en tales casos se entable civilmente la accion (1).

**107.** Exceptuando el caso de abijeato, en que podian imponer la pena de azotes (2), los demas hechos que dejamos espresados no constituyen á los jueces de paz propiamente jueces con jurisdiccion criminal; y como no solo la pena sinó tambien esa jurisdiccion están hoy en desuso, no faltaria razon para asegurar que ni los jueces de paz de la campaña, ni de la ciudad tienen ya rango entre los jueces del crimen. En la campaña hay actualmente jueces del crimen, que han hecho suyos hasta los antiguos casos de hermandad. Cuando mas podria sostenerse que conservan cierta jurisdiccion correccional (3).

## CAPÍTULO II.

### JUEZ CORRECCIONAL.

**108.** En el mismo año que se establecieron jueces de paz, se nombraron comisarios para la ciudad y campaña, que debian ocurrir donde se hubiese cometido un delito, apoderarse del delincuente y cómplices, levantar una breve informacion, y remitir todo á la justicia ordinaria (4). Un decreto posterior derogó en los comisarios de ciudad esta facultad, y determinó como hechos *correccionales* de que debia ocuparse el Jefe de policia la vagancia, borrachera, falta

(1) L. de 19 setiembre de 1854, art. 3 y 9.

(2) Decreto citado.

(3) Véase el n. 110.

(4) L. cit. de 1821. y decr. de 31 de mayo de 1822.





de papeleta, armas prohibidas, insultos á alguna persona, falta de respeto á la autoridad doméstica, riñas en que no haya herida grave, deshonestidad pública, palabras obscenas, y falta de cumplimiento á los decretos de policía (1). Sus resoluciones sin embargo no podían ponerse en ejecución antes de la aprobación del Gobierno (2).

109. En este estado se creó la Municipalidad, con algunas funciones policiales, especialmente en la campaña (3): despues, un juzgado *correcional* para la Capital, que despacha en la Policía, y cuyas atribuciones son los delitos que por su naturaleza den lugar á una pena correccional: declarándose tales: 1º aquellas que no pasan de ocho dias á tres años de detencion, prision ó servicio en el ejército: 2º las multas y penas pecuniarias desde 500 hasta 10,000 pesos (4): y últimamente los suprimidos comisarios de campaña, en número de 25 (5), con prefectos á su cabeza (6), que por la naturaleza de sus funciones abarcaban en la campaña algunas de las funciones del jefe de policía, pero sin poder conocer judicialmente segun las mismas leyes de su institución, sinó en el caso de que la tranquilidad pública exijiese proceder contra alguno y ordenar su prision, avisándolo al juez respectivo con remision de sus antecedentes (7).

110. En la campaña, pues, parece que la jurisdiccion correccional debe corresponder todavía á los jueces de paz, declarados independientes de los prefectos, en todo lo que no es administrativo (8), así como en la ciudad corresponde al juez especialmente creado. La razon que tenemos para creerlo así es que ninguna de las leyes mencionadas ha revoca-

(1) Decr. diciembre 18 de 1830, art. 4.

(2) Decr. cit. Ellas no obstaban tampoco las acciones de tercero.

(3) L. de 11 de octubre de 1854, art. 27 y siguientes.

(4) Ley 6 de octubre de 1857, art. 2 y 3.

(5) Ley 6 de julio de 1857.

(6) Ley setiembre 15 de 1857.

(7) Art. 12 de la ley cit. Los Comisarios y Prefectos están de nuevo suprimidos.

(8) Art. 7 de la ley cit.

do en ellos las facultades que antes ejercian (1), y que no pueden tampoco atribuirse á los jueces del crimen de campaña, desde que se han admitido delitos y penas correccionales (2).

### CAPÍTULO III.

#### JUECES DEL CRÍMEN.

§§§. La revolucion del año 10, que nos encontró con alcaldes de hermandad, nos encontró tambien con los llamados *ordinarios*, porque el órden de derecho exijia que todos los que habitaban en sus distritos, acudiesen á ellos en sus litijos civiles ó criminales (3). Su jurisdiccion criminal era la misma de los alcaldes mayores ó jueces de letras, que solo se concedian á ciertas poblaciones (4). Conocian por consiguiente en primera instancia de todas las causas civiles y criminales, hasta la sentencia definitiva (5).

§§§. Nosotros hemos dividido la jurisdiccion civil de la criminal (6), y extendido la segunda á la campaña (7) con distritos determinados (8). No así en la ciudad, donde los jueces administran indistintamente justicia civil y criminal (9),

(1) En vez de esto, una ley ultima les ha encargado de nuevo la vagancia [Art. 3, ley de octubre 30 de 1858.]

(2) Ley cit. de 6 de octubre de 1857.

(3) La eleccion de estos jueces se hacia como la de los rejidores y oficios de Republica.

(4) Las que pasaban de 300 vecinos [Leyes del tit. 5, lib. 3, R. C. y tit. 2, lib. 5, R. I.]

(5) Leyes del tit. 13, lib. 8, R. C. y céd. 13 de mayo de 1776.

(6) L. 24 de diciembre de 1821. Segun la que nuestros jueces de 1.ª instancia debian tener las mismas atribuciones de los alcaldes ordinarios, hasta el establecimiento de los Códigos (art. 4.)

(7) Leyes de noviembre 28 de 1853 y octubre 21 de 1856. Actualmente son tres juzgados con asiento en Dolores, Arrecifes y San Nicolás, pudiendo sin embargo trasladarse á otros puntos en caso de exijirlo el mejor servicio.

(8) Leyes citadas.

(9) Decreto de 7 febrero de 1822, art. 3.



y aun se suplen con los civiles en ciertos casos (1). De las sentencias de unos y otros, cuando conocen en 1ª instancia, hay apelacion al tribunal superior de justicia en sus dos salas (2). Pero su falló mediante juicio breve y sumario, dice la ley (3), concluye el asunto en las causas correccionales, que pueden resolver los jueces de paz de campaña, y que pasan al juez del crimen del distrito por apelacion ó consulta (4). Los jueces del crimen de campaña deben además transmitir semanalmente al defensor de pobres una razon de las causas existentes en el juzgado (5), y segun un antiguo reglamento, debian tambien hacer la visita de cárcel, asociados á la primera autoridad del Partido (6).



## CAPÍTULO IV.

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

**113.** El tribunal superior, antiguamente cámara de justicia, tiene en sala plena la superintendencia de la administracion de justicia civil y criminal en todo el Estado, con las mismas atribuciones de las antiguas audiencias (7). Se compone de diez miembros, divididos en dos salas, de lo civil y criminal, cada una con su Presidente, y un fiscal

(1) L. 26, tít. 17, lib. 2, R. I.

(2) Ley 29 de setiembre de 1857.

(3) Ley de 23 de noviembre de 1853.

(4) Ley cit. de 1853, art. 8.

(5) Acordada de 20 de mayo de 1854 (Jud, n. 23.)

(6) Regl. de justicia, año 13, art. 11.

(7) Art. 125 de la Constitución y 9 de la ley de setiembre 29 de 1857. Las audiencias durante el coloniaje fueron por todas doce, y se componian de un Presidente, cinco Oidores y un Fiscal. Encima de ellas estaba el Consejo Real de Indias, tribunal supremo (Leyes del tít. 4, lib. 2, R. C.) En algunas habia tambien una sala especial de alcaldes del crimen, cuyas funciones desempeñaban en defecto de ellos los mismos Oidores, [leyes del tít. 15, lib. 2, R. I.] Los mandatos de las audiencias, decia una ley, deben obedecerse como si fuesen del rey [L. 16, tít. 15, lib. 2, R. I.]



que sirve á ambas. Segun sus salas conoce de la apelacion de los jueces de 1ª instancia, pudiendo todavia apelarse de la una á la otra, si la segunda sentencia no es del todo conforme con la primera. Pero si en la sentencia hubiese condenacion de muerte se otorgará precisamente el recurso á la otra sala, « cualquiera que sea la naturaleza del delito » (1).

¶ 14. Antiguamente, los alcaldes del crimen formaban una de las salas de cada audiencia y decidian en 1ª instancia de las causas criminales dentro de las cinco leguas, con súplica ante ellos mismos, sin otra instancia ni recurso. Pero de las que conocian en primera instancia los alcaldes ordinarios se apelaba para dicha sala en vista y revista (2). Las audiencias en jeneral « debian proveer de forma que los delitos no queden sin castigo » (3), haciendo sus oidores, como hemos dicho, las veces de los alcaldes del crimen, donde no los habia (4). Y encima de las audiencias, estaba todavia el Consejo que entendia de las residencias, de los comisos, de la segunda suplicacion, y de otras materias entregadas á veces en Indias á las mismas audiencias (5). Todo esto, con las modificaciones que requiere el sistema republicano, ha pasado á nuestro tribunal de justicia.

¶ 15. Uno de los deberes principales del tribunal son las visitas semanales y jenerales de cárcel (6), con la concurrencia de los jueces del crimen, escribanos, procuradores y abogados de pobres (7). Las particulares se hacen por dos ministros en comision (8), las jenerales por el tribunal pleno, sin restrinjrirlas á las tres de que hablan las leyes españolas, sinó siempre que vienen muchos dias de fiesta política ó religiosa.

(1) Art. 6, 7 y 8, ley de setiembre 29 de 1857.

(2) Leyes del tit. 7, lib. 2, R. I.

(3) Leyes 34, 35 y 66, tit. 15, lib. 2, R. I.

(4) Leyes del tit. 15, lib. 2, R. I.

(5) LL. 58 y 59, tit. 4, lib. 2, R. I.

(6) L. 1, tit. 7, lib. 7, R. I.

(7) Regl. año 13, art. 37.

(8) Acordada de enero 24 de 1835. Jud. n. 10.



**116.** La visita es un acto de jurisdiccion que comprende á todos los presos en cualquier parte que estén (1), y en ella se da cuenta de todas las causas menos de las que están en sumario (2). Pero esta jurisdiccion se ha limitado por las leyes á ciertas cosas. Asi, no pueden resolverse en la visita sinó cuestiones de escarcelacion, conmutacion permitida de penas, y las relativas al réjimen interior de las cárceles, abusos de sus empleados, y paralización de las causas criminales (3), sin que haya recurso de estas resoluciones (4). Solo en casos de poca monta y en que no haya interés de parte conocida se pueden tomar otras providencias sobre lo principal. Pero nunca sobre los condenados (5), ni menos sentenciar definitivamente los asuntos (6). Las visitas tienen por objeto, dice en jeneral el reglamento de justicia, «remover los obstáculos que se opongan á la finalizacion de las causas, cortando por prudentes arbitrios las que sean de corta entidad» (7).

**117.** Concluida la visita, el Sr. Alcalde moderno en las antiguas audiencias se levantaba y pedia al Consejo el *auto de Pascuas*, y el Sr. Ministro mas antiguo lo publicaba en esta forma: «Todos los que se hallen presos en esta Real Cárcel por deudas que no descíendan del delito *vel quasi* pueden salir por término de 40 dias dando fianza de la haz.... y los que estén presos en sus casas y los que tengan villa y arrabales por cárcel puedan salir libremente unos y otros por el mismo término, todo en honor de estas Santas Pas-

(1) Acordada de 22 marzo de 1841. Judicial, n. 14. Sobre los presos del Consulado, v. la céd 19 febrero de 1801. Jud n. 90.

(2) Vizcaino, Pract. crim. t. 3, n. 442.

(3) L. 8, tit. 29, P. 1 y autos 3, 4 y 5, tit. 9, lib. 2, R. C.

(4) L. 6, tit. 9, lib. 2, R. C. 93 y 95, tit. 15, lib. 2, R. L.

(5) Autos, cit. R. C.

(6) L. 17, tit. 7, lib. 7, R. Ind. Por esta misma ley en la visita no se pueden soltar los transgresores de ordenanzas sin pagar la multa; y por otra, los presos por alcabalas y otros derechos reales [L. 16, tit. y lib. cit.]

(7) Regl. del año 13, art. 11. Está mandado tambien que en la visita los escritos de los presos no se admiten sinó bajo la representacion del procurador y defensor. [Acordada de 3 de febrero de 1835, jud. n. 12.]



cuas » (1). Nuestro tribunal usa tambien de esta prerogativa (2) quedando en seguida el ministro semanero por turno encargado de proveer, durante el feriado, las prorogas de términos, tasaciones de costas, articulaciones, sumarios, y demás incidentes que surjan en los juzgados inferiores, mediante la correspondiente habilitacion (3).

**118.** En la decision de la causa, y valor de los votos, las audiencias seguian las mismas reglas del Consejo; es decir, resolvian por mayoría, nombrando en discordia de tercero al fiscal, cuando no era parte, ó un abogado en caso contrario (4), y presidiendo en defecto del Presidente nato que lo era el virey, el oidor mas antiguo (5). Entre nosotros el gobierno nombra el presidente del tribunal que lo es al mismo tiempo de la sala civil, así como de la sala criminal lo es el mas antiguo (6). Esta misma regla de la antigüedad se observa en la sala civil por impedimento ó enfermedad de su Presidente. Pero respecto de los votos se han hecho en las causas criminales algunas variaciones que veremos al hablar de las sentencias en segunda y tercera instancia (7).

**119.** El tribunal superior tiene tambien como las antiguas audiencias relatores y escribanos propios, abogados y procuradores de pobres (8); cuyas funciones seria largo y ocioso enumerar, porque son comunes al procedimiento civil, que no nos pertenece. Solo advertiremos: 1º que en lo criminal no hay relacion escrita porque los dichos de los testigos, deben verse á la letra (9): 2º que los escribanos

(1) Vizcaino, lug. cit. p. 300.

(2) Jud. n. 90, 5 de junio de 1858.

(3) Vizcaino, lug. cit.

(4) L. 97, tit. 15, lib. 2, R. I.

(5) L. 16, tit. 16, lib. 2, R. I. Pero lo cometido *espresamente* al virey debia hacerse por todos.

(6) Ley de setiembre 29 de 1857, art. 2.

(7) N. 367 y 370.

(8) Regl. año 13 y 17, y ley de 22 octubre de 1857.

(9) L. 17, tit. 17, lib. 2 y 6, tit. 9, lib. 4, R. C. y ley 8, tit. 22, lib. 2.

del tribunal estan en el poder de pasar á los fiscales, despues de la visita, un estado de los procesos criminales (1).

## CAPÍTULO V.

### MINISTERIO FISCAL.

**120.** En Grecia y Roma, mientras las acusaciones fueron populares, las funciones de un ministerio especial eran inútiles. Los *questores* que en Roma estaban encargados de la recaudacion de las contribuciones, y los *triumviros capitales* de hacer ejecutar las sentencias, no se extendian á la acusacion y denuncia de los delitos. Despues, el *procurador casaris* no fué mas que un oficial de la casa del soberano instituido para la defensa de su patrimonio; y si bien habia á mas *defensores civitatum*, que tenian el derecho ó el deber de denunciar los culpables, esto era mas bien como majistrados municipales, en el ejercicio de sus funciones de policia (2).

**121.** Las Partidas hablan de *personeros del rey y patronos del fisco* «puestos para razonar y defender en juicio las cosas y derechos que pertenecen al rey» (3); pero recien en el siglo XIII aparecieron por primera vez en Valencia dos funcionarios llamados el uno *abogado fiscal*, que debia acusar los delitos, cuidar de la ejecucion de las penas y defender la jurisdiccion real; y otro, *abogado patrimonial* encargado de la defensa de las cuestiones del real patrimonio y del erario, de los derechos del monarca en los asuntos civiles, y de la recaudacion de impuestos. En seguida, se

R. I. Esto mas bien que ventajoso se mira por algunos como un abuso [Vizcaino, P. C. t. 3, n. 479 y siguientes.]

(1) Acordada de 3 febrero de 1835, Jud. n. 12. Este deber respecto de los agentes fiscales lo desempeñan los escribanos de los jueces del crimen.

(2) Morin, Rep. v. min. public.

(3) L. 12, tit. 18, P. 4.

T. II.

5.



agregaron los *procuradores fiscales* (1), que bajo la direccion de los primeros, cuidaban especialmente de la denuncia de los delitos (2).

**122.** El ministerio fiscal es pues una institucion moderna, cuyas funciones consisten en velar por el interés del Estado y de la sociedad, promoviendo la represion de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado, y la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales. Al principio nosotros no nombramos sinó agentes fiscales. Despues fiscales acompañados de dos agentes. Hoy el ministerio fiscal está dividido en dos, uno de gobierno, y otro adscripto especialmente al tribunal superior de justicia. Pero la ley que hizo la division no se ha cuidado de determinar las funciones respectivas; y el resultado ha sido que el ministerio fiscal carece de unidad y direccion. El fiscal de gobierno solo recibe órdenes del Poder Ejecutivo y parecen pertenecerle todas las cuestiones económicas y administrativas. A su turno, el del tribunal, solo las recibe de este, y sus funciones son las de los antiguos fiscales en lo judicial. Los mismos agentes que representan la accion pública en los juzgados inferiores no tienen relacion de dependencia respecto de los fiscales (3).

**123.** En jeneral, los fiscales tienen el mismo tratamiento y consideracion que los ministros del tribunal á que pertenecen, y ocupan el lugar inmediato despues del ministro mas moderno (4). Son partes, aunque haya acusador particular, en toda causa criminal sobre delito público ó de responsabilidad oficial; y en las mismas civiles y relativas á delitos privados se les oye cuando interesan á la causa públi-

(1) En Indias, *solicitatores*.

(2) Mellado, Enciclop. moderna, v. fiscal.

(3) Son los jueces, segun una acordada, los que deben dar cuenta al Tribunal de cualquier retardo que se note en la Agencia [13 de febrero de 1835, Jud. n. 12.]

(4) L. 14, tit. 5, lib. 2, R. I. y Ordenanzas de la Audiencia, v. Fiscales.



ca. á la defensa de la jurisdiccion ordinaria, ó derechos del Estado (1). No pueden por consiguiente ejercer la abogacia, ni dar su patrocinio en causa alguna que se ventile ante el mismo tribunal ú otros so pena de perder el oficio (2). En varante ó impedimento del fiscal, corresponde el ejercicio del cargo, al ministro mas moderno (3).

**124.** Es una cuestion muy debatida si el ministerio fiscal puede ser recusado. Los que niegan este derecho se fundan en que permitirlo seria recusar el proceso mismo, de que es el verdadero adversario; y en que ningun peligro hay en consentirlo siempre, desde que el tribunal no está sujeto á sus conclusiones. Los que sostienen la afirmativa dicen que durante el sumario está en su mano como en la del juez ejercer una direccion esclusiva, y que en todo tiempo la influencia y la fuerza están de su lado, la sospecha y el aislamiento del acusado. La ley parece favorable á esta opinion puesto que habla de *justo impedimento* en el fiscal (4); y en efecto, en algunos tribunales segun Larrea, se han solido admitir la recusacion en caso de enemistad grave con las partes (5).

## CAPÍTULO VI.

### ABOGADOS, ESCRIBANOS Y OFICIALES DE JUSTICIA.

**125.** Para complemento de este título creemos conveniente decir algo sobre estas personas en lo concerniente al juicio criminal.

(1) Leyes 1 y 2, tit. y lib. cit. y 11, y siguientes, tit. 18, lib. 2, R. I. y Acordada de 24 de Setiembre de 1821, Jud. n. 4.

(2) L. 2, tit. 13, lib. 2, R. C. y 6, tit. 18, lib. 2, R. I.

(3) Leyes 29 y 30, tit. 16, lib. 2, R. I. Sobre el Fiscal Eclesiástico, v. 4 Tapia, t. 9, p. 55, ed. 1846.

(4) L. 1, tit. 13, lib. 2, R. C.

(5) Larrea, aleg. 2, n. 11. Lo mismo dice Elizondo, que fué Fiscal [Pract. Univ. t. 1, p. 202.]





**126.** El abogado, una vez matriculado, puede ser obligado á dirigir una causa cuando la parte lo pide, bajo penas pecuniarias, ó suspension de oficio (1). No se le podrá sin embargo apremiar en conciencia, dice Vilanova, si la causa es de algun enemigo ó contra su amigo (2). Siendo pudiente la persona debe pagarle (3), *pro modo litis*, decia Ulpiano, *proque advocati facundia, et fori consuetudine*. Pero si fuere miserable, la defensa será por el amor de Dios (4). Estambien uno de sus deberes principales no revelar á nadie los secretos que el reo le confiare. El abogado como el sacerdote recibe la confesion de las partes en el ejercicio de sus funciones, y ninguna autoridad debe tener el derecho de pedirle declaracion á este respecto (5).

**127.** Segun las leyes, el abogado no debe tomar á su cargo ni continuar las causas desesperadas (6). Pero esto debe entenderse solo de las causas civiles, no de las criminales. En materias civiles no puede un abogado en conciencia impedir que la parte contraria goce de su derecho. Mas en las criminales, como solo se trata de la pena, puede usar de la misma defensa de que se valdria legitimamente el reo. Así, es doctrina corriente que puede servirse de negativas y medios artificiosos para eludir la acusacion. El mismo Cicero confiesa francamente haber seguido esta máxima. *Sed errat vehementer*, dice, *si quis in orationibus nostris, quas in judicii habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitrat. Omnes illæ orationes causarum et tempo-*

(1) Leyes 13, tít. 9, lib. 3, R. C. y 28, tít. 16, lib. 2, R. I.

(2) Vilanova, Obs. 11, apend.

(3) L. 14, tít. 6, P. 3.

(4) L. 16, tít. 16, lib. 2, R. C. y Acordada de 21 de Noviembre de 1853, Jud. n. 21. Si nace cuestion sobre esto, se hace pieza separada.

(5) V. á Chauveau Adolphe, t. 5, p. 4 y siguientes. Entre nosotros, no hay sin embargo disposicion expresa, como respecto de los sacerdotes. La que castiga como falsario al abogado [L. 1, tít. 7, P. 7], supone la revelacion maliciosa, que se llama *prevaricacion*. V. tambien la L. 9 y 15, tít. 6, P. 3.

(6) LL. 2 y 3, tít. 16, lib. 2, R. C.

*rum sunt, non hominum ipsorum ac patronorum. Nam si cause ipsæ pro se loqui possent nemo adhiberet oratorem* (1). Otra vez dice: *Nec tamen.... habendum est religioni, nocentem aliquando, modo ne nefarium impiumque, defendere. Vult hoc multitudo, patitur consuetudo, fert etiam humanitas* (2).

**120.** Como la continuation de la causa es efecto de la jurisdiccion del juez, se hace precisa la concurrencia de otra persona con autoridad pública para que verifique los actos de que se compone. Esta es la mision del escribano en lo civil como en lo criminal (3); pero mas seria en lo criminal «donde sus descuidos, como dice Vilanova, pueden ser culpas, y sus contravenciones delitos» (4). La presencia del escribano es tan esencial que sin ella resultaria nulo todo lo actuado (5); pero á su turno el escribano no puede actuar sin el juez en las declaraciones, confesion, careos, rueda de presos, ratificaciones, y demás diligencias importantes del proceso (6). En lo criminal está mandado tambien que las notificaciones se hagan con testigos (7) y que no cubren costas sinó del condenado (8). Como los abogados, en fin, los escribanos tienen el deber de guardar secreto de lo que pasa ante ellos (9).

**121.** Antiguamente se llamaban *alguaciles* unos empleados encargados de ejecutar las providencias de prisiones, embargos, allanamientos, solturas, citaciones y otros actos de

(1) Or. pro Cluentio, cap. 50.

(2) De off. lib. 2, cap. 14.

(3) En los tribunales eclesiásticos se llaman notarios [v. á Tapia, t. 9, p. 38, ed. 1816.]

(4) Obs. 3, c. 4, n. 2.

(5) Leyes tit. 19, p. 3, v. la Acordada inserta en el Jud. n. 23.

(6) Mathieu, de ro crim. q. 76, n. 68 y siguientes.

(7) L. 25, tit. 23, lib. 2, R. Ind.

(8) L. 30, tit. 20, lib. 2, R. C. Sobre las demás formalidades del proceso V. L. 27, tit. 6, lib. 3, R. C. y 29, tit. 23, lib. 4, R. C.

(9) L. 8, tit. 9, p. 2, y 5, tit. 19, p. 3, v. tambien la ley 94, tit. 15, lib. 2, R. I. Pero es mas dudoso si podrán rehusar la declaracion, quando lo ordena así el juez. [V. á Chauveau Adolphe, lug. cit.]



fuerza (1). Estos actos se desempeñan hoy por la policía en los casos graves, y en los otros por empleados que tienen el nombre de *oficiales de justicia*. Sus deberes principales son cumplir las órdenes de los jueces con prontitud, so pena la primera vez de suspension de oficio por un año, la segunda por dos, y la tercera destitucion, con los daños en todos estos casos á favor de la parte (2): no revelar las órdenes de los jueces, so pena de seis años de presidio y privacion de oficio (3): no recibir regalos, pena de dos años de suspension, y ocho años de presidio en caso de reincidencia; ni llevar mas derechos que los de arancel, pena de cuatro tanto la primera vez, de diez la segunda, y pérdida del oficio la tercera (4). La accion es popular en todos estos casos, y para la imposicion de las penas basta la prueba privilegiada (5).



## LIBRO II.

### DE LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES.

**130.** Nadie está exento de la jurisdiccion ordinaria sin que leyes terminantes le den este privilegio. *Jurisdicctio ordinaria*, dice G. Lopez, *cohæret territorio, et limites jurisdictionis sunt secundum limites territorii* (6). La jurisdic-

(1) L. 2, tit. 29, P. 2, 28 y 29, tit. 23, lib. 4, R. C. y leyes del tit. 20, lib. 2, R. 1. *Apparitores*, entre los Romanos. *Suyones* entre los Godos.

(2) L. 13, tit. 8, lib. 2, R. C.

(3) Auto 7, tit. 23, lib. 4, R. C.

(4) L. 21, tit. 23, lib. 4, R. C.

(5) Auto 7 cit. c. 27 hasta el 31. Sobre sus calidades, v. la L. 20, tit. 9, P. 2.

(6) G. 8, L. 1, tit. 1, P. 3. Esta ley divide los jueces en ordinarios de-

cion ordinaria es la regla jeneral: las demás son las excepciones. Por ella, pues, debemos empezar el juicio criminal, que se divide en dos partes principales. La una se llama *sumario*, que tiene por principal objeto la justificacion del delito y de sus autores. La otra, *plenario*, en que se discute contradictoriamente la culpabilidad ó inocencia de los procesados, y se da la sentencia condenatoria ó absolutoria (1).



## TÍTULO I.

### DE LOS MODOS DE EMPEZAR EL SUMARIO.

#### CAPÍTULO I.

##### CARÁCTER Y OBJETOS.

**131.** El sumario es secreto no solo para el público, sino también para la misma parte perseguida. Durante él, no hay debates ni defensa contradictoria. Las resoluciones del juez no son juicios propiamente, sino órdenes ejecutivas que no se suspenden por apelacion ninguna. Los datos en fin que en él se acumulan contra las personas no producen prueba legal hasta su discusion, sino solamente indicaciones de cierto valor para legitimar medidas preventivas y precaucionales, como la prision y embargo de bienes (2).

*legados y árbitros: y define los primeros « omes puestos ordinariamente para hacer sus oficios cada uno en los lugares que tienen. »*

(1) Escriche, Dic. juicio criminal, § 19. En lo civil juicio plenario es lo mismo que ordinario.

(2) En lo civil, el juicio sumario, se divide en simplemente sumario, ó *sumarísimo*. En el primero se oye á las partes. En el segundo nó. El

**132.** Para ser completo debe contener: 1º la comprobación de un hecho punible, porque este es el fundamento cardinal del proceso: 2º la reunión de datos que descubran ó indiquen al delincuente, y en caso de duda identifiquen su persona: 3º las diligencias practicadas para su detención, arresto ó prisión, y para asegurar las resultas del juicio: 4º la declaración indagatoria del acusado, esto es, la interrogación de él mismo como testigo, citado por los hechos ó personas, para que diga lo que sabe: 5º la confesión con cargos, que es el acto en que el juez, á presencia del escribano muestra al acusado todo lo que del sumario aparece contra él, para que se disculpe ó confiese el delito (1)

**133.** El sumario además debe hacerse por escrito, para que en todo tiempo, dice la ley, se halle razón de ello (2): con método y orden, distinguiendo los testigos de oídas, de vista y de creencia (3), y en la cárcel misma ó en el juzgado (4). El papel que se usa es el de oficio, exceptuando el caso de haber acusador particular.

## CAPÍTULO II.

### QUIENES PUEDEN SUMARIAR.

**134.** Desde que se trata de la investigación de un delito, es claro que el derecho de sumariar no puede tenerlo sinó la justicia criminal. Pero como á veces un instante perdido seria irreparable, las autoridades administrativas han recibido también la facultad de usar de este derecho, siempre que es urgente tomar al culpable, y á los instrumentos

derecho criminal, permite acortar los términos, pero nunca deja de oír al acusado.

(1) Escriche, lug. cit.

(2) L. 27, tít. 6, lib. 3, R. C.

(3) L. 123 del Estilo.

(4) L. 26, tít. 6, lib. 3, R. C.

del delito. Entre nosotros las leyes acuerdan esta facultad al Jefe de Policía y Comisarios de la ciudad y campaña. Mas como no tienen competencia propia, su mision acaba con el sumario, y es de su deber estricto remitir inmediatamente los acusados con la informacion levantada á la justicia ordinaria. - Cuando estas informaciones se toman bajo juramento está declarado que tienen el mismo valor juridico que los sumarios levantados por los jueces del crimen (1).

## CAPÍTULO III.

### DENUNCIA Ó DELACION.

**135.** La denuncia, dicen las Partidas, se hace «no en manera de acusacion, sinó por desengañar á los jueces» (2). Entre los Romanos se distinguía de la delacion (3). Pero nuestras leyes usan indistintamente de las palabras denunciadores y delatores (4). La denuncia á diferencia de la acusacion, es permitida á todos (5); menos á los infames, al enemigo del denunciado, ó persona enteramente desconocida, y anónimamente (6). Los criminalistas agregan aquellos delitos que no pueden perseguirse sinó á instancia de parte; *alias fieret fraus legis* (7). Personas hay tambien que no solo pueden denunciar, sinó que tienen el deber de hacerlo.

(1) Ley de 16 de Setiembre de 1859. V. tambien la ley de Agosto 20 del mismo año.

(2) L. 27. tít. 1, P. 7.

(3) *Denuntiatores* decian á los que ponian en noticia de los jueces, *protegenda suæ causæ gratia*, los agravios que recibian, y ciertas personas encargadas de avisar á los majistrados los delitos graves. *Delatores* á los acusadores ocultos, á los que acusaban por alguna pasion ruin, á los calumniadores, á los que denunciaban bienes por el premio de la cuarta parte en la confiscacion [Morin, Rep.]

(4) L. 3, tít. 13, lib. 2, R. C.

(5) L. 27, tít. 1, P. 7. V. tambien la gl. 1ª.

(6) L. 27, cit. y leyes 1, tít. 27, lib. 4, y 61, tít. 4, lib. 2, R. C.

(7) J. Clarus, q. 7, n. 2.

Tales son ciertos funcionarios y agentes de policía, *merinos* e *otros oficiales*, decían las Partidas (1), y los cirujanos y los facultativos llamados á curar un herido (2).

**136.** Por las Partidas, el denunciante, no estaba obligado á probar la denuncia, ni tenía pena por ello «fuera ende si se obligasen de probar aquello que dizen, ó fuere fallado que se movieran á decirlo maliciosamente por malquerencia» (3). Pero leyes posteriores han dicho que la denuncia no se admita de delitos sucedidos «en villa ó lugar poblado» si el denunciante no quiere ó no puede probar (4). Según estas mismas leyes en caso de no probarse la denuncia, el denunciante debe ser condenado en todas las penas de derecho y costas (5). En la práctica sin embargo el denunciante no está sujeto á pena alguna, porque los autores entienden estas leyes de la querella de parte (6). La denuncia se distingue de la querella, dice G. Lopez, en que el denunciante da noticia del hecho, pero no concluye, *ut puniatur* (7). El juez es libre, además, de hacer ó no la pesquisa, excepto el caso del fiscal, mientras en la querella tiene el deber de proceder siempre (8). Con razon pues los autores dicen que la denuncia propiamente no es modo de empezar el sumario, sinó de prepararlo (9).

(1) L. 5, tít. 1, P. 7.

(2) Auto ún. tít. 18, lib. 3, R. C. y decret. de Julio 2 de 1822.

(3) L. 27, tít. 1, P. 7.

(4) L. 6, tít. 1, lib. 8, R. C.

(5) L. 5, tít. 13, lib. 8, R. C.

(6) J. Clarus, q. 7, n. 11 y 12. Favorece esta opinion el c. 85, de la ley 1, tít. 27, lib. 4, R. C.

(7) G. Lopez, gl. 2, L. 27, tít. 1, P. 7.

(8) L. 27, cit. in medio.

(9) J. Clarus, lug. cit.





## CAPÍTULO IV.

## QUERRELLA DE PARTE

**137.** Querella ó acusacion, dicen las Partidas, es «profasamiento que un ome faze a otro antel judgador afrontandol dalgun yerro e pidiendol quel faga venganza» (1). Las leyes del Estilo y las Recopiladas usan tambien indistintamente de estas dos palabras (2); pero el Fuero Real llama querella á la accion civil, y acusacion á la criminal (3). La querella en la práctica es el primer escrito que pone en noticia del juez el delito, y ofrece la informacion necesaria para su comprobacion; pidiendo que dada por bastante se proceda á la prision del reo.

**138.** La querella debe presentarse ante juez competente (4). Debe hacerse por escrito «por que sea cierta, dicen las Partidas, e no la pueda negar ni cambiar desque fuere el pleito comenzado» (5). Debe contener una designacion clara del delincuente, y la relacion circunstanciada del hecho, con espresion «del lugar do fue fecho el yerro, el mes, el año e la era» (6). *Actor in libello omnes circumstantiæ loci, temporis et facti in specie exprimat* (7). Esta era la opinion comun de la época (8). Solo se cuestionaba la necesidad de poner el dia, creyendo la mayor parte que bastaba poner el año y el mes. Pero si el acusado pedia el dia, era preciso dárselo, porque esta indicacion se consideraba necesaria para probar el alibi.

(1) L. 1, tít. 4, P. 7.

(2) Leyes 9, 31 y siguientes del Estilo y leyes del tít. 13, lib. 8, R. C.

(3) L. 3, tít. 20, lib. 4, F. R.

(4) L. 15, tít. 1, P. 7.

(5) L. 14, tít. y P. cit.

(6) L. 14, cit.

(7) Lauterbach, Colleg. Pand. t. 3, p. 807.

(8) J. Clerus, lib. 5, § inj. n. 5.



*Omissio enim diei auferret reo defensionem* (1). Debe firmarla el acusado y afianzar de calumnia, *fidejussorem de proseguenda accusatione*, entre los romanos (2), es decir, que si no prueba el contenido de su memorial, pagará las costas y demas penas que quiera imponerle el juez por la calumnia (3). La querella termina con el juramento que hace el que la presenta de no proceder de malicia (4), y la protesta de deducir su acusacion en forma, concluida la sumaria (5). Segun las Partidas en fin debia proponerse y contestarse en persona (6). *Criminaliter*, decia el antiguo derecho, *nemo agit per procuratorem* (7). Pero la práctica ha desechado este rigor (8), lo mismo que la fianza de calumnia que ya no se presta sinó cuando el acusado la pide espresamente, constituido en prision, ó sufriendo alguna otra molestia (9). Algunos de estos requisitos son de mera formalidad; pero es prudente no omitir ninguno porque todos tienen su objeto y la sancion del foro. Por las leyes solo son esenciales los que se refieren á la sustancia del juicio, ó que se piden espresamente por la parte (10).

**139.** Cuando el acusador adquiria como en Roma durante la accion popular, una porcion de los bienes del acusado, se comprende que la acusacion fuese rodeada de

(1) Carpovius, Rer. crim. p. 2, q. 95, n. 35. Se admitia sin embargo, que el acusado dijese que no lo recordaba. J. Clarus, lug. cit. § fin.

(2) G. Lopez, gl. 8, ley cit.

(3) L. 64, tit. 4, lib. 2, R. C. Segun la ley 92 del Estilo al acusador que no acusa hechos propios ó de su pariente no debe oirse sin esta fianza «salvo si mostrase carta ó alguna otra cosa que ficiere fé al alcalde.»

(4) L. 14, tit. y P. cit. Las Partidas exijian además que el querellante se obligase á la pena del talion [L. 13, tit. y P. cit.]

(5) Vilanova, Obs. 6, c. 1, n. 69.

(6) L. 6, tit. y P. cit. 12, tit. 5, P. 3 y 15 del Estilo.

(7) Gl. in leg. 11, Cód. de injuriis.

(8) Solo en el Tribunal Superior nadie comparece sin procurador de número y los pobres tienen uno de oficio [V. á Paz, L. 15, del Estilo.]

(9) Curis, P. 3, § 9, n. 3. Desde la querella debe decirse tambien si se usa de la accion civil ó criminal.

(10) L. 10, tit. 17, lib. 4, R. C.



muchos requisitos. Así, según sus leyes no podían acusar, y lo mismo han repetido las nuestras: 1º las mujeres, si no es la muerte de su marido (1): 2º los menores de 14 años, pero los mayores de esta edad, y menores de veinte pueden hacerlo con autoridad del curador ó licencia del juez (2): 3º Los majistrados y jueces (3): 4º Los condenados por perjurios, ó que hubiesen recibido dinero para acusar ó abandonar la acusacion (4): 5º Los que tengan pendientes dos acusaciones (5): 6º Los condenados á muerte ó pena perpétua, para que no se detenga su aplicacion (6): 7º Los muy pobres «que non hin la valla de 50 maravedis» (7), por presumirse que serán corrompidos fácilmente (8).

**140.** Otros tienen prohibicion solamente en ciertos casos. Tales son: 1º el acusado á su acusador con las excepciones que vimos ántes (9): 2º Los cómplices, en el delito «que hicieron de consuno» (10): 3º El marido á la mujer, exceptuando el caso de adulterio, ó vice versa (11): 4º Los ascendientes y descendientes entre sí, y los hermanos contra los hermanos, si no es por injuria propia (12): 5º Los clérigos en pleitos de sangre por la irregularidd en que

(1) L. 2, tit. 1 y 14, tit. 18, P. 7.

(2) G. Lopez, gl. 4, la 2, tit. 1, P. 7, gl. 2, L. 6, tit. y P. cit. La edad de 20 años es la edad de atestiguar en juicio criminal [L. 9, tit. 16, P. 3.] Véase tambien la ley 2, del Estilo.

(3) L. 2, tit. 1, P. 3. Porque son terribles adversarios, dice el glotador.

(4) L. 2, tit. 1, P. 7.

(5) L. 2, cit. En un mismo libelo sin embargo pueden acusarse muchos delitos, *etiam mille*, [gl. 10.]

(6) L. 4, tit. y P. cit.

(7) L. 2, tit. y P. cit.

(8) *Quod admitteretur*, dice G. Lopez, ubi *ista ratio cessaret* [gl. 11, V. tambien á J. Clarus, q. 13.]

(9) N. 30.

(10) L. 2, tit. y P. cit.

(11) L. 5, tit. 2, P. 3. V. d. 364, 1ª Parte y 30, de esta 2ª Parte.

(12) Leyes 2 y 3, tit. 1, P. 7, y 4, tit. 2, P. 3.



incurrer (1): 6º El procesado criminalmente por delito grave, mientras lo esté (2). Pero debe advertirse que tanto estas disposiciones como las anteriores tienen hoy poquísima aplicación; porque ellas se refieren al ejercicio de las acciones populares, que casi nunca se ejercitan.

141. Antiguamente cuando eran varios los acusadores, el pretor designaba el que debía *inscribere libellum*, y los otros se limitaban á suscribirlo (3). El objeto de semejante disposición en el derecho romano era evitar la colusión entre el acusador y acusado. Entre nosotros sería muy raro este caso. Pero si se presentase, se preferiría el cónyuge á los demás. En su defecto, los ascendientes, descendientes, hermanos y demás parientes, según su proximidad, ó el que primero acuse, si se presentan varios de igual grado (4). En último lugar los extraños por la acción popular, pero no los extranjeros, *quoniam jus populi tueri sua non interest* (5). Si los que concurren en fin son extraños, «debe el juez catar e escoger el que entendiére que se mueve con mejor intención» (6). La razón la da G. López, en estos términos: *Quia si admitteret iudex plures accusatores, posset unus probare, alius in probatione deficere* (7).

142. El querellante después de deducir la acción, puede no parecer en juicio, ó querer desistir. En el primer caso se le emplaza *de cabo*, y sinó viene ni se excusa «debe el juez dar por quitto al acusado quanto en razón de la demanda» y condenar al acusador en las costas, y

(1) Can. Sacerdotem quæst. 7. De esta irregularidad se salva el sacerdote protestando que de su acusación no se ha de seguir pena de sangre.

(2) L. 4, tit. 10, P. 3, y 4, tit. 1, P. 7.

(3) LL. 2 y 3, D. de pop. action.

(4) Gutiérrez, Pract. crim. es de opinión que si todos acusan, todos deben ser admitidos, con tal que la acusación sea una sola; ó si esta ofrece dificultades, el juez puede escoger como en el caso de los extraños.

(5) Gl. 4, L. 2, tit. 1, P. 7.

(6) L. 13, tit. 1, P. 7.

(7) Gl. 2, á la ley cit.



menoscabos, «e aun demas deve pechar cinco libras de oro para el fisco e ser dado por enfamado» (1). En el segundo, el juez no puede otorgar el desistimiento, ni pedirlo al acusador si «se movió maliciosamente en fazer la acusacion e non era verdad aquello sobre que la fizo, ó si el acusado es ya metido en cárcel ó en otra prision do a recibido algun tormento ó deshonra» (2). Pero si lo hizo por error puede separarse sin pena dentro de 30 dias «qui currunt á die litis contestata» (3), pagando las costas y cinco libras de oro (4). El antiguo derecho no permitia la separacion ni la transaccion en ningun caso (5).

**143.** La responsabilidad sin embargo, no es la misma en todos. Asi, el que acusa la injuria propia lo es menos que el que acusa la ajena (6). Los ascendientes, descendientes, hermanos, primos hermanos y cónyuges, lo son menos que los extraños (7). Lo mismo sucede en ciertos delitos, la falsificacion de moneda por ejemplo «ca es cosa de que podria acaecer daño á todos» (8), y con los que tienen el deber por su oficio ú otro motivo de acusar, como el fiscal (9), el tutor ó curador (10), y el heredero (11). Pero con excepcion del fiscal no se librarán por eso de las costas (12). *Semper intellige*, dice G. Lopez, *quod in casibus in quibus excusantur, intelligitur a præsunta non ab evidenti calumnia* (13).

(1) L. 17, tit. 1, P. 7.

(2) La ley exceptúa además los delitos de traicion, falsedad, concusion y sacrilegio, ba o la pena del talion [L. 19, tit. 1, P. 7.]

(3) G. Lopez, gl. 4.

(4) LL. 17 y 19, tit. 1, P. 7.

(5) L. 5, tit. 20, lib. 2, F. Juzgo.

(6) L. 5, tit. 20, lib. 4, F. R.

(7) L. 26, tit. 1, P. 7.

(8) L. 20, tit. 1, P. 7.

(9) L. 5, tit. 1, P. 1 y Curia, P. 3, § 8, n. 14.

(10) L. 6, tit. 1, P. 7.

(11) L. 21, tit. 1, P. 7 y Gut. Pract. ques. lib. 3, q. 21.

(12) Curia, lug. cit. n. 15.

(13) G. Lop. gl. 2, L. 21, tit. 1, P. 7.

## CAPÍTULO V.

## ACCION POPULAR.

**144.** La accion popular es el ejercicio de la accion criminal por cualquier ciudadano, aunque no sea el ofendido por el delito (1). En lugar de un majistrado, órgano impasible é imparcial de la ley, se presenta como acusador un hombre apasionado que de lo que menos se ocupa es de la verdad. Asi la historia está ahí para probar los inconvenientes de esta accion. «En el Imperio, dice Montesquieu, todo el que tenia una alma baja, y un espíritu ambicioso buscaba un criminal, cuya condenacion pudiese agrandar al principe» (2). El abuso fué tan grande que Teodosio y Valentiniano no encontraron otro remedio para cortarlo sinó ordenar al mismo tiempo la prision del acusador y acusado (3). Despues, faltaron á tal punto los acusadores, que el acusador tenia que designarse de oficio, lo que en el último estado de la jurisprudencia dió origen á ciertos empleados cuya mision era perseguir á los culpables (4).

**145.** Sin embargo, la accion popular era antiguamente la práctica universal, dice Paz, excepto en Francia y Flandes (5). Nuestras leyes la otorgan en las baraterias y cohechos de los jueces, en el homicidio, moneda falsa, rapto, sodomia, bestialidad, alcahueteria, herejía, falsedad, y en jeneral en todas las transgresiones que pueden perseguirse de oficio (6). La Constitucion ha agregado los procedi-

(1) De aquí el nombre de pública que tenia en el derecho romano, aunque en realidad era privada. *Popularia actio publica dicitur, quod cuius et populo patet: privata tamen est respectu causam* [Vinianus, § 1, inst. de jud. pub.]

(2) Esp. de las leyes, lib. 6, c. 5.

(3) C. Theod. LL. 8 y 19 de accusat.

(4) L. 3, D. de off. pmissis.

(5) Paz, en la ley 52 del Estilio.

(6) L. 2, tit. 1, LL. 14, tit. 8, y 2, tit. 20, P. 7.



mientos injustos contra la libertad de la persona, propiedad y seguridad del domicilio (1); y la ley Municipal los delitos de esta (2). En los demas casos, el reo podria excepcionarse con la ilejitimidad del actor, y el juez mismo rechazar de oficio la acusacion (3).

**146.** Como la accion popular hace las veces del ministerio público, goza de los mismos favores por la ley, y como él no paga las costas (4.) La ley, hablando de la denuncia que resulta equivocada, dice, que si no pareciese delincuente «pues el querrelloso pierde su accion, que el Alcalde y el Escribano pierdan sus costas» (5).



## CAPÍTULO VI.

### EXITACION FISCAL.

**147.** Hemos visto en otra parte, que el ministerio público interviene en todas las causas; pero hay algunas en que es de su deber iniciar el proceso aunque no haya acusador particular. Tales son los delitos notorios de alguna gravedad (6), considerándose tales, dicen los autores, «aquellos que se cometen ante todo el pueblo ó gran parte de él» (7). En los demas, no pueden acusar «sin dar primeramente delator que diga ante escribano la delacion» (8). Pero sea privada ó pública la causa, el Fiscal no debe olvidar nunca que su oficio consiste principalmente en pe-

(1) Art. 128 de la Constitucion.

(2) Ley de 11 de Octubre de 1834.

(3) Curia, P. 3, § 8, n. 2.

(4) L. 1, tít. 27, lib. 4, R. C., c. 86. «Paguénlas aquellas personas que se hallasen en culpa,» dice la ley.

(5) Ley cit. c. 85.

(6) Leyes 3 y 4, tít. 13, lib. 2, R. C., artí. 90 Ordenanzas de la Audiencia y 38 tít. 18, lib. 2, R. I.

(7) Curia, P. 3, § 8, n. 1, y J. Clarus, q. 9.

(8) Leyes citadas.

dir que se administre justicia. Así es que en caso de tenerla el acusado es á este á quien debe favorecer, contra el calumniante ó los falsos testigos (1), como aparece claramente de las leyes Recopiladas que recomiendan su castigo (2).

**149.** En los procedimientos de oficio el rol del fiscal empieza despues de concluido el sumario. Entonces hace las veces del acusador privado, con las distinciones propias de su rango (3). En las causas que él mismo inicia, interviene como cualquiera otro en el sumario, para designar las diligencias mas convenientes á la averiguacion del delito ó aprehension del culpable. Pero en ningun caso tiene el derecho de exigir la consulta ó comunicacion de las providencias que el juez creyese deber dictar de oficio. Esta intervencion, fuera de inútil, solo serviria para entorpecer la marcha del procedimiento, en los momentos mas delicados, como son los de la averiguacion (4). Creemos que este es el único sentido en que debe tomarse la Acordada, que manda á los agentes del crimen activar el curso de las causas (5).

## CAPÍTULO VII.

### EL JUEZ DE OFICIO.

**149.** El procedimiento de oficio es una especie de ficcion, por la cual una misma persona ejercita las dos facultades de acusador y juez. Entre los Romanos nació del descrédito de la accion popular (6). Las Partidas lo limitaban

(1) Viscaino, Pract. crim. t. 3, n. 188 y 189.

(2) Aut. un. tit. 17, lib. 8, R. C.

(3) Así no se le acusa rebeldia, sino que se le insta para que responda [Larrea, Alleg. 1, n. 9.] Tampoco puede ponerse á sus pedimentos no ha lugar, pida en forma etc.

(4) La Serna y Montalvan, Procedimientos, t. 3.

(5) 24 de Setiembre de 1821, Jud. n. 4.

(6) L. 12, D. de officio prosodia, 5 y 7, C. de delatoribus.





á ciertos casos (1), pero las Recopiladas lo hicieron jeneral. Así los jueces del crimen tienen por ellas la misma recomendación, con mas empeño todavía que el ministerio fiscal, de perseguir todo delito público que cause escándalo (2). El procedimiento de oficio, es pues, entre nosotros la base del procedimiento criminal. Los autores critican semejante acumulación de funciones, y con razón, porque el juez no puede menos de salir ya prevenido. En la milicia, donde todo se considera tan riguroso, hay establecida desde sus primeros códigos, una línea divisoria entre el que juzga, y el que instruye el proceso (3). Las Partidas decían también, hablando del procedimiento civil « non debe un ome tener lugar de dos, assi como de juez é demandador » (4).

**150.** ¿Pero cuáles son los delitos que el juez puede perseguir de oficio? Ni las leyes ni los prácticos están de acuerdo sobre este particular (5); pues no solo hay delitos que el juez debe disimular, sinó otros en que por disposiciones jenerales ó particulares les está prohibido terminantemente proceder. Acostumbran enumerarse como tales: 1º los delitos leves que no merecen ocupar el cuidado de la administración de justicia (6); 2º las injurias verbales « aunque sean dichas de noche » (7), pero se exceptúan las cinco palabras de la ley, en el caso de haber empezado el ofendido la acusación (8), y las que están mezcladas con hechos graves, en que medien armas ó efusión de sangre, ó que se reputen calificadas por la calidad de la persona ofendida (9),

(1) L. 28, tít. 1, P. 7.

(2) L. 26, tít. 3, lib. 3, R. 1. 14, tít. q. 36, tít. 6, lib. 3, y 15, tít. 7, lib. 2, R. C.

(3) Véase el n. 441 y siguientes.

(4) L. 10, tít. 4, P. 3.

(5) En las Partidas, v. la L. 3, tít. 17, P. 3.

(6) Así la ley 98 del Estilo dice, sobre querrela que alguno dé en que querrela que le firieron, sinó parecen libores, no facen pesquiza. »

(7) L. 98 del Estilo cit.

(8) L. 4, tít. 10, lib. 8, R. C. é instr. de Correjidores, 15 de mayo de 1778.

(9) L. 2, tít. 9, P. 7, y n. 384 de la 1ª parte.



ó el modo, como en el libelo famoso (1); 3º el estupro y adulterio, á menos que medie violencia (2); 4º los hurtos domésticos (3); 5º las tachas de los testigos (4), con excepcion del perjurio (5); 6º el castigo moderado de los padres á los hijos, del marido á su mujer, de los maestros y superiores á sus inferiores (6); 7º en jeneral toda ofensa privada en que se trate solo de la honra ó daño particular (7). En este punto debe ser máxima, como dice un antiguo criminalista, que con el remedio no se cause mayor mal (8).

**151.** El juez no solo instruye de autoridad propia el sumario, sinó que abogando por el buen ordenamiento de la causa puede en cualquier tiempo dictar ciertas providencias de oficio, como rechazar *in limine* la querella ilejitima, señalar al acusador un término preciso para deducir su accion ó proseguirla, elejir de varios acusadores uno, sobreseer en la causa, dividirla, ó continuarla á pesar de la transaccion de las partes (9). Estas diferencias con el juicio civil, en que nada se hace sinó á instancia de parte, son una consecuencia forzosa de la naturaleza de la accion pública encomendada á los majistrados y ministerio fiscal.

**152.** El procedimiento de oficio suele llamarse *pesquisa*, á causa de las diligencias con que los jueces deben averiguar la existencia del delito y sus autores (10). Las Partidas la dividen en jeneral ó particular. La primera se hacia por querella de parte, fama ó voluntad del rey. La se-

(1) Mathou, de re crim. cont. 75.

(2) La prohibicion es tal en estos delitos que la victima no se nombra en los autos, sinó que las citas se hacen con relacion á un testimonio reservado. [Vilan. Mat. Crim.]

(3) Teniendo presente las distinciones que hicimos en la 1ª parte, n. 424.

(4) L. 29, tit. 1, P. 7 y 1ª parte n. 388.

(5) Aut. un. tit. 17, lib. 8, R. C.

(6) L. 9, tit. 8, P. 7.

(7) Ordenanza de Intendentes, art. 55.

(8) Vilan. Obs. 6, c. n. 3 y siguientes.

(9) Vilan. lug. cit.

(10) Curia, P. 3, y 10. n. 1.

gunda por hechos señalados, sea que se conociese ó no el autor (1). En este segundo caso, las Partidas dicen que la pesquisa puede tambien hacerse por el consentimiento de las partes. Pero el glosador observa con mucha razon que entonces no seria propiamente informacion de oficio: *non est proprie inquisitio*; puesto que no selevanta por el mero oficio del juez (2). Las pesquisas se diferenciaban tambien por los gastos, que unas veces los pagaba el rey, y otras las partes (3).

**153.** Las pesquisas jenerales están hoy prohibidas. Las particulares son propiamente el procedimiento de oficio. En ellas una Acordada antigua mandaba dar parte inmediatamente al Tribunal Superior de todo delito grave, y de los individuos que se aprehendiesen, sin perjuicio de la formacion de la causa (4). Pero posteriormente ha sido derogada esta diligencia, «por no ser ya necesario» (5).



---

(1) L. 1, tit. 17, P. 3. V. tambien la L. 50 del Estilo y Jud. n. 1, circular del Tribunal.

(2) Gl. 6, á la ley cit.

(3) L. 3, tit. 1, lib. 8, R. C. y art. 127 de la Constitucion.

(4) L. 7, tit. 13, P. 3. Sobre la pena del juez *malé inquisitens*, v. la L. 12, tit. 17, P. 3, y gl. 6.

(5) Acord. 2 abril de 1821. Jud. n. 4. Esta acordada imponia en caso contrario 500 pesos de multa.

## TÍTULO II.

### DE LA AVERIGUACION DEL DELITO Y DELINCUENTE.



### CAPÍTULO I.

#### CUERPO DEL DELITO.

**154.**<sup>6</sup> La existencia del delito es el fundamento de todo procedimiento criminal. *Hic ordo servatur*, decia el jurisconsulto Paulo, *primum ut constet occisum hominem, deinde de reis inquirendis* (1). Las Ordenanzas militares declaran nulo el juicio en que no consta (2). La importancia pues de definir bien lo que los autores llaman *cuerpo del delito* es evidente; pero desgraciadamente la discordia mas completa reina en este punto. Unos dicen que en la inspeccion actual del hecho (3); otros, la cosa misma en que se comete un hecho criminoso y conserva sus señales (4); otros, el instrumento del delito (5).

**155.** Nosotros preferimos decir con D. Aguesseau que es la ejecucion del delito mismo (6). Los instrumentos pueden desaparecer, y sin embargo, constar el delito. Las cosas son efectos ó señales, no el delito mismo. La inspeccion es uno de tantos medios de averiguar el hecho (7). hay delitos por otra parte en que seria una quimera buscar de este modo

(1) Acord. 29 Agosto de 1854, Jud. n. 23.

(2) Sent. lib. 3, tít. 8, § 2, J. Clarus, q. 4.

(3) Ord. tít. 5, art. 13.

(4) Elizondo, Pract. univ. t. 4, p. 336.

(5) Legraverend, Leg. crim. t. 1, p. 152.

(6) Escriche, Diccionario, v. cuerpo del delito.

(7) 51 plaidoyer, t. 4, p. 456.

el cuerpo del delito. Tales son los delitos llamados *facti transeuntis*, como las injurias verbales. En los delitos *facti permanentis*, como el homicidio, no se puede negar la importancia de la verificación material; pero en estos mismos, dice muy bien un autor francés, la falta de vestigios materiales no autorizaria nunca la impunidad (1).

## CAPÍTULO II.

### MEDIOS DE AVERIGUACION.

**156.** Los autores dividen comunmente estos medios en dos grandes clases, medios reales y medios personales, ó como otros los llaman, materiales y morales. Pertenecen á la primera todos los que se fundan en objetos subordinados á la inspeccion de los sentidos; y á la segunda los que se apoyan en el testimonio de los mismos. Las pruebas reales ó materiales son pruebas de demostracion; y las morales ó personales de confianza. Por eso las primeras deben considerarse como principales, y las segundas como accesorias (2). El orden con que se presentan en cada proceso no es siempre el mismo, ni el juez está obligado á seguir ninguno en el procedimiento de oficio. El depende enteramente de las circunstancias especiales de cada caso, y de la sagacidad del juez. Pero en la necesidad de estudiarlos separadamente, les daremos el que mas frecuentemente tienen en la práctica.

## CAPÍTULO III.

### AUTO CABEZA DE PROCESO.

**157.** Se llama así el auto de oficio que provee el juez

(1) Vilan. obs. 9, c. 2, n. 8.

(2) Bonnier, des preuves, n. 78.





mandando proceder á la averiguacion del delito que se le ha denunciado, ó que ha llegado á su noticia. Esta es la primera diligencia del sumario, con que empieza el juicio in-formativo. En él debe decir el juez que habiendo llegado á su conocimiento en aquella hora que se ha cometido un delito en tal paraje, se transporta á él, asociado del Escribano, y personas ó peritos que juzga convenientes para proceder á su investigacion, y á todo lo demás que haya lugar (1).

**159.** Cuando el procedimiento es por acusacion, se ordena la misma informacion, pero á pedido y con interrogatorio del interesado (2). En este caso, es regla jeneral, que el juez siga las inspiraciones de la parte; pero como en la represion de todo delito hay siempre un interés público, es mas grande su libertad de accion. Así, segun vimos antes, el juez puede en esta clase de causas tomar muchas providencias de oficio (3).

## CAPÍTULO IV.

### INSPECCION JUDICIAL.

**159.** Formado en estos términos el auto de oficio, ó en el juicio de acusacion, á pedido de la parte, el juez pasa en efecto al paraje del delito. Esta diligencia es lo que se llama la inspeccion judicial, que no es mas que el hecho de enterarse el juez por su inspeccion propia, de las circunstancias materiales del delito, consignándolas en autos (1).

**160.** El derecho romano no conocia esta diligencia, porque siendo el procedimiento solo de acusacion, no habia juez con calidad oficial, para la averiguacion. Su importancia data

(1) Tapia, t. 7, p. 27.

(2) ¿Qué es interrogatorio? v. el n. 268.

(3) N. 148.

(4) Curia, P. 3, § 10, n. 7.

del derecho canónico y procedimiento inquisitivo (1). Las Partidas la llaman «vista del jugador», y mandan que el juez no resuelva sin ella, en los pleitos de deslinde, estupro, suposición de parto (2), acción de obra vieja, é injurias reales (3).

**161.** Como lo dice la palabra misma, la inspección judicial requiere la presencia del juez. No sería tal, pues, la hecha por oficiales de policía, ú otra subalterna (4). Requiere además, la fé del escribano, como todas las actuaciones del juicio criminal. Algunos agregan la necesidad de dos testigos; pero esto no se halla en práctica (5).

**162.** El exámen judicial es aplicable á toda clase de delitos. Puede recaer también sobre las personas, como sobre las cosas ó instrumentos, sobre todo lo que haga presumir la perpetración de un delito, y sobre los lugares mismos, aunque sea el interior de una casa, si esto es necesario para hallar algunas indicaciones de la manera con que se ha cometido, ó de la sinceridad de las alegaciones del acusado (6). Pero cuando recae sobre la persona del inculpado, no debe recurrirse á este medio, sinó en el caso de que existan cargos bastante graves para motivar el arresto, porque en toda inspección se ofende la libertad de la persona, y muchas veces su pudor. La misma circunspección se necesita en el caso de registrar el interior de una casa, por la inviolabilidad del domicilio (7).

**163.** Concluida la diligencia, se levanta una acta de-

(1) Decretales, tít. 5, lib. 12, c. 18.

(2) L. 8, tít. 14, P. 3.

(3) L. 13, tít. y P. cit.

(4) Esta diligencia no tendría importancia sinó llamando después el juez á estos empleados, y haciéndolos declarar *a novo* bajo juramento. [Mittermayer, de la prueba, p. 119.]

(5) Tapia, lug. cit. «Parece no obstante, dice Escherich, que la asistencia de testigos es una garantía que no debía despreciarse.» [Juicio crim. § 21.]

(6) Véase el n. 180 y 181.

(7) Mittermayer, lug. cit.



tallada de lo que se ha visto, y si hay pruebas materiales se recojen y agregan orijinales. Otras veces se diseñan, describen ó retienen, segun los casos, menos los efectos robados que se restituyen inmediatamente al dueño (1). La inspeccion judicial finalmente puede repetirse como el exámen pericial no solo en la primera instancia, sinó en las ulteriores, y aun despues de la conclusion para sentencia (2). Pero cuando esto se hace se tiene cuidado de empezar el acto, acreditando que el depósito no ha sido alterado ó quebrantado (3).

## CAPÍTULO V.

### EXÁMEN DE PERITOS.

**104.** Este modo de verificacion tampoco era conocido en Roma, por la misma razon del sistema de acusar, á que es preciso añadir el atraso de las ciencias. Se encuentran sin embargo algunas aplicaciones notables en los pleitos de mensura (4), en la invalidez de los militares antes de ser licenciados (5), y con el fin de justificar el embarazo de una viuda ó esposa divorciada (6).

**105.** Estos mismos casos se registran en nuestro derecho, y en la práctica se ocurre jeneralmente á este medio cuando se trata de un hecho cuya averiguacion exige conocimientos técnicos, como la virginidad: cuando hay que decidir sobre la naturaleza ó calidades de otro que solo la ciencia puede determinar, como la direccion de una herida; cuando dadas ciertas circunstancias se quiere conocer la po-

(1) La Serna y Montalvan, *Proced. crim.* t. 3.

(2) Vilan. obs. 10, c. 4, n. 42.

(3) Escriche, *Juicio crim.* § 26.

(4) L. 8, § 1, D. fin. reg.

(5) L. 6, Cód. de re militari.

(6) L. 1, § 10, D. de inspect. ventri.





sibilidad ó probabilidad de algun hecho, como si el testigo pudo ver, á la distancia en que se hallaba, lo que dice; ó finalmente, cuando de hechos demostrados se trata de deducir ciertas consecuencias, que solo un profesor puede suministrar, por ejemplo, si una herida es mortal, ó si el número de las recibidas ha podido causar la muerte (1).

**166.** Los peritos para hacer fé han de ser por lo menos dos, y en caso de discordia, el juez debe nombrar un tercero (2). Así se deduce de las Partidas que cuando hablan de este exámen, usan de la palabra *omes sabidores* (3) lo que supone mas de uno. Tenidos además en el concepto de testigos, no habria razon para que menos de dos acreditasen el cuerpo del delito (4). La conveniencia de que intervengan en esta diligencia dos peritos, es hoy tan apreciada, que no hay código moderno, que no lo mande espresamente.

**167.** ¿Pero los peritos son realmente testigos ó árbitros? Mucho se ha disputado este punto. *Peritus in unaquaque arte standum est*, decia un antiguo adagio. Nosotros creemos que debe considerárseles mas bien como testigos *sui generis*. Cuando los peritos deciden hechos, sus dichos parecen declaraciones. Cuando son llamados al contrario para resolver ciertas cuestiones jenerales, parece que juzgan. Pero en realidad hay bastante diferencia de unos y otros. Cuando prestamos fé al dicho de un testigo, le creemos por su afirmacion, sin exigirle que la motive, como sucede en el perito; y por eso se dá tambien á este un término para reflexionar que no se da á aquel, y se le permite expedirse reunido con otros, mientras el testigo declara aisladamente. El dictámen de los peritos no es tampoco un juicio, desde que él no decide ni la cuestion de hecho ni la de derecho. Otros los consideran auxiliares del juez, pero esto no es mas

(1) Mittermayer, de la prueba.

(2) Vilan. obs. 9, c. 2, n. 11.

(3) L. 118, tit. 18, P. 3. V. tambien Pas. á la ley 61 del Estilo.

(4) Mathou, de re crim. contr. 64, Hermosilla la L. 56, tit. 5, P. 5. y Viscaino, Pract. crim. t. 3, n. 28.

exacto, puesto que ignoran todo aquello que no tiene relacion con sus conocimientos, y son independientes en sus informes (1).

**166.** Muchos piensan tambien que se les puede compeler, como á los testigos (2), fundados en la ley que obliga á estos (3). Pero por nuestra parte creemos inaplicable esta ley. Un testigo que tiene que hacer revelaciones no puede ser reemplazado como el profesor. Además, un testigo no hace sinó declarar lo que ha visto, mientras el profesor necesita siempre un empleo de tiempo ó inteligencia (4).

**167.** Otras veces, los peritos necesitan para espeditarse, pedir vista de documentos, ó que el juez haga nuevas preguntas á los testigos. Esta exigencia no debe negarse por regla jeneral; pero el juez necesita ser muy circunspecto en la ejecucion para no desvirtuar las constancias del proceso.

**170.** Los dictámenes de los peritos se dividen en certificados, informes, declaraciones y consultas. Certificado, es el testimonio que se dá estrajudicialmente de un hecho. Informe, este mismo testimonio, en virtud de requerimiento judicial; pero sin juramento. Declaracion, si interviene este (5). Consulta, el exámen de otro exámen, ó de papeles facultativos, confirmando ó contradiciendo las conclusiones de los primeros. En la práctica, sin embargo, los informes se confunden con los certificados, llamándose tales, aun los dictámenes, á virtud de requerimiento judicial (6).

(1) Mittermayer, de la prueba.

(2) Elizondo, Pract. Univ. t. 4, p. 336.

(3) L. 6, tit. 6, lib. 4, R. C.

(4) Mittermayer, lug. cit.

(5) Si hemos de estar á lo que disponen las Partidas de las matronas, los peritos nunca declaran [L. 23, tit. 16, P. 3.] Pero segun G. Lopez esto debe entenderse de *juramento veritatis, non de credulitate bene jurant*. [gl. 4, y así se confirma por la L. 118, tit. 48, P. 3, que ordena el juramento á los « omes sabidores de formas y figuras de las letras, »

(6) Viscaino, Pract. Crim. t. 3, n. 40 y 41.





## CAPÍTULO VI.

## INFORMACION DE TESTIGOS.

**171.** Informacion, pesquisa, sumario, *inquisitio*, son sinónimos, comprendiéndose solo en esta palabra las declaraciones de los testigos que sirven para inquirir, no para probar.

**172.** Los testigos del sumario se distinguen de los del plenario en dos cosas esenciales: 1ª que se reciben sus dichos, aunque sean de personas sospechosas ó inhábiles; 2ª que las declaraciones se toman sin la citacion del reo (1). Pero en el plenario, como en el sumario, es necesario que el juez mismo los examine ante escribano «entendido» (2), bajo pena de multa, y la tercera vez privacion de oficio (3). Si los testigos no se hallan en el lugar del juicio está admitido dirigir á los jueces iguales un exhorto suficientemente instruido, y á los subalternos un oficio de comision. Y semejantes testimonios valen, dice una ley del Fuero «fuera si fuese el pleito de cosa que se non puede testimoniar á menos de ser vista del testimonio» (4). Pero en las causas graves «de que pudiese nacer muerte, perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra» se evita esto cuando es posible, y los exhortos ú oficios se libran para que los testigos comparezcan á la presencia judicial (5). *Nam si aliter*, dice G. Lopez, *testes in crimine grave recipentur, non tenebit eorum dictum* (6).

(1) Leyes del tít. 17, P. 3, y J. Clarus, q. 11, n. 2.

(2) L. 26, tít. 16, P. 3, *cum tota eis causarum in hoc officio consistat* [el. 3.]

(3) LL. 28 y 44, tít. 6, lib. 8, R. C. y 7, tít. 10, lib. 5, y 5, tít. 17, lib. 2, R. I. Los jueces subalternos, sin embargo, pueden actuar con testigos á vista de Escribano [leyes 23 y 69, tít. 4, lib. 3, R. C.]

(4) L. 10, tít. 8, lib. 2, F. R.

(5) L. 27, tít. 16, P. 3.

(6) Gl. 3, ley cit. En los delitos leyes las Partidas mismas permiten la comision al Escribano [L. 35, tít. 16, P. 3.]



**173.** El examen de los testigos del sumario debe hacerse con referencia á la querella, ó auto cabeza del proceso (1), sin nombrar al delincuente, y cuidando no hacer mas que preguntas indirectas, á fin de que el testigo por reconocimiento ú otro motivo no falte á la verdad (2). «Tú, fulano, dice la ley, sabes alguna cosa de la muerte de fulano?... E non le debe preguntar si lo mató él, nin señalar ninguno otro por su nome, por quien preguntase; ca tal pregunta como esta non seria buena, porque podria acaecer que le daria carrera para dezir mentira» (3). *Multum notat tu judex*, dice G. Lopez, *ne confessionem extorques per suggestionem* (4).

**174.** La diligencia empieza tomando juramento al testigo de decir verdad. De lo contrario, el acto sera nulo, *testis sine iurejurando non valeret* (5), exceptuando convenio contrario en la acusacion de parte (6), el caso de los peritos (7) y el de menor de 14 años si es hombre, ó doce si es mujer (8). El juramento consiste en invocar la venganza de Dios, si la declaracion no es sincera (9). Es diferente segun la creencia religiosa de cada uno, y el de los militares y sacerdotes tiene formas especiales. Conocido desde las Constituciones de Justiniano (10) el derecho canónico lo ha prodigado, aunque el Evangelio no lo era favorable (11). Las Partidas distinguen el que se presta en causa civil del que tiene lugar en una criminal. El primero, consiste en

(1) V. el n. 154 y 155.

(2) Tapia, t. 8, p. 14, n. 19.

(3) L. 3, tit. 30, P. 7.

(4) Gl. 7, ley. cit.

(5) L. 23, tit. 16, P. 3.

(6) L. 23, cit. Con la intervencion hoy del Ministerio Fiscal, dudamos de esta regla.

(7) V. la nota 1, n. 170.

(8) Vitan. Obs. 9, C. 3, n. 60.

(9) L. 1, tit. 11, P. 3.

(10) L. 2, C. de jurej. propter calumn.

(11) *Sed cuius sermo vester est, est; non, non.*



decir lo que sabe, por la una como por la otra parte «máguen non gelo pregunte el juez», debiendo prometer también que no descubrirá su testimonio antes de que se publiquen las pruebas (1). El segundo, encierra estas tres cosas: «La primera, que digan verdad de lo que saben ciertamente. La segunda, de lo que oyeron decir. La tercera, de lo que creen» (2). Pero el defecto de juramento puede subsanarse siempre, según los autores, tomando la declaración de nuevo con él (3).

**173.** La declaración se recibe en secreto «en lugar que ninguno lo oya» y separadamente «debe el juez apartar el uno dellos» (4), para descubrir mejor la verdad de sus dichos, como Daniel en el caso de Susana (5). Según los autores, el origen de esta práctica debe buscarse en el derecho canónico (6). Pero otros pretenden que ella ha provenido de una mala traducción del texto romano, que decía: *ad judicantis intrare secretum* (7). La diligencia empieza preguntando al testigo su nombre, apellido, estado, oficio, vecindad y edad: en seguida, se pasa al hecho que se inquiriere y sus circunstancias; y termina con las mismas palabras de los juicios civiles «de público y notorio». Pero esta práctica, dice con mucha razón Vilanova, es en lo criminal un abuso insufrible (8). El escribano debe estender en el acto las respuestas en los mismos términos que se hacen, sin añadir, ni quitar; y concluida la declaración se lee íntegra al testigo, para que la ratifique, ó enmiende, firmando con el juez y escribano, ó expresando no saber hacerlo (9).

(1) L. 21, tit. 16, P. 3.

(2) L. 25, tit. y P. cit. con cuyo motivo, O. Lopez, dice, *et sic in inquisitione recipitur testimonium de auditu* [gl. 2.]

(3) Vilan. lug. cit. n. 57.

(4) L. 26, tit. 16, P. 3.

(5) L. 26, tit. y P. cit. gl. 1.

(6) Bonnier, des preuves, n. 199.

(7) L. 14, Cód. de testibus. V. Gabriel, des preuves, n. 154.

(8) Vilanova, Obja. 9, c. 2, n. 53.

(9) LL. 8, tit. 6, lib. 4, R. C. 25 y sig'tes, tit. 16, P. 3, y 3, tit. 30, P. 7.



**176.** Los testigos pueden ser obligados á declarar (1), sin que el fuero mismo sea una excepcion de este deber (2). Esta obligacion parece datar de Justiniano (3). Pero si están impedidos ó su dignidad lo reclama, el juez debe pasar á sus casas (4). Si el testigo se resistiese á declarar se le condena por medio de un auto, que se ejecuta si se mantiene reacio (5). El apercibimiento y la pena son regularmente de prision «faziendol prender fasta que venga» dice la ley de Partida, «por su cuerpo como por sus bienes», la Recopilada (6). Antiguamente se le tenia por reo presunto, en caso de insistencia tenaz; pero esto no está en práctica.

**177.** Algunas personas sin embargo no están obligadas ni deben ser compelidas á declarar, tales son, los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, los yernos, suegros, entenados y padrastrós (7), y el marido contra la mujer ó vice versa (8). La razon la da la ley en el aforrado «por la gran reverencia que siempre debe aver contra el linage de aquel de quien el tiene la libertad» (9), en los otros «por los debdos muy grandes que han entre sí» (10). Pero, agrega, «si alguno dellos de su grado e sin premia quisiese dar su testimonio, bien lo podria fazer, e valdrá su testinonio» (11).

**178.** Los criminalistas disputan mucho si el reo podrá tambien solicitar declaraciones durante el sumario. Segun unos,

(1) L. 35, tít. 16, P. 3, y L. 6, tít. 6, lib. 4, R. C.

(2) Auto 39, tít. 6, lib. 2, R. C. V. tambien la Ord. de Intendentes n. 85.

(3) L. 16, Cód. de testibus. Quintiliano distinguia testigos voluntarios y forzosos [Inst. lib. 5, c. 7, n. 9.]

(4) Tal es el caso de los mayores de 70 años, de los militares en servicio, de los jueces, peregrinos, enfermos graves, Arzobispos, Obispos, Prelados y mujeres honradas [L. 35, tít. y P. cit.]

(5) Tapia, t. 8, p. 71, ed. 1816.

(6) Ley 35, tít. 15, P. 3, y 6, tít. 6, lib. 4, R. C.

(7) L. 11, tít. 16, P. 3.

(8) L. 9, tít. 30, P. 7. V. á Vizcaino, Pract. L. 3, n. 164.

(9) L. 10, tít. 16, P. 3.

(10) L. 11, tít. y P. cit.

(11) L. 11, cit. in fine.



solo deben admitirse en caso de urgencia (1). Segun otros, las informaciones *ad perpetuam rei memoriam* del derecho civil, son inadmisibles en lo criminal (2). Segun otros deben admitirse siempre, sin necesidad de urgencia, á favor del reo ; pero no del acusador (3).

**179.** La opinion de Julio Claro tiene en su favor las Partidas. «E lo que dijimos, dice una de sus leyes, que los testigos pueden ser recibidos ante que el pleito sea comenzado por respuesta, no ha lugar en pleito de justicia, en que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro, ó echamiento de la tierra» (4). Pero nosotros nos inclinamos á la opinion de la Curia, por la ley Recopilada que manda al juez averiguar la verdad de todos modos; y porque la ley de Partida que esto prohíbe termina así: «fuera ende si el rei de su oficio mandase fazer pesquiza sobre algunas cosas» (5). G. Lopez mismo limita la ley, *quando de delicto agitur criminaliter; nam si civiliter de crimine ageretur*, dice, *idem esset quod in quæstione civili* (6).

## CAPÍTULO VII.

### VISITA Ó INSPECCION DOMICILIARIA.

**180.** Visita domiciliaria se llama el acto por el cual el juez procede á registrar la casa del reo. Esta diligencia tiene por objeto asegurar los papeles y demas objetos en relacion con el delito, haciendo inventario de ellos con señas suficientes para que no puedan ser confundidos. Ella envuelve de consiguiente el allanamiento de la casa, y el

(1) Vilan. Obs. 10, c. 4, n. 27.

(2) J. Clarus, q. 44, n. 1.

(3) Curia, P. 3, § 15, n. 10.

(4) L. 2, tit. 16, P. 3.

(5) L. 2, tit. 7, P. cit.

(6) Gl. 8, ley cit.

juez debe ser muy circunspecto en adoptarla y ejecutarla (1).

181. La regla jeneral es que no se debe proceder á ella, como al arresto, sin que conste el delito por la informacion (2), pues mas bien que el principio del sumario, debe ser su complemento (3). La ley sin embargo ha establecido entre nosotros que la órden de pesquisa ó arresto dada por autoridad competente lleva consigo el allanamiento de la casa, en que se halle la persona indicada, ó la cosa pesquisada (4); y como el arresto puede en algunos casos hacerse desde el principio, parece que lo mismo debe decirse de la visita. El juez que ordena la visita, segun la Constitucion debe especificar los objetos de ella (5), y la diligencia empezará segun los prácticos por exigir del dueño que exhiba las cosas que se buscan, y solo en el caso de negativa pasará el juez ó ejecutor adelante (6). Si hubiese resistencia, ó pasase demasiado tiempo, sin que nadie acuda, pueden franquearse las puertas (7). Conviene tambien que el reo, siempre que sea posible presencie la visita por sí ó apoderado. El registro en fin debe limitarse á la comprobacion del hecho que motiva la diligencia (8).

(1) Véase la 1ª Parte, n. 221 y siguientes. Las leyes españolas solo dispusieron estos miramientos en los casos urgentísimos, en los delitos infraganti, á pedido del dueño de casa, ó tratándose de tabernas y lugares públicos [L. 18, tít. 7, 2, tít. 19, lib. 8, R. C. y auto 7, tít. 23, lib. 4, R. C.]

(2) Art. 152 y 160, de la Constitucion.

(3) Trebutien, droit. crim.

(4) Ley de Agosto 20 de 1859, art. 2.

(5) Art. 148, de la Constitucion.

(6) Escheriche, diction. juicio criminal.

(7) Auto 7, tít. 23, lib. 4, R. C. cap. 26.

(8) Escheriche, lug. cit. Sobre la casa de los agentes diplomáticos, v. el n. 47.





## CAPÍTULO VIII.

## ESPOSICION, EXHUMACION Y AUTOPSIA.

**100.** Cuando la víctima del delito es desconocida, está desfigurada con heridas, ó de cualquier otro modo no puede saberse quien es, se le exhibe en lugar público, para ser reconocida por su familia ó relaciones; y es esta diligencia lo que se llama esposicion. Esta diligencia no tiene solo por objeto averiguar el delito, sinó tambien fijar los derechos civiles de la familia.

**101.** El modo de hacerla regularmente es esponiendo el cadáver en espectacion á la puerta de la policia ó de la cárcel, por veinte y cuatro horas. Si no se presenta nadie á reconocerlo, ó fuese ya imposible, por haber transcurrido muchos dias, se resuelve su entierro; pero sentando antes diligencia, en que consten las señas personales, ropas, efectos y documentos que se le hubiesen encontrado, y que se depositan en el mismo juzgado, para que así quede un medio de investigaciones ulteriores (1).

**102.** La exhumacion, de *ex* y *humus*, que significa tierra, es el acto de desenterrar un cadáver para asegurarse de la certeza del delito, cuando despues de haberse sepultado, se supone que la muerte no fué natural: cuando conste que se le enterró con cautela para evitar ser reconocido; ó cuando despues del primer reconocimiento sobreviene alguna causa que obligue á ejecutar un nuevo reconocimiento (2). Este acto, lo mismo que la autopsia, de que hablamos en seguida, no debe ordenarse sinó á virtud de una necesidad imperiosa, porque el respeto á las sepulturas es del interés de la ley y la moral (3).

(1) Vilan. Obs. 9, c. 2, n. 20 y 24.

(2) Vilan. lug. cit. n. 22.

(3) La exhumacion privada es una injuria grave (V. 1ª parte, n. 380, y siguientes.)



**195.** La diligencia se practica pasando el juez con el escribano al cementerio acompañado de los profesores necesarios, y si es posible de algunos de los que asistieron al entierro (1). Puesto allí, manda designar la sepultura, hace sacar el cadáver con las precauciones convenientes, y reconocida la identidad, se procede á la autopsia en lugar profano, volviendo despues á la sepultura (2). La razon de sacar el cadáver á lugar profano, dicen los canonistas, es porque en el reconocimiento se suele derramar sangre, si hace poco que está enterrado.

**196.** Con la exhumacion tiene lugar á veces el acto de abrir el cadáver, como el medio mas comun que conocen los profesores de descubrir los rastros de un delito (3). Esto es lo que en la medicina se llama hacer la autopsia.

**197.** La autopsia como la exhumacion conviene se verifiquen en presencia del magistrado, á quien toca asegurar su exactitud, mantener el orden, y prescribir ó dirigir las medidas necesarias (4). Terminada se reunen de nuevo los restos, colocándolos en el mismo lugar. Pero pueden depositarse algunos como piezas de verificacion ulterior. Los peritos hacen en seguida su informe, que se agrega en oportunidad á los autos.

**198.** En otro tiempo, las exhumaciones y las autopsias se consideraban inútiles, pasado algun tiempo: pero hoy está demostrado que aun despues de meses y años la autopsia puede dar pruebas irrecusables de un delito (5).

(1) Tapia, t. 8, n. 34.

(2) Elizondo, Pract. crim. t. 4, p. 338, n. 7. Antiguamente una exhumacion indebida espolia á comunión [Vilan. Obs. q. c. 2, n. 21.] De aquí, la licencia previa del eclesiástico, pero hoy ni se practica, ni hay razon para este privilegio [V. á Bobadilla, c. 15, n. 93.]

(3) Puede sin embargo tener lugar antes de enterrar el cadáver, y si hay urgencia y certidumbre de la muerte antes de las 24 horas siguientes.

(4) Vilan. Ob. 9, c. 2, n. 11.

(5) V. á Orfila, traité des exhum. 2<sup>a</sup> part. p. 265 y 314.



## CAPÍTULO IX.

## INDICIOS.

**189.** Llámase *indicio*, de *index*, el dedo por decirlo así, que señala el objeto, cualquiera accion ó señal que da á conocer lo que está oculto, la conjetura producida por las circunstancias de un hecho, ó la sospecha que hace formar un hecho conocido por su relacion con el hecho desconocido de que se trata (1). Las Partidas usan de la palabra *presuncion* que definen «gran sospecha que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de prueba» (2); y segun el glosador, *presuncion* es *cognitio ex circumstantiis resultans*. (3).

**190.** Los autores dividen las presunciones en tres clases, presunciones, *juris et de jure* (4), *juris tantum, et hominis* (5). Las primeras, llamadas tambien *necesarias*, son las que están fundadas en una union tan estrecha del hecho conocido con el que se trata de averiguar que el segundo es una consecuencia forzosa del primero (6). Se llaman *juris* por haber sido introducidas por la ley, y *de jure* porque pueden servir de fundamento cierto de un de-

(1) Escribhe, Diccionario, v. indicios.

(2) L. 8, tít. 14, P. 3. Pero otras veces la llaman «prueba de señales o de sospecha» [Iug. cit.]

(3) Gl. 2, ley cit. Gabriel, en su tratado de pruebas, n. 190, dice que *signo* propiamente es un hecho que anuncia la existencia concomitante de otro, como una mancha de sangre; *sospecha*, una impresion del alma que permite la duda: *conjetura*, una opinion sobre un hecho oculto por medio del razonamiento: *adminiculo*, la consecuencia remota de un hecho.

(4) Locucion bárbara, dice Toullier, desconocida de los jurisconsultos romanos [t. 10, n. 35] Domat ni D'Aguesseau no emplean una sola vez esta palabra.

(5) El código francés no distingue mas que dos clases de presunciones, legales y de hombre [art. 1350 y siguientes.]

(6) Alciato las define. *Dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpcio, tanquam sibi comperio, statuentis.*



recho. Asi es que no se admite prueba de su falsedad. *Quia super tali presumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate* (1). Las segundas son las que se deducen igualmente de hechos característicos de la verdad, pero que no excluye la prueba contraria. *Probabilis conjectura*, dice Alciato, *ex certo signo proveniens, quæ alio non adducto pro veritate habetur* (2). Las dos presunciones se parecen de consiguiente en que son la opinion de la ley, *legis opinio* (3), pero se diferencian en que la prueba imposible contra las primeras, es posible contra estas. Las terceras dependen enteramente de la prudencia y luces del magistrado, y pueden por lo tanto ser infinitas, próximas ó remotas, leves ó graves, vehementes ú oscuras (4). Gutierrez dice de ellas que son «pequeños resplandores, con cuyo auxilio puede el juez buscar la verdad» (5).

**191.** Los antiguos dividian tambien los delitos, en tres clases: delitos de difícil prueba en sí mismos, delitos de difícil prueba respecto del delincuente, y delitos de difícil prueba sobre una y otra cosa. En el primer caso enseñaban que el delito debia probarse por conjeturas, y el delincuente por los medios de derecho. En el segundo el delito debia probarse clara y plenamente. En el tercero, decian que era buena cualquier prueba para prender en los delitos graves, y cualquier indicio para inquirir (6).

**192.** Estas distinciones no son ya observadas, y toda la aplicacion que de los indicios se hace en el sumario,

(1) Menochio, de presumpt. lib. 1, q. 3. Los mismos autores exceptuaban sin embargo la prueba indirecta *quia cum lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc presumptionem constituendam, semper admittuntur probationes, quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus* [Alciato, de presumpt. P. 2, n. 11 y 12.]

(2) La certidumbre de que aqui se habla es la que nace *ex eo quod plerumque solet occurrere, et raro contra*.

(3) Menochio, de presumptionibus, lib. 1, q. 4, n. 1.

(4) J. Clorus, q. 20 y 21.

(5) Pract. crim. t. 1, p. 271.

(6) Vilan. Obs. 9, c. 2, n. 13 y 27.

consiste en reunir los bastantes, á juicio del majistrado, para proceder á la prision del delincuente, si el delito de que es acusado merece pena corporal. En el plenario, ninguna presuncion impediria tampoco la prueba, sinó aquella en que se funda la ley para negar una accion, ó anular ciertos actos (4). Solo si, la presuncion capaz de destruir la ley, debe estar, como dice D'Aguesseau, escrita en la ley misma, ó fundada en un principio infalible, capaz de destruir una probabilidad tan grande como la que le sirva de fundamento (2).

## CAPÍTULO X.

### PRISION DEL DELINCUENTE

**193.** Luego que de las diligencias esplicadas resulta la existencia de un delito sujeto á pena corporal y motivos justos de creer que tal persona lo ha cometido, el juez provee lo que se llama, *auto motivado de prision*. ¿Pero cuáles serán esos motivos? Los antiguos reglamentos exijian semiplena prueba, ó indicios *vehementes* (3). La Constitucion dice simplemente indicios (4). Segun las Partidas basta la fama (5). No hay pues regla cierta en materia tan grave (6).

**194.** Puede sin embargo la prision anteceder al auto de oficio, segun los autores, cuando el delito es manifesto ó *infraganti*, y hay peligro de malograrse la captura. Para

(1) Toullier, t. 10, n. 49 y siguientes. Esto mismo no se entiende si ó de la prueba directa [n. 60.]

(2) Plaid. 23, t. 2, p. 542, V. tambien á Voet. de probat et presumpt. n. 15.

(3) Regl. de justicia del año 17.

(4) Art. 152.

(5) L. 1, tit. 9, P. 7. Otra llama semi plena prueba á la fama L. 3, tit. 30, P. 3.

(6) Véase la 1ª parte, n. 233 y 234.



conciliar en estos casos los principios con la prision anticipada, los jueces acostumbran usar de las palabras *arresto ó detencion*, la que si las causas se agravan, se convierte en prision real por un nuevo auto (1). A veces se prende tambien al acusador mismo si hay sospechas contra él, ó viene herido, dice Elizondo (2); y con frecuencia todos los que se consideran reos y cómplices, aunque despues resulten inocentes (3). El derecho canónico reprueba estas prácticas. «Sin que conste al menos sumariamente, dicen las Decretales, la justicia de la acusacion, no hay porque molestar al acusado» (4).

**195.** Si el reo por no hallársele no puede ser reducido á prision se decreta el allanamiento de la casa donde se sospecha haberse ocultado (5); y hallándose fuera de la jurisdiccion del juez que procesa, se dirijen requisitorias á los demas del Estado, quienes sin necesidad de despacho están autorizados para prender cuando saben que en su territorio anda prófugo algun reo (6). Los jueces que reciben estas comisiones responden de su negligencia (7), y en caso de oponer resistencia el reo, están autorizados igualmente para emplear la fuerza, y acudir á la policia y jefes militares por el auxilio á que están obligados (8).

**196.** Nuestras leyes han pasado en silencio el caso de fuga, y con este motivo se duda si podrá herirse ó matar al acusado que se va á aprehender y fuga. Jeneralmente se piensa que no debe ocurrirse á este extremo, sin mandato del juez. «El alguacil debe prender, ó mandar prender, dice una ley del Estilo, mas no matar ni

(1) Villan. Obs. 9, c. 4, n. 28, y siguientes.

(2) Pract. Univ. t. 4, p. 353.

(3) Tapia, t. 8, p. 95, n. 26.

(4) Decretales, lib. 5, tit. 1, cap. 4.

(5) Véase el n. 181.

(6) L. 18, tit. 7, P. 7.

(7) L. 3, tit. 16, lib. 8, R. C.

(8) L. 8, tit. 15, lib. 8, R. C. Instr. 15 de mayo de 1778 y decreto febrero 14 de 1822, art. 3.





mandar matar, sin orden del juez» (1). Lo mismo resulta de una ley Recopilada (2). Si la simple fuga por otra parte del preso, no es delito, como vimos en la primera parte (3), menos puede serlo la del acusado; que no prueba nada, ó muy poco, como dice Colon (4).

**197.** Cuando la persona que debe ser presa se halla gravemente enferma, el juez puede conciliar los intereses de la justicia con los de la humanidad, permitiéndole quedarse en su casa bajo fianza. Cuando está enfermo, y el delito no es grave, puede tambien permitirle pasar al hospital en calidad de preso, previo certificado del facultativo. Pero si el delito es grave está mandado espresamente que su cura se haga en la cárcel (5). Estas mismas consideraciones se recomiendan por las leyes respecto de las mujeres, artesanos, sacerdotes y majistrados públicos (6); y ellas deben observarse tanto mas entre nosotros cuanto que la Constitucion reprueba terminantemente todo rigor en las cárceles que no sea indispensable (7). Asi, las cadenas y grillos que las Recopiladas ordenaban en ciertos casos (8), no están ya en uso, sinó como pena. La prision en suma debe ser conforme á la persona y delito, dice por regla jeneral una ley de Indias (9).

**198.** Con la prision suele ir anexa la *incomunicacion*, que consiste en la privacion de ver y hablar el reo á su fami-

(1) L. 132 del Estilo. Otra dice que el carcelero que cuenta que trayeni do el preso se echó en el rio á murió, debelo probar; sinó será tenido á la muerte [L. 111 del Estilo.]

(2) Pragm. de 17 abril de 1774.

(3) N. 221.

(4) Colon, Jug. milit. t. 3, n. 686. A. Gomez, dice que no es ni semi-plena prueba [Ley 16 de Toro, n. 12.]

(5) Instr. cit. de 1772, c. 8.

(6) L. 5, tit. 29, P. 1, céd. 25 febrero de 1778 y 8 diciembre de 1782, y L. 2, tit. 24, lib. 4, R. C.

(7) Art. 167, Constitucion.

(8) LL. 9 y 22, tit. 23, lib. 4, R. C.

(9) L. 15, tit. 6, lib. 7, R. Ind. Lo mismo dispone la L. 4, tit. 29, P. 7.



lia y relaciones. Las leyes parecen contrarias á esta práctica. El que prende, dicen las Partidas «ha de ser mesurado en cumplir el mandamiento. Ca si aquel á quien hoviesen de recabdar fuera de buena fama, que aya casa, é mujer é hijos é otra compañía, é rogase que lo lleven á su casa, que alguna cosa a á decir á su compañía, devenle llevar á ella primeramente» (1). Otra dice así «luego que sea el sol salido, deven abrir las puertas á los presos para que vean la lumbre. E si algunos quisiesen hablar con ellos, devenlos sacar uno á uno, estando delante, aquellos que los han de guardar» (2). Esta práctica sin embargo, es inconcusa en los delitos graves, hasta la confesion.

**199.** Pero la incomunicacion no debe entenderse tan rigurosamente, que se impida, por ejemplo, dar un poder, ó tomar cualquier otra disposicion importante de familia, á presencia del juez, del actuario ó alcaide (3). No impide tampoco hacer saber al preso, á los tres dias de recibirse los antecedentes de su prision, la causa de esta (4). No impide en fin la comunicacion con el defensor, que debe asistirlo desde los primeros pasos del sumario, y promover el curso de la causa, segun está mandado especialmente entre nosotros (5).

## CAPÍTULO XI.

### DECLARACION INDAGATORIA.

**200.** Indagatoria es la primera declaracion que se toma al reo bajo promesa de decir verdad (6). Esta diligencia no

(1) L. 4, tit. 29, P. 7.

(2) L. 6, tit. y P. cit.

(3) Vilan. lug. cit. Segun este mismo autor si el auto no expresa término de incomunicacion, debe entenderse solo de tres dias.

(4) Art. 151 de la Constitucion.

(5) Acordada de 18 de abril de 1855, n. 3.

(6) En los autores latinos se conoce con el nombre de *constitutio* porque



es sustancial en el juicio porque no está establecida por las leyes (1), y prácticos hay que no se ocupan de ella. Raro es sin embargo el caso en que no se verifica, porque generalmente se le cree oportuna para la mejor instruccion del proceso (2), y porque si bien las leyes no la ordenan expresamente, la suponen existente en muchas ocasiones. «Preso el reo, dice una ley de Partida, el judgador devele fazer jurar que diga la verdad de aquel fecho sobre que lo recabdaron» (3). Así tambien una disposicion recopilada manda tomarla dentro de 24 horas «por no ser justo privar á un hombre de su libertad, dice, sin que sepa la causa porque se le quita» (4); y la Constitucion prohíbe el juramento en ella y en la confesion (5).

**301.** La declaracion indagatoria no se toma ya, como acabamos de decir, sinó bajo simple promesa de decir verdad (6). El juramento de los reos, decian los fueros de Cataluña «está nutrido de pecados» (7). Esta declaracion puede comprender dos clases de preguntas, unas jenerales y otras especiales. Las primeras son las que se hacen en todas las causas, sobre el nombre y apellido del procesado, el pueblo de su naturaleza ó vecindad, su estado, oficio, profesion, edad, causa de su prision, quien lo prendió, por órden de quién, dónde y en qué dia (8). Las segundas varian segun las circunstancias de cada causa, pero nunca pueden ser directas al delincuente; porque probablemente las habia

los escribanos decian «se constituyó N. ante el Sr. Juez» [Vizcaino, Pract. t. 3, n. 124.]

(1) Mathou, de re crim. contr. 25, art. 68.

(2) Herrera, Pract. crim. lib. 1, c. 10.

(3) L. 4, tit. 29, P. 7.

(4) Inst. cit. de 1778.

(5) Art. 165 de la Constitucion. Sobre las ventajas é inconvenientes de este juramento v. Pothier, proced. crim. n. 95.

(6) Art. 165 de la Constitucion.

(7) Revista Española de Legislacion, t. 9, p. 391.

(8) Si el procesado al recibirle su declaracion negare su nombre, naturaleza ó domicilio, ó finjese otros, debe procederse por separado á identificar la persona y demás circunstancias [Escriche, lug. cit. § 47.]

de negar, y nada se adelantaria desde que en este estado no se le ha de hacer cargos (1).

302. El modo de interrogarle debe ser de consiguiente en qué lugar se hallaba al perpetrarse el delito, si ha tenido noticia de él, quién se la dió, con qué personas se acompañó aquel día, qué conversaciones tuvo con ellas, si conoce al delincuente y sus cómplices, si tuvo relaciones con el agraviado. La declaracion termina preguntándole si ha sido preso otra vez, y en caso afirmativo, la causa, el tribunal, la sentencia, y si la ha cumplido (2). Si á la pregunta de su edad aparece ser menor de 25 años se suspende para que nombre curador, ó el juez le nombra de oficio (3). *Sancimus*, decia la ley romana, *omnino debere et agentibus et pulsatis in criminalibus causis minoribus viginti quinque annis adesse tutores vel curatores... ne ex sua imperitiâ vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant quod si fuisset probatum vel non espressum prodesse eis poterat et a deteriore calculo eos eripere* (4). Si se niega á contestar no debe tampoco compelérsele, como á los demás testigos, porque no se puede obligar á nadie á faltar á los principios de su propia defensa. Sentada la diligencia de su negativa, tantas veces cuantas se reproduce, se pasa delante (5). En caso de no saber el castellano se le examina por dos intérpretes, ó uno solo si no pudiese encontrarse mas; y si es sordo-mudo, por escrito ó dos personas tambien, acostumbradas á entenderle (6).

303. Si de la declaracion indagatoria resultase no haber cumplido el procesado diez años y medio, debe cesar todo procedimiento contra él, porque como vimos en la primera

(1) Vizcaino, *Pract. crim.* t. 3, n. 124.

(2) Tapia, t. 8, p. 106, y siguiente, ed. de 1846.

(3) En caso de sospecharse que falta á la verdad se manda venir la partida de bautismo. Tapia, *lug. cit.* p. 108, n. 9.

(4) L. 4, C. de aut. protestanda.

(5) Vizcaino, *lug. cit.*

(6) Escribano, *juicio criminal*, § 12 y 43.





parte la ley no lo considera capaz de deslincar hasta pasada esta edad (1). Lo mismo sucede si el procesado aparece privado del uso de su razón (2). Pero en uno y otro caso, puede continuar la causa con los guardadores ó parientes mas próximos que hubiesen sido negligentes en su custodia, por los daños y perjuicios (3). La averiguación de la locura, si es real ó fingida, anterior ó sobreviniente, total ó parcial, se hace por reconocimientos periciales ó testimonios de personas conocidas, nombrándose antes al procesado un curador de ítem, que lo represente y defienda (4).

**204.** Hemos dicho que en la declaración indagatoria no se hacen cargos ni reconvenções el reo. Pero esto debe entenderse de la reconvenção, en el sentido de la réplica que hace el juez, después de la negativa del cargo por el reo. El juez puede muy bien inquirir reconviendo cuando resulta alguna contradicción de la respuesta que da el declarante á dos preguntas distintas, á fin de que desvanesca la contradicción, ó quede convencido de falsedad; y lo mismo sucede cuando las respuestas son inverosímiles ó increíbles. Otras veces suele ser una sola pieza la declaración indagatoria y la confesión con cargos, cuando al tiempo de recibirse la primera, está concluido ya el sumario, por haberse hallado prófugo el reo, ó cualquier otro motivo (5).

**205.** Concluida la declaración, se lee íntegra al procesado, ó la lee él mismo, y agregándose las aclaraciones que hiciere, la firma con el juez y escribano, espresándose que no sabe hacerlo, en caso contrario; pero no se cierra, sino que se deja abierta, para ampliarla siempre que convenga. El procesado tiene también si quiere el derecho de rubricar el márgen de las fojas. Pero si hubiese necesidad de

(1) 1ª parte, n. 86.

(2) 1ª parte, n. 61.

(3) L.L. 8, tit. 9, y 9, tit. 1, P. 1. V. la 1ª parte, nota 3, del n. ffl.

(4) Escriche, juicio crim. § 45. Véase también la 1ª parte, nota 3 del n. 61.

(5) La Serna y Montalvan, Proced. crim. t. 3.

tomar por intérpretes la declaracion, estos serán los que la firmen; porque no seria justo obligar al reo á firmar una declaracion que ignora si esta estendida, como la ha dicho (1). Cuando los acusados son varios, la declaracion del uno debe seguir á la del otro en lo posible para evitar toda con-  
fabulacion (2).

## CAPÍTULO XII.

### EVACUACION DE CITAS.

**206.** El reo, como los testigos, suelen designar en sus declaraciones algunas personas que se hallaron presentes al hecho en cuestion, ó que pueden dar noticias conducentes á su averiguacion. El juez en tal caso debe apresurarse á evacuar estas citas, para no dar lugar á que los citados se ocultan ó sean sobornados. Se exceptuan solamente las que hace el reo en su confesion, porque estas deben quedar para que el tratado como reo pruebe despues lo que le convenga (3).

**207.** La evacuacion se hace tomando juramento á cada uno de los citados, y leyéndole la parte de la declaracion del citante que se refiere á él. Luego se le examina como á cualquier testigo, y se estiende minuciosamente la contestacion, sin contentarse con decir que es cierta ó falsa la cita; porque las leyes quieren que las declaraciones se estiendan como se dicen. Si las citas son varias, se tiene la precaucion de mostrar primero una, y contestada ó negada, se procede á las demás. No es necesario tampoco auto para tomarlas, á menos que despues de la cita se atreviesen otras diligencias, que causen intermision (4). Cuando el pro-

(1) La Serna y Montalvan, lug. cit.

(2) Vilanova, lug. cit.

(3) Escriche, juicio crim. § 69.

(4) Tapia, t. 8, p. 69, 4, ed. 1816.





ceso es voluminoso, de muchos reos, muchos testigos, y muchas citas, se apuntan estas al margen de cada declaracion con la nota *cita*, y tambien en el de la declaracion, *testigo citado* (1).

**208.** El juez no está obligado á evacuar todas las citas, sinó las que sean necesarias y convenientes para la mejor comprobacion del delito. Puede, pues, descuidar las que no tienen conexión con el delito ó sus circunstancias esenciales, las indeterminadas y jenéricas, y las que habian de justificar lo que ya estuviese justificado (2). Pero debe poner mucho cuidado en esta calificacion, no sea que por falta de averiguacion quede impune un delito, decidiéndose en caso de duda mas bien por practicar la cita. Cuando el citado niega ó contradice la cita se recurre al careo, y puede haber lugar á tratarlo como sospechoso ó perjurio.

### CAPÍTULO XIII.

#### RUEDA DE PRESOS.

**209.** Si los testigos no pueden fijar el reo, pero dicen que le conocerian en caso que le vieran, la práctica ha introducido una diligencia que se conoce con el nombre de *rueda de presos* (3). Esta diligencia se ejecuta, presentándose el juez á la cárcel, prévia citacion de los testigos, y el auto de estilo. Puesto allí manda formar una rueda de varios presos, entre los que se coloca el presunto reo, teniendo cuidado de elegir los mas parecidos, y que el reo esté vestido, si es posible, con la ropa que cometió el delito. Es precaucion conveniente tambien tener al reo en comunicacion, hasta que

(1) Vilas. Obs. 9, c. 2, n. 34.

(2) Estas citas se conocen con el nombre de *supernumerarias*. Escriche, juicio crim. § 49.

(3) En los juicios militares se llama *actos de vistas*.



se verifique, para evitar los efectos de la intriga ó malafé; y que los presos escogidos no sean personas conocidas del que ha de hacer el reconocimiento. Acto continuo es introducido el reconocedor, á presencia del escribano, ratificándose previamente en su dicho bajo juramento; y despues de observar á los que encuentre en la rueda, sacará al supuesto delincuente por la mano, ó dirá que no está entre los presentes.

210. Esta diligencia puede repetirse varias veces cambiando de posicion los individuos de la rueda, y tener lugar no solo en el sumario sinó tambien en el plenario. Puede tambien decretarse de oficio por el juez, á peticion del acusador, y del acusado mismo, quien cita entonces los testigos que pueden deponer de su identidad, para libertarse de una acusacion equivocada, ó de injustas sospechas (1). Puede en fin, hacerse por varios, pero en tal caso, debe ejecutarse en actos distintos, impidiendo toda comunicacion entre los que lo hubiesen hecho, y los que tengan que hacerlo (2). Terminada la diligencia, se levanta una acta, que firma el reconocedor con el juez y escribano (3).

211. La rueda de presos no está muy acreditada en la práctica por los resultados estravagantes que ha dado á veces; pero ella es indispensable en muchos casos para averiguar si el reo que se busca es el mismo que está preso. Lo que importa es no proceder á ella sinó con las precauciones convenientes.

## CAPÍTULO XIV.

### CAREO Ó CONFRONTACION.

212. El *careo* es igualmente una diligencia á presencia del

(1) Vilan. obs. 9, c. 2, n. 70.

(2) Escriche, juicio crim. § 56.

(3) Escriche, lug. cit.



juéz y escribano, en que varias personas que están desconformes en sus dichos, procuran reciprocamente convencerse de las circunstancias del delito (1). Esta práctica es muy antigua, pero solo tiene el carácter de derecho escrito en las Ordenanzas militares (2), que probablemente la tomaron del derecho canónico (3). Las Partidas la suponen hablando de las antiguas acciones noxales: « Otro si dezimos que si el demandador dixere que el siervo del demandado ó algun otro su ome fizo daño ó tuerto ó furto, e non sabe el nome del nin lo puede conocer, á menos de lo ver, e por ende pide que le muestre toda su compañía, para saber sil conocerá entrellos » (4).

**213.** Para proceder al careo se toma previamente juramento á todos los que deben ser careados, con excepción de los reos; y se lee á cada uno la declaracion del otro, sentándose sus respuestas y esplicaciones. Si hay menores, se hace en presencia de sus curadores. Puede decretarse en el sumario, como en el plenario, y aun anticiparse, si el que se ha de carear estuviese herido con peligro de muerte, ó de perder el juicio (5). Pero nunca entre padre é hijo, marido y mujer, ni de muchos á la vez, por el secreto que pide esta diligencia (6).

**214.** Los autores están discordes sobre la utilidad de esta medida, y no faltan quienes la nieguen entre ciertas personas, por temor de las retractaciones, y de la influencia del acusado sobre el acusador ó testigos. En el caso de estos se alega además, que seria quitar al acusado los medios de

(1) En el derecho francés, se llama confrontacion ó afrontacion, segun que es del reo con los testigos, ó de los reos entre sí. [Pothier, proced. crim. n. 110.] En el Código de las Dos Sicilias reconocimiento. [Mittermayer.]

(2) Trat. 8, tit. 5, art. 23.

(3) C. cum. clam. 73 de testibus.

(4) L. 16, tit. 2, P. 3.

(5) Tapia, t. 8, p. 71, n. 8.

(6) Villan. obs. 9, c. 2, n. 76.

defenderse, impidiendo las contradicciones de los testimonios (1). Pero nosotros creemos con Montesquieu mas contrario á toda defensa, condenar á un hombre sin que le confronten los testigos. Los testigos deben saber que el hombre contra quien deponen es aquel á quien se acusa, y este tiene el derecho de decir que no es él de quien hablan. Esta era la práctica tambien de los pueblos antiguos, como vimos en la introduccion (2). Las legislaciones modernas dejan esta diligencia para el plenario (3).

**§ 15.** Los mismos dicen que el careo evita la ratificación en el plenario, cuando los careados quedan contestes; pero esta regla no sería fácilmente admitida en la práctica, delante de las leyes que ordenan terminantemente la ratificación (4).

## CAPÍTULO XV.

### CONFESION DEL REO.

**§ 16** La confesion, última diligencia del sumario, es el acto por el que el juez acompañado del escribano presenta al acusado los datos que contra él aparecen, y le hace cargos para que esplique, niegue, confiese ó disculpe los hechos. En derecho civil se define «otorgamiento que hace la una parte á la otra en juicio» (5). Ningun término hay fijado para evacuar esta diligencia. Segun el reglamento de justicia del año 17 debia tomarse dentro de diez dias, pero este término ha caido en desuso, y el mismo reglamento permitia prorrogarlo por justos motivos (6).

(1) Tapia, t. 8, p. 70, n. 6.

(2) N. 6 y 8.

(3) Escribano, juicio crim. § 54.

(4) Véase el cap. 5 del plenario.

(5) L. 1, tit. 13, P. 3.

(6) Regl. del año 17, c. 3, n. 17.





**217.** Antiguamente la confesion se tomaba bajo juramento (1), pero hoy se considera inhumano é impropio que las leyes que castigan el perjurio, abran ellas mismas la puerta (2). Segun las leyes, debe tomarse tambien «en lugar apartado» sin otras personas que el juez y el escribano (3). Pero entre nosotros asiste el padrino, quien tiene el deber de cuidar de que la confesion se sienta tal cual se hace (4).

**218.** Para tomar la confesion, el juez se prepara, sacando una minuta de los cargos principales, y prévio auto procede, empezando de nuevo por las preguntas jenerales. En seguida instruye al reo por partes de las declaraciones, diligencias y documentos que han de servir de fundamento á los cargos, y las que antes hubiese prestado él mismo; preguntándole si se ratifica en ellas, ó tiene algo que añadir ó quitar. Practicado todo esto, pasa á hacerle cargos y reconvenciones. Llámase *cargo*, la manifestacion que el juez hace al reo de la criminalidad que contra él resulta, exhortándole á que dé esplicaciones y confiese ó niegue el delito; y *reconvencion*, la réplica del mismo, despues de la contestacion del acusado insistiendo en convencerlo, ó impugnando sus respuestas (5).

**219.** Los autores discuten mucho sobre la prueba que es necesaria para poder hacer cargos. Unos la requieren plena del delito y perpetrador, con excepcion de los hechos atroces (6). Otros creen bastante la semiplena sin distincion de hechos (7). Lo mas acertado seria que los cargos se hiciesen como resultan de autos, y del modo que resultan (8).

**220.** En la confesion, las preguntas pueden ser ya di-

(1) L. 4, tit. 20, P. 7.

(2) Art. 165 de la Constitucion y Reglamento de justicia año 17, art. 10.

(3) L. 3, tit. 20, P. 7. Cuando el juez no era letrado podia estar presente el asesor, [Tapia, t. 8, p. 111.]

(4) Regl. del año 13, art. 8.

(5) Vilan. obs. 9, c. 2, n. 28, 32 y 37.

(6) Vilan. lug. cit.

(7) Curia, P. 3, § 13.

(8) Posadilla, Prat. crim. t. 1, p. 381.



rectas, á diferencia de la indagatoria (1) y estenderse á la misma confesion y procesos acumulados; pero no á los cómplices, á menos que el delito sea de los que no pueden cometerse sin ellos (2). La confesion debe tomarse tambien, aunque conste plenamente el delito, porque su objeto no es solo averiguar este, sinó los motivos que pudieran tenerse para cometerlo (3).

\*\*\*. El reo, una vez iráido á la presencia judicial, no puede pedir dilacion para deliberar, ni alegar excepcion de ninguna especie contra la confesion. Las declinatorias mismas de jurisdiccion se desestiman hasta despues de concluido el acto (4). Su deber es contestar á todo lo que se le pregunte; y si amonestado se obstina en callar, el juez continuará haciéndole cargos con espresion de su negativa en cada uno. Antiguamente se le apremiaba con cárcel mas estrecha, grillos y cadenas (5) y en caso de insistencia tenia lugar la confesion ficta del derecho civil (6). Pero el tormento está rechazado hace mucho tiempo por la civilizacion, y no es fácil trazar la línea divisoria entre los apremios inhumanos y los prudentes. La confesion ficta no seria tampoco justa, porque muchas veces el callar suele no ser sinó temor de comprometerse con respuestas (7). Así los mismos que admiten la confesion ficta en derecho criminal, no le dan mas fuerza que para una pena extraordinaria, y enseñan todavia

(1) Vizcaino, Pract. crim. t. 3, n. 132.

(2) Curia, P. 3, § 13, n. 8, « y en estos casos mismos, preguntando quienes fueron sus compañeros, sin particularizar los nombres. » Curia, lug. cit. V. tambien L. 3, tit. 30, P. 7.

(3) La Serna y Montalvan, Procedimientos, t. 3.

(4) Excepto el caso de falta absoluta de jurisdiccion ó incompetencia notoria [Tapia, t. 8, p. 121], ó si el reo ha apelado de una prision injusta, pues entónces es necesario decidir antes el artículo [Vilan, lug. cit. n. 20.]

(5) Escriche, v. callar.

(6) Leyes 3, tit. 13, P. 3 y 1 y 2, tit. 7, lib. 4, R. C. La Curia, P. 3, § 13, n. 9, cita un caso en España.

(7) Escipion, acusado y preguntado judicialmente no respondía, y sin embargo era inocente [Escriche, lug. cit.]



que contra ella pueden recibirse pruebas directas, lo que no sucede en derecho civil (1).

**222.** Cuando el delincuente era una comunidad, los autores enseñaban que si los culpables eran algunos, solamente á estos se hacia cargo, pero que si eran todos, se les mandaba nombrar dos ó tres diputados «para superar el inconveniente de la multitud» (2). Pero en nuestra opinion semejantes procesos criminales contra una corporacion como tal no son posibles ya (3).

**223.** Concluida la confesion, se lee al reo quien tiene el derecho, como en la indagatoria de hacer aclaraciones, y rubricar sus fojas, antes de firmarla. Si el reo no sabe firmar, se acostumbra hacerle poner una cruz, y se espresa así al pié de la confesion. Pero si no quiere firmar, ó se ha negado á contestar á los cargos, es conveniente además que firmen la confesion dos testigos, haciendo ratificarse al reo en su negativa delante de ellos (4). La confesion, aunque es el último paso del sumario, tampoco se cierra, sinó que se suspende para proseguirla, si así conviniese; con cuya cláusula, dice Vilanova, se salva su naturaleza individual (5).

**224.** En esta materia se suscitan varias cuestiones de las que tocarémos solo las mas importantes.

**225.** La primera es si el reo puede pedir que se le lean integras las declaraciones que lo acusan. Las Partidas dicen «seyendo la pesquisa fecha dé el juez traslado» (6). El Fuego Real se espresa así: «haya poder el reo de demandar los nombres é los dichos de las pesquisas porque se pueda defender en todo derecho» (7). Pero los autores fundándose

(1) Tapia, t. 8, p. 125.

(2) Vilan, lug. cit. n. 50.

(3) Números 46 y 47.

(4) Tapia, lug. cit. t. 8, p. 125. En la práctica se descuida este medio, dándose fé al aserto del juez y escribano.

(5) Vilan, lug. cit.

(6) L. 11, tít. 17, P. 3.

(7) L. 12, tít. 20, lib. 4, F. R. reproducida por la 4, tít. 1, lib. 8, R. C.

en que la pesquisa se entiende hecha despues de la confesion, niegan jeneralmente al reo este derecho, y en la práctica el juez se contenta con enterarle de lo que resulta contra él (1).

226. Nosotros creemos la comunicacion íntegra, no solo arreglada á la ley, sino sin inconveniente alguno, desde que con la confesion empieza la publicidad del juicio; sobre todo, si se tiene la precaucion de acabarla en un solo acto, y con ella se hace cesar tambien la incomunicacion del reo, y se le entrega el proceso para su defensa (2).

227. La segunda es si será lícito al juez emplear artificios, promesas ó amenazas para arrancar la confesion. Recordando el ejemplo de Salomon, los autores justifican comunmente al juez que usa, *simulatione aliqua ut a reo veritatem rei dubia extorqueat* (3). Pero nosotros creemos con Montaigne, que la justicia que tal hiciese sería una justicia *maliciosa*.

228. Muchos jueces suelen excederse hasta ofrecer á uno de los reos el perdón, si confiesa los cómplices. Procediendo así faltan en nuestro juicio no solo á la moral, sino que traspasan sus facultades. Esto es autorizar la traicion detestable aun entre los malvados, decia Lardizabal (4). El perdón no es tampoco de sus atribuciones. Si las Partidas hablan de él es solo de parte del rey (5). El reo tendría pues un completo derecho en retractar la confesion obtenida de ese modo (6).

229. La tercera recae sobre la restitution de los menores. La opinion comun niega toda restitution en lo cri-

(1) Véase supra, n. 218.

(2) Curia, P. 3, § 13, n. 5.

(3) Covarrubias.

(4) Disc. sobre las penas, c. 4, n. 34.

(5) L. 5, tit. 2, P. 1.º

(6) El código de Baviera anula la confesion obtenida en virtud de preguntas capciosas. [art. 267. n.º 4.] Becaric, preferia una ley jeneral que permitiese el indulto al cómplice en estos casos.



minal (1). Las Partidas parecen confirmar esta opinion cuando hablando de los delitos de lujuria dicen que la confesion del menor de 14 años « non seria valedera, *nin ha porque demandar restitucion* » (2). La restitucion de un hecho criminal, se dice tambien, importaria que él no fuese castigado (3). Nosotros sin embargo creemos admisible la restitucion. La consecuencia que se teme no es forzosa, porque el delito podria probarse de otro modo. El testo de las Partidas no puede tampoco decirse concluyente, porque la restitucion es inútil, donde hay la nulidad. G. Lopez parece inclinarse á esta opinion, puesto que admite la restitucion cuando el menor acusa. (4).



## TÍTULO III.

### DEL PLENARIO Ó JUICIO PROPIAMENTE DICHO

#### CAPÍTULO I.

##### CARÁCTER Y OBJETOS.

**230.** Juicio, dice un antiguo escritor, es la discusion de la causa ante el juez: causa, la cosa que sufre la controversia; pleito la misma controversia; é instancia el ejercicio de la accion en juicio (5). Acabado el sumario « mediante

(1) Curia, P. 3, § 13, n. 2.

(2) L. 4, tít. 19, P. 6.

(3) Velez, en el Alvarez, Rest. in integrum, n. 288.

(4) G. Lop. gl. 1, á la ley cit.

(5) Vilan. mat. crim. t. 1, p. 19. En las Partidas, juicio significa sentencia [L. 4, tít. 22, P. 3.]

la corona que le pone la confesion » (1), empieza por nuestras leyes la audiencia del reo. De aquí el nombre de juicio verdadero, que toma la causa en este estado. Sin embargo, todavía pueden seguir siendo secretas las diligencias de orden ejecutivo. Propiamente el carácter del plenario no es tanto la publicidad, como el ser contencioso y contradictorio, discutiéndose en él la inocencia ó culpabilidad de los procesados. Así, desde la confesion el reo es citado en los proveidos y diligencias relativas á la prueba, defensa y sus términos; y pertenecen por lo tanto á este estado del juicio todos aquellos artículos que no pueden resolverse sin esa audiencia, como reclamacion de bienes de tercero, escarcelacion, desembargo, consulta etc. (2). No lo es, por el contrario, en las relativas á la pesquisa, reparacion ó continuacion de ella, requiriéndose en el caso de verificarse estas diligencias en el plenario, segun los autores, nueva confesion y cargos (3).

331. Pero al respecto mismo del debate las diferencias son profundas entre el procedimiento de oficio, y la acusacion de parte. En el primero, todo es sumario, *juris ordine non servato* (4). Tomada la confesion, acusa el fiscal, contesta el reo, todo con términos arbitrarios. En seguida se recibe la causa á prueba con *todos cargos*, lo que importa suprimir la publicacion, las tachas, la defensa, y toda preparacion antes de la sentencia (5). En el segundo se procede ordinariamente observándose todas las formas y términos. El proceso, dice entonces Carmignani, es un combate igual entre dos partes, que tiene por terreno la conciencia del juez. Los prácticos conocen estos distintos procedimien-

(1) Vilanova, lug. cit.

(2) Gutierrez, Pract. crim. t. 1, p. 253, n. 28.

(3) Vilan. Obs. 10, c. 1, n. 4.

(4) J. Clarus, q. 8, n. 1. Contrá, G. Lop. gl. 6, L. 14, tit. 1, P. 7, *sibi eadem forma solemnitas requiritur in inquisitione quam in accusatione*.

(5) Curia, P. 3, § 9, n. 2.



tos con los nombres del juicio criminal ordinario y extraordinario (1).

**§§§.** El procedimiento extraordinario es él que se usa comúnmente en las causas de oficio y en los delitos atroces ó notorios. «E no se ha porque fazer pesquisa, dice una ley del Estilo, pues consejeramente y en público e de dia fue el fecho» (2). Otras leyes ordenan abreviar los términos en ciertos casos, y otras han sancionado la práctica de recibir la causa á prueba con todos cargos, que suprime, como hemos dicho, muchos trámites (3). Los jueces sin embargo deben ser muy cautos en el uso de estas violencias: pues las mismas leyes que mandan proceder *sumariamente* para que los delitos no queden impunes, les encargan que oigan á las partes y les den copia y traslado de todo lo actuado (4), y que nunca «dejen de recibir las excepciones lejitimas y probanzas necesarias» (5).

**§§§.** El plenario, prescindiendo de las articulaciones que pueden interrumpir su curso, y de las providencias de órden ejecutivo, contiene principalmente: 1º la acusacion del querellante ó ministerio fiscal, ó de ambos á la vez: 2º la defensa del acusado: 3º las pruebas que cada uno de las partes dé: 4º la sentencia (6).

## CAPÍTULO II.

### ACUSACION EN FORMA.

**§§§.** Se llama acusacion en forma el primer escrito del acusador ó fiscal, despues de concluido el sumario, en que se reproduce la accion deducida, se funda con las constan-

(1) Villan. Obs. 9, c. 1, n. 5.

(2) L. 75 del Estilo.

(3) N. 22 y 231.

(4) L. 1, tít. 1, lib. 8, R. C. año 1447.

(5) L. 27, tít. 6, lib. 3, R. C. Véase tambien n. 218 y 249.

(6) Escriche, juicio crim. § 19.





cias de autos, y se pide la pena condigna. Al efecto, cuando hay acusador particular se le entrega el proceso, para que formalice la acusacion. Si no le hay, se hace saber al que sea interesado, para que se muestre parte si quiere, ó desiste de su derecho; y si entonces contesta negativamente, no podrá salir despues (1). No habiendo acusador particular, ó no queriendo nadie mezclarse en el asunto, el proceso se pasa al agente fiscal con el mismo objeto; como se le pasa siempre en estado aunque le haya, para que por su parte formalice la que crea conforme á la ley, ó se adhierre á la deducida por el acusador particular (2).

**235.** Si no hay persona particular que quiera entablar acusacion, ni el ministerio la estima justa, como puede (3), y el juez por el contrario considera indispensable llevar la causa por todos los trámites ¿qué deberá hacerse? Segun la antigua práctica el juez suplía en este caso la acusacion, proveyendo un auto, que se llamaba de *cargo y culpa*, porque en el se mandaba tener por acusacion los cargos resultantes del proceso. Mas si tomamos en cuenta que la facultad de acusar y de juzgar no pueden amalgamarse, será fácil ver que esta práctica no es conveniente. Lo único que en tal caso debe hacerse, dicen los autores, es mandar que se requiera de nuevo á la parte agraviada; y si aun entonces, ella abandona su accion, parece mejor que el juez cierre la causa, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiese incurrido el ministerio (4).

**236.** Nosotros reconocemos los inconvenientes de la acumulacion de funciones, pero no podemos admitir el camino que se propone como remedio. Las leyes no han encargado solamente al ministerio fiscal el ejercicio de la accion públi-

(1) Por eso, en la práctica esta contestacion se hace constar en diligencia firmada por el mismo interesado, ó en su defecto por un testigo, [Vilanova, Jug. cit.]

(2) Véase el n. 24.

(3) Véase el n. 147.

(4) Escriche, Juicio crim. § 81.



ca. La obligacion además de cerrar la causa, porque el ministerio no quiere acusar, importaria hacer á este dueño de la accion represiva de la sociedad, lo que hemos negado (1). El juez en tal caso debiera mas bien nombrar fiscal especial, y si este mismo rehusase, prefeririamos la práctica antigua. Cuando el juez que decide, es el que instruye el proceso, como sucede por nuestras leyes, no puede haber muchos escrúpulos en que el mismo estado de cosas siga durante el plenario.

237. En el mismo auto en que el juez manda entregar el proceso, se señala un término breve en el procedimiento de oficio, y aun en la querrela de parte, cuando el procesado está preso, este término regularmente es de tres dias, por los privilegios de toda causa criminal. Pero como no es fatal puede ampliarse á solicitud de parte y por justa causa. En materia de términos, en suma, cuando la causa es entre partes, acostumbran observarse por analogia todas las reglas del juicio civil. Por el contrario, si es de oficio los términos dependen enteramente del arbitrio del juez. *Materia dilationum in causis criminalibus*, dice J. Claro, *est arbitraria iudicibus* (2).

### CAPITULO III.

#### DEFENSA.

238. El reo, despues del sumario, se está defendiendo siempre; pero se conoce especialmente con el nombre de defensa el primer escrito en que contesta el acusador ó fiscal, oponiendo las excepciones que tiene para salvarse del delito y su pena, *quia criminalia ad instar civilium in hoc re-*

(1) Véase el n. 20.

(2) J. Claro, q. 48, n. 2.



*diguntur* (1). Las Partidas señalaban veinte días para presentar este escrito (2). Una ley del Estilo dice que el acusado tiene tres plazos de nueve días para contestar la pesquisa (3). En la práctica, sin embargo, conforme á una ley Recopilada para los alcaldes de corte (4), se dan solo tres al reo, y en las causas de oficio, pueden acortarse de tal modo los términos, según los autores, que la causa puede sustanciarse, y y ejecutarse en el mismo día (5). Lo mismo repite entre nosotros una acordada, de que nunca se deja de echar mano en las causas de espectación pública (6).

**239.** Esta práctica es injustificable á nuestro juicio. « Negar la defensa, dice Dupin, es un crimen: darla sin libertad, tiranía » (7). « Cuando soy juez, decia también Plinio el joven, acuerdo á la defensa todo el tiempo que pide; porque considero que la paciencia es uno de nuestros principales deberes: *quæ pars magna justitiæ est* » (8). Lo extraño es, que los mismos autores que enseñan lo contrario dicen que nunca debe privarse al reo de la defensa; y que el Tribunal que dió entre nosotros esa memorable acordada, se queja en otra ocasión de que los defensores no rindan las pruebas convenientes por sus protejidos! (9)

**240** Desde que el acusado contesta hoy lo que en el derecho se llama citación real, ó litis contestación (10). Esta citación es la base del juicio tanto civil como criminal. « Si al mismo diablo, dice el derecho canónico, se le formase causa, sería necesario citarlo para oír sus descargos. » *Neque*

(1) G. Lop. gl. 1, in L. 8, tit. 3, P. 3.

(2) L. 14, tit. 1, P. 7, mientras que solo señalaban tres en los pleitos civiles para la contestación [L. 6, tit. 3, P. 3.]

(3) L. 148 del Estilo.

(4) L. 6, tit. 6, lib. 2, R. C.

(5) J. Cierus, 9, 48, n. 13.

(6) Acordada de 3 de Julio 1823.

(7) De la libre défense des accusés.

(8) Lib. 6, ep. 2.

(9) Acordada de setiembre 24 de 1821.

(10) J. Cierus, q. 45, n. 2.

*enim inaudita causa*, decía también el derecho romano, *quem damnari æquitatis ratio patitur*. Pero al mismo tiempo esta diligencia obliga al acusado á deducir sus excepciones precisamente en este estado del juicio, porque después no le servirían, ó no podría hacerlo libremente.

¶ 41. El defensor pues antes de contestar la acusación debe observar con cuidado cuanto de autos resulte en favor ó en contra de su cliente; y si hubiese excepciones que corresponda oponer desde el principio, como incompetencia de juez, inhabilidad de la acción, cosa juzgada, prescripción, litis pendencia, ilegitimidad del juicio, debe hacerlo antes de otro acto, y pedir su decisión prévia, formando sobre ello artículo, según el lenguaje del foro (1). *Sicut et medicus observat tempora*, dice G. Lopez, *sic et jurisperitus* (2).

¶ 42. Pero si fuese forzoso entrar al fondo del asunto, su trabajo tiene que contraerse exclusivamente á los vicios del proceso ó de la prueba, y á las excusas, justificaciones ó circunstancias atenuantes que podría invocar en favor del reo, con arreglo á los principios y leyes del caso (3). De las excusas, justificaciones y circunstancias atenuantes hemos tratado extensamente en la primera parte (4). Aquí solo nos toca hablar de los vicios del proceso, ó de la prueba, y del *alibi* que reservamos para este lugar (5).

¶ 43. En el derecho romano no existe mas testó que pronuncie la nulidad del procedimiento que el siguiente: *quod si libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur* (6). Esto se explica, dice Gayo, porque los romanos eran rigurosos observadores de las formas (7), por-

(1) LL. 9, tit. 3, P. 3, 10, tit. 1, P. 7, y 236 del Estilo.

(2) Gl. 2, L. 12, tit. 22, P. 3.

(3) Vilan. Obs. 10, c. 10, n. 2. Las leyes son enumeradas entre las pruebas por las Partidas [L. 15, tit. 14, P. 3.]

(4) Cap. 5, 6 y 7 del tit. 1, lib. 1.

(5) N. 83, 1ª parte.

(6) L. 3, D. de accusat. et. inscript.

(7) Comm. de Gelus, lib. 4, § 2.





que estas eran notorias, y quiza tambien porque sus leyes no necesitan, para ser eficaces, de decretar la nulidad (1).

244. Nuestras leyes son igualmente escasas á este respecto. Las Partidas solo se ocupan de los juicios que no son valederos, y dicen que esto puede suceder por razon de la persona, como si no es juez el que pronuncia: ó porque la da como no debe, cuando la pronuncia por ejemplo de pié, y sin escribirla, contra derecho ó buenas costumbres, sin citacion, en día de fiesta, en taberna ú otro lugar incompetente, fuera de su territorio, sobre cosa espiritual, y contra menor ó loco sin estar asistido de curador (2). Las Recopiladas se espresan así: «Acaece muchas veces que estando el pleito para sentenciarse.... se halla que la demanda no fué dada en escrito, ó que no está bien formada, ó desfallean otras cosas que son de la sustancia de los juicios... por ende establecemos, así en los pleitos civiles como criminales, que si la demanda ó acusacion estuviere asentada, aunque falten algunas solemnidades de la órden de los juicios, seyendo fallada y probada la verdad del fecho por el proceso, los jueces juzguen, y sea valedera su sentencia (3). Pero si las cosas fueren, continua la ley, de la sustancia del juicio, y la parte las pidiese, entonces sentenciando el juez sin fazer lo suso dicho, sea habido el pleito por ninguno, y el juez condenado en costas » (4).

245. Los autores dividen las nulidades en unas que irritan todo el juicio *ipso jure*, ó en virtud de excepcion; y otras que solo vician una parte susceptible de enmienda. De la primera clase son, dicen, la falta de citacion en la ratificacion de los testigos y demás diligencias del plenario; de la segunda las declaraciones en borrador, la falta de firma ó fecha etc. Cuando el vicio reside en alguna de las partes prin-

(1) L. 5, Cód. de legibus.

(2) L. 12, tit. 22, P. 3.

(3) L. 10, tit. 17, lib. 4, R. C.

(4) L. 10, tit. y lib. cit.



cipales, el proceso debe reponerse al estado de la última diligencia que se reconoce perfecta, porque es claro que las demás ne pueden subsistir. Pero si la nulidad se encuentra en alguna parte secundaria, bastará subsanarla quedando las demás diligencias válidas. Pero en ningún caso, quedará sin averiguarse el delito, sinó que se instaura de nuevo el proceso, pudiendo servir en el segundo las especies y justificaciones del primero, que no tengan tacha. Los mismos autores enseñan que la nulidad puede oponerse en cualquier estado de la causa (1).

**246.** El alibi, ó coartada es la ausencia justificada del lugar en que se ha cometido un delito. Probar la coartada significa pues hacer constar el presumido reo haber estado ausente del paraje en que se cometió, al mismo tiempo y hora en que se supone haberse cometido. Esta es considerada una de las mejores excepciones del reo, porque justifica, y exime de toda pena, como la locura, la fuerza y la defensa. «Salvo si probase, dice una ley del Estilo que al tiempo que le mataron, que era en otro lugar lejos, ca darlo han por quito» (2). Pero para que este hecho sea pertinente y admisible, es preciso que el paraje donde ofrece justificar el reo haberse hallado ese día, esté tan lejos de aquel en que se ha cometido el delito, que sea imposible que en el mismo día haya podido estar en ambos (3). Si no es así, necesitaría probar además, que estuvo de continuo en el otro lugar sin apartarse de él (4).

## CAPÍTULO IV.

### TRÁMITE DE PRUEBA.

**247.** Contestada la acusación, se recibe la causa á prueba por un término común, aunque el reo no articule nin-

(1) J. Clarus, q. 50.

(2) L. 47 del Estilo. V. también la L. 117, tit. 18, P. 3.

(3) Pothier, proced. crim. n. 137.

(4) Curia, P. 3, § 15, n. 20.

guna, y aunque la renuncie, porque nadie puede renunciar su propia defensa. Los autores exceptúan las causas leves, en cuyo caso se oye al fiscal, dicen, y con su parecer favorable á la renuncia, se manda publicar y unir al proceso las declaraciones del sumario, y se falla, sin perjuicio de la restitution del menor (1). El término que el juez puede conceder en el procedimiento ordinario es el mismo de las causas civiles (2); es decir ochenta dias dentro del Estado, y fuera ciento veinte, ó si el testigo está en ultramar, y se hallaba antes en el lugar del delito, seis meses (3).

**348.** El recibimiento á prueba puede hacerse de dos modos; ó simplemente, que es cuando se observan todos los términos y procederes del juicio ordinario; ó con *todas cargas* (4), suprimiendo como hemos dicho (5) la publicacion, los alegatos, la ratificacion, las tachas y citacion para sentencia, porque todo esto envuelve esa espresion. Así es que desde el dia que acaba el término de prueba queda la causa en estado de sentencia.

**349.** Dijimos antes tambien que este era el uso uniforme del procedimiento de oficio, especialmente en los delitos atroces ó notorios (6). Pero aquí es el caso de agregar que en los códigos españoles no hay ley que autorice este proceder. Segun Mathæu (7) que escribía ahora dos siglos, este era un uso de mas de 100 años en la Sala de los Alcaldes fundado en una ley Recopilada (8); pero ni esta ley, ni otra anterior sobre los mismos alcaldes (9) dice nada que

(1) Villan. obs. 10, c. 3, n. 17 y siguientes.

(2) Escriche, juicio crim. § 89.

(3) LL. 1 y 9, tít. 6, lib. 4. R. C. Las Partidas distinguen los pleitos civiles de los criminales, [V. la ley 3, tít. 15, P. 3.]

(4) Otras veces se usa de la frase *por vía de justificacion* que importa lo mismo. [Villan. obs. 10, c. 3, n. 2 y siguientes.]

(5) Suprá, n. 231.

(6) Suprá, n. 232 y Acordada de 8 de abril de 1855. Jud. n. 23. La ley que creó los juzgados de campaña, dispone lo mismo.

(7) Mathæu, de re crim. contr. 25, n. 80.

(8) L. 2, tít. 10, lib. 4, R. C. del año 1502.

(9) L. 6, tít. 6, lib. 2, R. C. del año 1480.





justifique esta restriccion del juicio criminal. La ley por el contrario que habla del procedimiento contra el reo ausente (1), supone la práctica opuesta, pues manda hacer publicacion de probanzas «con término de tres dias para tachar y decir de bien probado». Esta práctica parece mas bien datar despues de 1600, puesto que Acevedo, dá ya á entender que los nuevos jueces denegaban á los reos el proceso, y no les concedian mas que brevisimos términos con la calidad de *publicacion* y *conclusion* (2), que importa lo mismo que el auto de todos cargos (3).

**250.** Esta práctica en su tiempo tuvo una ventaja, y fué la de contribuir á la abolicion del tormento; porque el fiscal no podia pedir este en subsidio, desde que el juez procedia á sentenciar, sin comunicar la prueba (4). Pero hoy es un verdadero atentado contra la defensa, y no tiene á nuestro juicio nada que la justifique. ¿Cómo defenderá ni alegrará el abogado sobre lo que no ha visto; ni tiene tiempo de meditar?

## CAPÍTULO V.

### RATIFICACION DE LOS TESTIGOS.

**251.** Desde que se abre la causa á prueba, el juez debe ordenar, en el procedimiento de oficio, la ratificacion de los testigos. Esta diligencia, dice J. Claro, subsigue á la abertura de prueba, y es anterior á las demás del plenario (5). Pero en el procedimiento de acusacion toca pedirla á cada parte con el primer escrito que presenta en el término de

(1) L. 3, tít. 10, lib. 4, R. C. del año 1566.

(2) In. L. 1, tít. 1, lib. 8, R. C.

(3) Viscaino, Pract. crim. t. 3, n. 172 y siguientes.

(4) Viscaino, *lug. cit.*

(5) J. Claro, q. 49, n. 8.



prueba. Las Ordenanzas militares designan esta diligencia con el nombre de recoleccion (1).

252. La ratificacion es como la perfeccion ó la última mano que el testigo dá á su declaracion persistiendo en ella, ó modificándola despues que se le lee (2). Ni la calidad ó dignidad del juez, ni la del testigo deben impedir esta diligencia (3). No debe tampoco olvidarse, aunque el testigo en su primera declaracion haya dicho que nada sabia, porque puede suceder que al tiempo de la ratificacion diga lo que no quiso decir antes, ó no se acordó (4). La ratificacion comprende en fin á los peritos, y á los testigos del proceso acumulado, si lo hubiese, y antes no se hizo (5) y puede recaer aun sobre el acusado cuando en su declaracion ha comprometido algunos cómplices. Pero debe advertirse respecto de los testigos del proceso acumulado, que si estuviesen ausentes ó muertos, valdrán en la causa nueva, mediante abono de ellos, que es lo mismo que se hace siempre que los testigos del sumario han muerto, ó se hallan ausentes al tiempo de la ratificacion (6).

253. Para la ratificacion es esencial la citation de la parte acusada, y la lectura al testigo de su primera declaracion (7). Como la declaracion, ella debe hacerse separada y secretamente. Pero si la causa es á instancia de parte, y con vista del sumario el reo cree conveniente adicionar las declaraciones, presenta interrogatorio con este objeto antes de la ratificacion, para que todo sea un acto, y no se haga rendir á un testigo declaraciones distintas. Evitase tambien en lo posible la ratificacion por requisitoria; pero si es indispensable se desglosa original la declaracion que debe sufrir

(1) Pothier, *Proced. crim.* n. 103.

(2) Pothier, *lug. cit.* n. 104.

(3) *Trat.* 8, tít. 5, n. 20.

(4) Pothier, *lug. cit.* *Contrá*, Vilan. obs. 10, c. 3, n. 59.

(5) Pothier, *lug. cit.*

(6) Vilan. obs. 10, c. 3, n. 57 y siguientes.

(7) En la inquisicion declaraba de nuevo. [Curia, P. 3, § 15, n. 27 siguientes.]

esta diligencia. Si el caso en fin es urgente por muerte próxima ó ausencia, puede tener lugar segun los autores en el sumario mismo, con citacion del reo, ó habilitacion de estrados, si este se halla ausente, reduciéndose los edictos por horas (1).

**354.** Esta diligencia es muy combatida como inútil, y sea por esta razon ó por la tendencia de los antiguos á escusarse de las formas en las causas atroces, la opinion comun es que puede suprimirse en ellas, lo mismo que cuando media convenio del acusador y reo, y cuando los testigos ca-reados persisten en su dicho (2). La diligencia en efecto tal como se practica hoy no tiene importancia. El derecho canónico suponía el exámen delante de la parte (3) y en los juicios militares el defensor presencia la ratificacion (4). Lo mismo parece deducirse de una ley del Fuero Real (5); pero despues solo se ha exigido la citacion del reo. Así es que el reo puede ver juramentar los testigos; pero no oír su exámen. Este es el principal defecto de la ratificacion (6). No creemos tampoco en las excepciones que hacen los autores, porque las Recopiladas disponen terminantemente que los testigos que no se ratifiquen no hagan fé ni prueba (7), y las Partidas mismas solo daban á esta clase de declaraciones la fuerza de *gran presuncion* (8).

## CAPÍTULO VI.

### DEFINICION Y NATURALEZA DE LA PRUEBA.

**355.** Prueba en sentido lato, significa todo medio direc-

(1) Vilan. lug. cit. n. 59.

(2) Vilan. lug. cit. n. 59.

(3) C. 2 de testibus lib. 2, tít. 20, Decretales.

(4) Trat. 8, tít. 5, n. 20.

(5) L. 14, tít. 8, lib. 2, F. Real.

(6) Viscaino, Pract. crim. t. 3, p. 211 y siguientes.

(7) L. 15, tít. 7, lib. 2, R. C.

(8) L. 25, tít. 10, P. 3 y gl. 2 á la L. 9, tít. y P. cit.





to ó indirecto de llegar á la verdad (1); pero en sentido estricto podemos decir con las Partidas que es « averiguamiento que se hace en juicio en razon de alguna cosa que es dudosa » (2).

**256.** La verdad de las cosas que se pasan dentro de nosotros la conocemos por la percepcion inmediata que de ellas tenemos. *Pienso, luego existo.* Los filósofos llaman *evidencia* esta percepcion inmediata. En cuanto á las cosas que están fuera de nosotros, materia única del derecho, solo podemos conocerlas por medios estraños, tales como los sentidos, el testimonio escrito ó verbal de los hombres, y la analogia ó induccion. Estos medios pueden engañarnos, y nos engañan á veces en efecto; pero otras producen una persuasion tan fuerte como la evidencia, y por esto se llama evidencia moral la que resulta (3).

**257.** Todas las clases de prueba tienen una cosa comun, observa D'Aguesseau, y es que su fuerza consiste en la consecuencia que se puede sacar de una verdad conocida, para encontrar la que se busca, sea que la consecuencia proceda de una causa á su efecto, ó del efecto á su causa, ó de la conexidad de la una y el otro. Así, todo el arte del espíritu humano, toda la prudencia de los jueces consiste en sacar de un hecho conocido una consecuencia cierta, que conduzca á su turno al conocimiento de otro hecho dudoso (4).

## CAPÍTULO VII.

### DIVISION.

**258.** La prueba en el antiguo derecho no ocupaba un lugar importante. Los Hebreos, Griegos y Romanos, casi no

(1) Bonnier, des preuves, n. 1 y 5.

(2) L. 1, tit. 14, P. 3.

(3) Toullier, t. 8, n. 3, 6ª edicion.

(4) D'Aguesseau, t. 2, plaid. 23, p. 538.



empleaban sinó los testigos, que llamaban prueba *inartificial*, porque se producía naturalmente (1). Fué en la edad media que empezaron á introducirse las distinciones que despues han metido tanta bulla: y que tal vez eran esenciales, dice Morin, en una legislación en que los procesos se juzgaban por la instruccion escrita, y sin debate público. (2).

**§ 50.** La division mas célebre es la de prueba *plena* y *semi-plena* (3). Llámase *plena* la que instruye y convence completamente el ánimo del juez, la confesion por ejemplo, la escritura pública, ó privada reconocida, y la que resulta de la deposicion uniforme de varios testigos *de risu* (4). *Semi-plena*, la que no induce el mismo conocimiento, sinó una probabilidad mas ó menos vehemente, como las presunciones en jeneral, con excepcion de las de derecho, la confesion extrajudicial, y la declaracion de un solo testigo (5). Esta division ha sido criticada por jurisconsultos de gran nombre, que han confundido la verdad con la prueba. *Ut veritas*, dice Cujacio, *ita probatio scindi non potest. Quæ non est plena veritas est plena falsitas, non semi-veritas*. El mismo agrega que los Romanos nunca conocieron estas semi-pruebas: *non noverunt ullam semi-plenam probationem* (6). Sin embargo, la verdad es, observa Toullier, que no todas las probabilidades que resultan de las presunciones, tienen igual fuerza. Así, los filósofos mismos no hacen escrúpulo de emplear en muchos casos la expresion de *semi-verdad*, en el sentido no de una semi-verdad que no puede existir, sinó de semi-persuasion (7).

(1) Quint. lib. 5.

(2) Rep. v. pruebas, n. 1 y 2. Su introduccion se atribuye á Bonifacio en el siglo 15.

(3) Farin, q. 36, n. 20.

(4) Mascardus, de prob. t. 1, q. 4, n. 5.

(5) Prueba que sin embargo se consideraba bastante para el tormento, [Farin, lug. cit. n. 24 y 25.]

(6) Cujas, in. tit. Cód. ad. leg. Jul. majest. etc. V. tambien Merlin, Rep. v. Preuve, sect. 3, n. 4.

(7) Toullier, lug. cit. n. 8. Otros distinguen la division con estas palabras *probatio plena propria* y *probatio plena remota* [Mittermayer.]



**360.** Hay tambien pruebas que la ley quiere que se tengan por seguras, y á las cuales de consiguiente el magistrado no puede dejar de conformar su juicio, sin esponerse á responsabilidad, aunque él personalmente no esté convencido. Asi, por ejemplo, el juez está obligado á conformarse á la autoridad de la cosa juzgada, á la fé de una escritura pública. Otras por el contrario están abandonadas á la prudencia del juez, que puede apreciar su valor, como quiera, cuando no está persuadido. Pertenecen á este jénero las declaraciones de los testigos, y los documentos privados (1).

**361.** Las pruebas se dividen además en artificiales ó inartificiales (2). Las primeras son las que se deben principalmente al arte del orador, que las saca de los hechos y circunstancias de la causa. De esta clase fué la prueba con que Salomon consiguió averiguar cual era la madre, en el juicio que dió entre las dos mujeres que pretendian serlo, la pregunta del árbol en el caso de Suzana, y la del salvaje que confundió á su adversario, tapando de repente la cabeza del caballo cuya propiedad pretendia, y preguntándole de que ojo era tuerto. Las segundas son las que el orador encuentra ya formadas, como la ley, el contrato, la confesion de parte ó su juramento. Se les llama así, no porque no sea necesario el arte á veces, para darles toda la fuerza de que son susceptibles, sinó porque existen independientemente de él. *Artem quidem et præcepta duntaxat hactenus requirunt, ut certis dicendis luminibus orientur* (3). La jurisprudencia no se ocupa sinó de las segundas: las primeras son del resorte de la retórica (4).

**362.** La division mas importante es la de prueba de he-

(1) Toullier, lug. cit. n. 5. *Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui estimari oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris* [L. 3, § 2, D. de testibus.]

(2) *Instita y assumpta*, segun Ciceron. V. Voet, lib. 22, tit. 3, n. 1.

(3) Ciceron, de orat. lib. 2, § 119.

(4) Toullier, lug. cit. n. 6.

cho y de derecho; y la mas práctica, de cargo y descargo. La cuestion es de hecho cuando el hecho de que se trata no consta ni está reconocido, cuando una de las partes lo afirma, y la otra lo niega (1). La cuestion es de derecho, cuando depende del testigo de la ley, de la propiedad de sus expresiones, ó de la induccion sacada de leyes análogas (2). Llámase prueba de cargo, la que contribuye á acriminar el reo, y de descargo la que se compone de sus excepciones y defensa (3).



## CAPÍTULO VIII.

### QUIEN DEBE PROBAR.

**263.** El derecho civil reconoce como regla que la prueba toca al demandante y no al demandado, al que afirma y no al que niega (4), «exceptuando los niegos que non han en si de todo en todo natura de negamiento sinó que razonan por si ley e derecho, e por ende ha menester que lo muestren en la prueba» (5). Estas disposiciones son tomadas del derecho romano. *Reus in exceptione actor est*, decia una de sus leyes (6). *Semper necessitas probandi incumbit ei qui agit*, dice otra (7). *Cum per rerum naturam*, dice en fin otra, *factum negantis probatio nulla sit* (8).

**264.** Pero estas reglas no pueden seguirse rigurosamente en derecho criminal. El demandado que perseguido por un

(1) Los Jurisconsultos antiguos se ocupaban poco de ellas. *Nihil hoc ad jus. Ad Ciceronem inquit Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat ut de facto quaeretur etc.* [Ciceron, in Top. n. 12.]

(2) Toullier, lug. cit. n. 10.

(3) Vilan. mat. crim.

(4) LL. 1 y 2, tít. 14, P. 3. La razon de esta segunda regla es segun la misma ley «porque non lo podría fazer bien» [L. 1, cit.]

(5) L. 2, tít. y P. cit.

(6) Ulp. in L. 1, D. de except.

(7) L. 21, D. de probat.

(8) L. 23, Cód. de probat.

crédito alega su pago, tiene naturalmente que probarlo. No basta que sea probable. En el acusado por el contrario, la probabilidad del hecho puede bastar para su absolución (1). Cuando el demandado alega la excepción de pago ó compensación, reconoce fundada la pretensión contraria, y solo sostiene que ha sido roto el vínculo jurídico. Mas cuando el acusado presenta sus defensas, no reconoce la inculpación. Si pretende, por ejemplo, haberse hallado en el estado de legítima defensa, niega el dolo que es una parte esencial del delito (2).

**§ 65.** La imposibilidad de probar la negativa, no es tampoco cierta, absolutamente hablando. Cuando yo afirmo que una persona es rica, y otra lo niega, cualquiera ve que la prueba es tan fácil para el uno como para el otro. En tales casos bajo la cubierta de una negativa hay una verdadera afirmación (3), y lo mismo sucede en todas las negativas de *calidad* y de *derecho* (4). En las negativas de *hecho*, es donde parece haber algo que no puede someterse al análisis. De ahí, la máxima antigua, *magis creditur duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus*. Pero estas mismas negativas son susceptibles de justificación, siempre que se alega un hecho positivo, cuya existencia es incompatible con el primero (5). Las negativas que verdaderamente no pueden probarse son las indefinidas, como si uno sostiene que otro ha malversado su fortuna, sin precisar cómo, ni en cuánto (6). Mas si unos testigos declaran haber visto co-

(1) Especialmente en el procedimiento de oficio, dice Bonnier, des preuves, n. 36.

(2) Mittermayer, de la prueba, cap. 17.

(3) *Negativam pregnantem*, decían los antiguos. Voet. ad Pand. lib. 22, tit. 3, n. 10. *Certè si diligenter attendas*, dice una glosa, *non est aliqua negativa quæ tacitam non trahat affirmationem*. [gl. in L. 2, D. de probat.]

(4) Si se niega por ejemplo que un individuo tiene la calidad de ciudadano, ó un testamento las condiciones requeridas para su validez [gl. 2 y 4, á la L. 2, tit. y P. cit.]

(5) El alibi por ejemplo.

(6) *Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita: nec affirmativa indefinita potest.*



meter un delito, y otros oponen que en la misma hora y lugar nada han visto, la segunda prueba tiene tanta fuerza como la primera (1).

**266.** La máxima de que los testigos afirmativos deben preferirse á los negativos está fundada en una confusion de términos. Los testigos que niegan, *negantes*, no son lo mismo que los que nada saben, *nescientes*. Los segundos se comprende que no debiliten el testimonio de los que afirman: pero no puede decirse lo mismo de los que sostengan que el hecho no tuvo lugar, y refieran circunstancias en oposicion formal con el testimonio afirmativo (2). Si algunos testigos por ejemplo afirman que se ha cantado *carmen famosum* en las ventanas de una mujer, y otros que vivian en frente, niegan formalmente el hecho, diciendo que en el dia y hora indicada, estaban con las suyas abiertas, que no se retiraron sinó mucho tiempo despues, y que á pesar de esto, no han visto, ni oido tumulto alguno, es claro que no hay porque creer mas á unos que á otros; y que entonces debe seguirse la máxima favorable al acusado. Esta es la opinion al menos de Toullier (3).

**267.** Los intérpretes han entendido mal la ley romana, de que se tomó la de Partida. Esa ley solo hablaba del demandado que negaba un hecho. *Probatio (rei) negantis factum nulla est*. En vez de entender esta frase en el sentido que presenta naturalmente, los glosadores creyeron que establecia por máxima jeneral que las negativas no pueden probarse. Así siendo esta proposicion evidentemente falsa en jurisprudencia, no tardaron en limitarla, y reconocer como el derecho canónico que la negativa podia probarse indirectamente. *Negantis factum per rerum naturam, nulla est directa probatio* (4). En seguida distinguieron tres especies de

(1) J. Clarus, q. 52.

(2) Bonnier, des preuves, n. 38 y siguientes.

(3) T. 9, n. 335.

(4) Cap. 2, X de probat.



negativas, de derecho, de calidad y de hecho (1), y enseñaban que las dos primeras podían probarse, y la tercera misma si contenía un hecho definido (2).

## CAPÍTULO IX.

### QUE COSAS DEBEN PROBARSE.

§§§. Es también una regla de derecho civil que no hay porque probar lo que no aprovecha. *Frustra probatur, quod probatum non relevat*, decía la ley romana. Las Partidas se expresan así: «Otro si decimos que aquella prueba deve ser tan solamente recibida que pertenece al pleito principal. Ca non deve consentir el judgador que las partes despiendan su tiempo en vano, en probando cosas de que non se pueden despues aprovechar, maguer las probasen» (3). Pero este principio, evidente en teoría, no está en práctica, y los jueces prefieren admitir todo interrogatorio con la cláusula *en lo pertinente*, para escusarse del exámen prévio. No es fácil tampoco preveer los resultados á que pueden conducir en conjunto los hechos que se ofrecen probar aisladamente; porque hay muchas circunstancias que tomadas aisladamente parecen insignificantes, pero que reunidas pueden producir la convicción. La ley ha garantido bastante la justicia contra el abuso de las partes, declarando que la prueba recibida sobre lo que no debía, no vale (4).

§§§. Lo mismo pertinente, no es admisible siempre. La prueba ofrecida puede rechazarse porque es imposible, ó porque la ley no la admite. Así, á ningún litigante le es permitido sostener que se ha operado un milagro en su favor (5):

(1) Gl. in cap. 2, X de elect.

(2) Toullier, lug. cit. n. 17.

(3) LL. 7, tit. 11, P. 3. V. también la 4, tit. 6, lib. 4, R. C.

(4) L. 21, tit. 8, lib. 2, F. Real y 4, tit. 6, lib. 4, R. C.

(5) V. la L. 67, tit. 4, P. 1 y Toullier, t. 9, n. 240.



así tambien los hijos no pueden probar las injurias contra sus padres (1). Pero no se deben confundir los hechos físicamente imposibles con los que sin contrariar las leyes de la naturaleza se desvian solo de su marcha ordinaria, la prolongacion de la existencia, por ejemplo, mas tiempo del regular, ó la concepcion de una mujer anciana (2).

§ 70. El derecho canónico y sus intérpretes dicen tambien que los hechos notorios no necesitan probarse. De aqui una multitud de distinciones entre la notoriedad de hecho y de derecho, entre notoriedad permanente y pasajera (3); pero el derecho civil no admite mas notoriedad que la que resulta de la cosa juzgada, ó de un instrumento auténtico (4).

## CAPÍTULO X.

### COMO SE PRUEBA.

§ 71. La prueba se pide por un escrito, y se formula en interrogatorio, que regularmente se hace en hoja aparte. Se llama interrogatorio la série de preguntas que se dirijen á los testigos para averiguar el delito y sus principales circunstancias. De estas preguntas unas son jenerales, y otras especiales, como vimos hablando de la sumaria. Las primeras se reducen á saber si el testigo conoce las partes y el pleito, y si tiene alguna tacha legal. Las segundas, que otros llaman útiles, son las concernientes al hecho ó delito mismo. El interrogatorio termina con una mera fórmula: de público y notorio; que pertenece á las jenerales.

§ 72. En lo criminal, como en lo civil, puede tener lugar tambien la prueba llamada de *posiciones*, cuando el pro-

(1) L. 2, tít. 9, P. 7.

(2) Bonnier, des preuves, n. 54.

(3) Mascardus, de probat. concl. 1106 y siguientes.

(4) Toullier, lug. cit. n. 13.



cedimiento es por acusacion. Llámase posiciones, ciertas proposiciones ó acertos breves de hechos pertenecientes á la causa, sobre los cuales se pide que declare el acusado ó acusador, para relevarse de su prueba (1). El modo de ponerlas es diciendo que el contrario declare *como tal hecho es cierto, ó incierto*, á diferencia del interrogatorio en que se pregunta: *si los testigos saben, han visto ó tienen noticia de tal cosa*. Las posiciones pueden ponerse en cualquier estado del pleito hasta la sentencia (2), y deben contestarse categóricamente (3).

273. Cuando el procedimiento es extraordinario, la prueba suele articularse por el querellante en un *otro sí* del escribano de acusacion, y por el acusado en el escrito de defensa; pero no se da traslado de ella en ningun caso (4). «Averiguamento de prueba, dice la ley de Partida, de qual natura quier que sea, deve ser fecho e mostrado al judgador, e non a la parte contra quien la aduce; como quier que esto se deva fazer estando ella delante; e devenle despues dar traslado de ella, si lo pidiere» (5).

## CAPÍTULO XI.

### VALOR DE LA PRUEBA.

274. Sentadas estas reglas jenerales, y espuestas ya en el sumario las diferentes pruebas que puedan tener lugar en un juicio criminal, tocamos ahora examinar separadamente el valor juridico de cada uno, empezando por la confesion que tiene entre todas ellas el rol mas importante. Esta es la

(1) Leyes del tit. 12, P. 3.

(2) L. 1, tit. 12, P. 3.

(3) LL. 1 y 2, tit. 7, lib. 4, R. C.

(4) Escriche, juicio crim. § 83.

(5) L. 7, tit. 14, P. 3.



parte esencial de los procesos, y nunca el criminalista la habrá estudiando bastante.

¶ 75. Pero antes de pasar adelante, conviene tratar aquí una cuestión grave, que tiene cierta analogía con otra que enunciamos anteriormente (1). Se pregunta si las pruebas de una causa civil tendrán valor en una criminal, *an acta, probationes et confesiones factæ et conjecturæ et præsumptiones habitæ in judicio civili, probent et fidem faciant in judicio criminali* (2). Esta cuestión sería absurda si las pruebas recibidas por la justicia fuesen un medio infalible de descubrir la verdad. Pero esto no puede decirse de ninguna de ellas. No es pues contrario á la razón que su efecto no sea invariable y permanente, y que no continúe persiguiendo á las mismas partes en otras instancias, y mucho menos á terceros (3).

¶ 76. En la primera parte nos ocupamos ya de esta cuestión incidentalmente, hablando de la quiebra (4). Allí vimos la opinión de J. Claro que rechaza como prueba bastante la confesión misma del juicio civil, y la considera solo un indicio en lo criminal. Esta es en efecto la regla general de esta materia, y la razón que dan comunmente los doctores es que en lo criminal se necesitan pruebas mas claras que en lo civil. Sería un peligroso abuso, dice Bonnier, considerar como adquiridas para la acusación las declaraciones del demandado hechas con lijereza en una instrucción en que no se trataba sino de intereses pecuniarios (5). Pero la verdadera razón, la razón legal es que la cosa juzgada no tiene autoridad sino sobre lo que ha sido el objeto del juicio, y que el objeto de la acción civil es diferente del objeto de la acción criminal (6).

(1) Suprá, n. 78.

(2) Mascardus, de probat. tom. I, concl. 34.

(3) Toullier, t. 8, n. 26 y siguientes.

(4) 1ª parte, n. 449.

(5) Bonnier, des preuves, n. 802.

(6) Toullier, loc. cit. n. 30.





377. Conviene advertir también de acuerdo con la doctrina profesada en la primera parte (1), que en materia criminal, la prueba es la del tiempo en que han pasado los hechos, siempre que se trate de cuestiones civiles perjudiciales: pero la prueba del delito no puede ser rejida sino por la ley nueva. No se trata aquí de saber qué pruebas han tenido en vista las partes. La ley cuando la hace mas fácil para el ministerio ó la parte, no toma en cuenta la esperanza ilícita que el culpable pudo concebir de no ser descubierta por las disposiciones de la ley existente. La máxima por ejemplo, *testis unus, testis nullus*, no puede invocarse por el acusado, si una ley nueva la revoca antes de la sentencia. Por el contrario, si esta ley prohíbe á la acusación pruebas miradas hasta entonces como suficientes, no pueden ya emplearse ni sobre los hechos pasados ni sobre los presentes (2). La ley del país rige por lo demás á los extranjeros mismos, que cometen un delito, porque la justicia es territorial, y no personal (3).

## CAPÍTULO XII.

### VALOR DE LA CONFESION.

378. Las leyes romanas al principio no admitían la confesión. *Ea natura est*, dice Quintiliano, *omnis confessionis ut possit videri demens qui confitetur de se* (4). *Divus Severus rescripsit*, dice también una ley del Digesto, *confessionis reorum pro exploratis facinoribus habere non oportet*.

(1) N. 18.

(2) Bonnier, des preuves, n. 818.

(3) Bonnier, *loc. cit.* n. 826.

(4) Declam. n. 313. El retórico sin embargo solo se referia aquí á un verdadero insensato, empeñado como estaba en hacer resaltar la obstinación del juez que quería condenarlo.



*tere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat* (1). ¿Cómo podía decirse instruida la religión del juez, conociendo solo el autor, pero no el hecho? Entonces por otra parte era inútil tratar de obtener la confesión, desde que el acusado era obligado á parecer con su prueba preparada (2). Son las constituciones de los últimos emperadores romanos (3), resucitadas después por los doctores de la edad media, las que establecieron que la confesión era la mejor de las pruebas *omnium probationum maxima* (4). Debe agregarse también la influencia en esta época del derecho canónico para quien la confesión era el móvil principal (5).

299. Las Partidas recogieron este principio de la edad media, y equiparan también la confesión á buenos testigos ó verdaderas cartas (6) «de manera que non ha menester sobre aquel pleito otra prueba ni otro averiguamiento» (7). *Confessus pro judicato habetur*, decía el derecho romano, y en consecuencia negaba la apelación (8). Julio Claro va hasta afirmar que en su tiempo, esta era una práctica que todo el mundo observa, *quam totus mundus observat* (9).

300. Desde luego es preciso reconocer que nunca el pueblo se muestra mas convencido de la culpabilidad de un reo, que cuando ha emanado de él mismo una confesión espontánea *proprii oris confessio*. La experiencia sin embargo ha mostrado desde los tiempos mas antiguos que en derecho criminal la confesión no puede admitirse como prueba única. Ulpiano, cuenta de un esclavo que se declaró culpa-

(1) L. 1, § 17, tit. 18, lib. 48. D.

(2) Cuando intervenia sin embargo contribuía á la prueba (Sallustio, in Catilina, cap. 32.)

(3) L. 16, Cód. de poenis 8, C. ad leg. Jul. de vi public. y ult. c. de probat. En este mismo tiempo se empezó á emplear el tormento.

(4) J. Claro, q. 10. *Habemus confidentem reum* [L. 8, D. de confessis].

(5) L. 10, Cód. de epis. et clericis.

(6) L. 2, tit. 13, P. 3.

(7) Proem. tit. y P. cit.

(8) L. 2, C. quorum appell. non recip.

(9) J. Claro, lug. cit.



ble, por no volver á caer en poder de su amo (1). Según Farinacio, el tormento fué tambien en su tiempo ocasion de muchas confesiones de esta clase (2). Este peligro ha desaparecido, es verdad, pero queda todavia el deseo de perderse por desesperacion, ó disgusto de la vida (3). Por otra parte en el juicio civil, la confesion puede tener un valor irresistible, porque en él es admitido el principio de la renuncia y del desistimiento. Pero en lo criminal no es así. El juez debe por lo tanto examinar siempre las circunstancias de la confesion, y todo lo que pueda aumentar ó atenuar su valor. *Causa cognita*, decia otra ley romana, *habenda fides aut non habenda* (4). Las mismas Partidas que ponderan como heinos visto el valor de la confesion, dicen que hecha sin que conste el delito « semeja que se fizo por yerro ó con locura » (5).

§§. Es una cosa digna de notarse que el valor jurídico de la confesion ha seguido las mismas variaciones del sistema de procedimientos. Entre los Griegos como entre los Romanos fué prueba unas veces; y otras, elemento de conviccion (6). En Inglaterra y en Norte-América donde predomina el sistema de acusacion, se considera como un fenómeno raro y contranatural, y nunca es objeto de las investigaciones de los jueces (7). En Francia, la ley nada determina, pero como el sistema es mixto, sucede en la práctica que el magistrado de la instruccion preliminar no deja de preguntar al acusado si confiesa. La Corte de los Assises por el contrario no se preocupa de la confesion (8).

(1) L. 1, § 27, D. quest.

(2) Farin, q. 81, n. 30.

(3) De aquí la máxima, *nemo auditur perire volens*.

(4) L. 1, D. de quest.

(5) L. 5, tit. 13, P. 3, G. Lopez, gl. 2. Véase tambien la L. 14, tit. 30, P. 7. « Pero en ante. »

(6) F. Hélie, instr. crim. t. 1, p. 25.

(7) En Norte América especialmente la Constitucion establece que nadie puede declarar contra sí mismo [Story, Com. n. 963.]

(8) Mittermayer, de la prueba, c. 35.



En Austria y Prusia, donde domina, como entre nosotros, el principio inquisitivo, no solo es permitido provocar la confesion, sino que por si sola hace plena prueba, «con tal que contenga la relacion de los hechos» (1).

§§§. Para hacer prueba completa, la confesion debe reunir varias condiciones, segun nuestras leyes; 1ª que el confesante sea mayor de edad, ó la haya hecho asistido de su curador (2); 2ª que no sea «por *premia* de tormento, heridas ó deshonor» (3); 3ª que no sea por error, sino que haya tenido el ánimo, *animus confitendi*, al punto, que hecha á sabiendas, poco importa que despues se pruebe que otro fué el autor del delito (4); 4ª que el confesante sea capaz de cometerlo (5); 5ª que la confesion se haga ante juez competente, *ubi jus fit*, y en juicio, ó como se espresa G. Lopez, *per modum contentiosæ jurisdictionis* (6); 6ª que conste el cuerpo del delito (7), ó que por lo menos haya; segun los autores, un concurso de indicios y circunstancias que lo hagan verosímil y formen la conviccion del juez (8).

§§§. La confesion hecha de otro modo, es nula «como quier que faze gran presuncion» (9) y puede retractar-

(1) Cód. de Austria, art. 398 y 399 y Prusiano art. 370 y 373. Entre los Judios bastaba tambien para condenar al último suplicio [Dubois, *droit crim. des peuples anciens*, p. 85.]

(2) L. 1, tít. 13, P. 3.

(3) Leyes 4 y 5, tít. y P. cit. Véase tambien la nota 4 de la L. 1, tít. 1, lib. 2, F. Jurgo.

(4) Leyes 2, 4 y 5, tít. y P. cit. La razon que dá una de estas leyes es «porque amó mas á otro que á sí.» El error puede probarse hasta la sentencia, segun los autores.

(5) Que tenga la edad por ejemplo, en los delitos de lujuria [L. 6, tít. y P. cit.]

(6) L. 4, tít. y P. cit. G. Lep. gl. 1, ley 1, tít. y P. cit. El derecho romano distingue dos clases de confesiones *in jure et in judicio*. [V. Toullier, t. 10, n. 262 y siguientes.]

(7) Curia, P. 3, § 13, n. 414.

(8) Mittermayer, de la prueba, c. 35.

(9) L. 133 del Batlo, y 7, tít. y P. cit.

se impunemente (1). Otro tanto sucede según los autores, con la heccha bajo promesa de libertad, á causa del fraude que se comete (2). La misma heccha en toda forma, no impiden pasar al plenario; porque en este estado del juicio puede ser contradiccha por razon de nulidad, ú otros defectos (3), *evidentissimis probationibus*, decia el derecho romano (4).

394. Es una cuestion muy debatida en derecho civil como criminal si la confesion puede dividirse. Según Bartolo, si uno confiesa haber muerto un hombre en defensa propia, no hay obligacion de creer esta circunstancia, porque la presuncion de derecho le es contraria. Julio Claro y Farinacio, solo exceptúan el caso de que la escusa esté justificada por los indicios del proceso (5). La Curia opina por una pena estraordinaria (6), y esta es tambien la opinion mas comun de los mismos que quieren se condene al reo por la confesion en la forma espresada (7).

395. Nosotros creemos con Mittermayer la division contraria en todos los casos al sentido de la confesion é intencion del que la hace. La confesion *calificada*, como se llama á la heccha en tales términos, no es mas que una confesion parcial, que no puede servir para probar el delito. La presuncion misma que alega Bartolo no es cierta, porque la ley presume mas bien la inocencia del reo (8). De acuerdo con esta opinion, las leyes alemanas mandan ya que la confesion se tome como se hace, mientras no se pruebe la falsedad de la condicion de un modo irrecusable (9).

(1) Farin, q. 81, n. 15.

(2) Curia, P. 3, § 13, n. 15.

(3) Escriche, juicio crim. § 75.

(4) L. 25, D. de probat.

(5) J. Clarus, q. 55, n. 15. Farin, q. 81, n. 110 y siguientes.

(6) Curia, P. 3, § 13, n. 11.

(7) A Gomez, t. 3, Var. c. 3, n. 26 y 27.

(8) Mittermayer, de la prueba.

(9) Ord. de Prusia, art. 373, de Wettemberg, art. 249 y Cód. Bávaro, art. 43 y 272.





## CAPÍTULO XIII.

## VALOR DE LA INSPECCION JUDICIAL.

**286.** En todo proceso criminal hay que probar dos cosas: 1ª que se ha cometido un delito, que es lo que se llama el cuerpo del delito: 2ª que tales personas son los autores ó cómplices. Al efecto el juez se trasporta como dijimos antes (1) al paraje, acompañado del escribano. La presencia del escribano es indispensable. Si se tratase solo de la persuacion del juez que hace la inspeccion, bastaria que él solo viese y diese fé. Pero los demás que han de conocer en segunda y tercer instancia, y que no pueden ver con sus ojos, necesitan la fé de un oficial público, ó en su defecto de dos testigos. Algunos autores van mas lejos, y creen necesaria fuera del escribano, la presencia de dos testigos (2). Las leyes no hablan es verdad de la inspeccion judicial sinó en materia civil (3); pero de aquí no se deduce que esta prueba sea inadmisibile en lo criminal, porque entonces tendríamos que rechazar del mismo procedimiento otras diligencias tambien previstas literalmente (4).

**287.** El reo puede alegar contra estas actuaciones los mismos vicios de nulidad que contra toda la prueba de cargo, si no se hubiese por ejemplo hecho constar convenientemente la identidad de los objetos examinados, ó si la inspeccion ha tenido lugar cuando no era posible que se apoyase en bases fijas, por haber sobrevenido cambios notables. Podria combatir tambien la redaccion de la ac-

(1) Supra, n. 156.

(2) Vilan. obs. 10, c. 4, n. 42.

(3) L.L. 8, y 13, tit. 14, P. 3. « Otro sí al otra natura de prueba así como por vista del juzgador, vejendo la cosa sobre que es la contienda. »

(4) Véase el n. 147.

ta, demostrando por ejemplo, que el escribano no habia llegado hasta despues de terminada la diligencia. Pero si ha sido hecha con las solemnidades debidas, merece plena fé sobre la relacion que contiene (1).

## CAPÍTULO XIV.

### VALOR DEL EXÁMEN PERICIAL.

§§§. Las Partidas no hablan tampoco de esta prueba en materia criminal, y en lo civil mismo la consideran solo elemento de conviccion. «E de si, dicen, el judgador deve ayuntar con aquellos omes sabidores e catar e escondriñar la letra ó la figura de ella e la forma e el signo del escribano; e si se acordaren todos en uno que la letra es tan desemejante que puedan con razon sospechar contra ella; entonces es en albedrio del judgador de desecharla ó de otorgar que vale si quisiere. Ca tal prueba como esta tovieron por bien los sábios antiguos, que non era acabada por las razones que desuso dijimos: e por eso la pusieron en albedrio del judgador que siga aquella prueba si entendiere ó creyere que es derecha e valedera; ó que la deseche si entendiere en su corazon lo contrario» (2). Esto procede quiza de los ningunos antecedentes que encontraron en las leyes antiguas. En Roma, como observamos en otra parte, no se daba importancia al cuerpo del delito y su comprobacion. Asi, ninguna de sus leyes indica que debia procederse, en el caso de homicidio por ejemplo, al exámen del cadáver. La importancia de este exámen data apenas de los prácticos italianos de la edad media (3).

§§§. Los peritos deben ser dos, puesto que la ley usa

(1) Mittermayer, de la prueba.

(2) L. 118, tit. 18, P. 3, y gl. 11.

(3) Mittermayer, de la prueba.



siempre de esta palabra, *omes sabidores* (1). Si observan hechos comunes, las reglas aplicables son las de los testigos. Si se trata de conclusiones científicas, estas tomarán su fuerza: 1º de los principios que se alegan, y del proceder á que se han sometido los hechos observados: 2º de las deducciones motivadas que se saquen de cada uno de ellos: 3º de su concordancia con los datos del proceso: 4º de la unanimidad en que se encuentren los peritos, si son varios, importando poco que difieran en las razones, si el resultado es el mismo (2).

390. Pero estas no están exentas de dificultades. La primera es cuando las observaciones de los peritos son inconciliables con las defensas del acusado, ó declaraciones de los testigos. En este caso, si la contradicción deja en toda su fuerza las declaraciones, es necesario deducir mas bien que el perito se ha equivocado (3); pero fuera de esta hipótesis debe preferirse el dictámen bien basado (4).

391. Otra dificultad es, cuando siendo varios los peritos hay diversidad en sus pareceres. En este caso debe distinguirse tambien, si la diversidad es sobre los hechos observados ó sobre las conclusiones. Si lo primero, y él es hecho insignificante, ninguna sospecha de infidelidad puede haber contra los peritos. Pero si es capital no queda otro recurso que nuevo exámen, ó siendo este imposible aplicar las reglas del desacuerdo de testigos, adoptando en último extremo la opinion mas favorable al acusado. Si lo segundo, hay que juzgar las conclusiones por las reglas que antes hemos sentado sobre el valor de estas, y en caso de igualdad por las de los testigos, concluyendo siempre que hubiese duda en favor del acusado (5).

(1) Véase *suprá*, n. 163.

(2) Mittermayer, de la prueba.

(3) Por ejemplo, si en un infanticidio los testigos afirman que el infante vivió, y el perito dice que no ha nacido vivo.

(4) Mittermayer, *loc. cit.*

(5) Mittermayer, de la prueba.



300. Además, en este punto de las conclusiones, es digno de observarse que aunque los peritos modifiquen su primer dictámen, no debe suponerse que hay falsedad en ninguno de sus pareceres. Cuando el testigo cambia, denota ó que ha visto mal, ó que quiere ocultar la verdad. El perito por el contrario, modificando su primer juicio, da pruebas de un celo concienzudo, ó de un exámen mas severo (1).

301. En las legislaciones modernas el exámen pericial no está apreciado del mismo modo. La de Prusia distingue la consulta de la simple relacion, y exige que el juez intervenga personalmente. El código Bávaro la considera como un modo de la inspeccion judicial, y concede mayor fé á los peritos nombrados oficialmente. Las legislaciones que admiten la publicidad de los debates siguen un sistema diferente. En Inglaterra cuando el juez indaga la muerte de un individuo se acompaña siempre del médico; pero esta regla no recae sinó sobre la instruccion preparatoria. Los peritos comparecen despues al jurado, y son interrogados en la audiencia como testigos. Otro tanto sucede en Francia, con pequeñas diferencias.

## CAPÍTULO XV.

### VALOR DE LOS TESTIMONIOS.

304. El derecho romano, al principio, aparece muy vacilante sobre el valor de esta prueba. Ninguno de sus textos rechaza terminantemente el testimonio único, aunque algunos parecen serle contrarios (2). Valerio Máximo refiere que Scævola decia despues de haber declarado en un negocio: *ita sibi credi oportere si alii idem asseverassent*,

(1) Mittermayer, *loc. cit.*

(2) L. 30, D. de quæst.





*quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli* (1): palabras que se citan como prueba de modestia, lo que sería absurdo si la ley excluía el testimonio único. Quintiliano invoca como medio oratorio la circunstancia de ser único el testigo, pero no como argumento legal (2). Los jurisconsultos sentaban también el principio jeneral de que no debía creerse solamente al número de los testigos. *Non ad multitudinem testium respici oportet*, dice Arcadio, *sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit* (3). La exclusion del testimonio único, *etiam si præclaræ curiæ honore præfulgeat*, no se ve formulada netamente sino bajo Constantino (4), de cuyo tiempo es la máxima, *testis unus testis nullus*; que el derecho canónico apoyó despues siguiendo las palabras del Deuteronomio: *in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum* (5), con excepcion del Papa, cuyo testimonio declaran bastante las Decretales (6), del testimonio único del sacerdote que ha bautizado un niño, y de la madre que declara el incesto (7).

●●●. Las Partidas compuestas bajo la influencia de estas nuevas ideas no podian menos de consignar los mismos principios, y así es en efecto (8). Pero segun ellas el testimonio mismo de dos ó mas personas no tiene fuerza probatoria, sino reúne las condiciones siguientes: 1ª Que sean mayores de toda excepcion (9), y dén razon de su dicho (10): es decir «si lo saben por vista, por oída, ó por creencia», sin

(1) Lib. 4, c. 7, § 11.

(2) Declam. 338.

(3) L. 21, § 3, D. de testibus. Contrá, L. 20, D. de quæst. y 12, D. de testibus. V. Bonnier, n. 241.

(4) L. 9, § 1, c. de testibus.

(5) C. 19, v. 15, c. licet. 23 de testibus.

(6) Tit. de testibus, c. 28.

(7) C. super eo 22 de testibus.

(8) Véanse las leyes 26 y 32, tit. 16, P. 3.

(9) Es decir, que no les esté prohibido declarar, v. el n. 297 y siguientes.

(10) Leyes citadas.



que esto importe la facultad de juzgar los hechos, ni de entenderse á articulaciones que consistan en derecho (1): 2.º Que declaren bajo juramento, y no por certificados ó cartas, que dictan el deseo de servir, ó arranca la importunidad (2): *testibus, non testimoniis creditur*, decia la ley romana. 3.º Que concuerden en el acto, delito, tiempo, lugar y persona; porque de lo contrario se llaman *singulares*, y entonces tanto valen mil como uno, dice G. Lopez (3).

336. Esta singularidad, segun los prácticos, se divide en diversificativa, obstativa y adminiculativa. Llámase del primer modo, cuando se refiere á hechos diferentes, pero que no se escluyen ni apoyan. Del segundo, cuando mutuamente se destruyen las declaraciones (4). Del tercero, cuando las unas corroboran las otras, aunque se refieran á hechos diferentes. Los mismos enseñan que las obstativas se despojan reciprocamente de toda fuerza; mientras que las otras, sin constituir nunca la prueba plena, se acercan mas ó menos á ella, segun los casos (5).

337. Los testigos de excepcion que tienen por nuestras leyes prohibicion especial de declarar en el juicio criminal, son: 1.º los presos, porque podrian atestiguar falsamente, dice la ley, por salir de la prision (6); 2.º los menores de 20 años (7); 3.º los lidiadores por dinero con bestias bravas;

(1) L. 50, tit. 5, lib. 2, R. C. El testimonio de oídas no vale [L. 28, tit. y P. cit.] sino como presuncion [G. Lop. gl. 1, ley 18, id.] Véase sin embargo á Pothier, oblig. n. 821.

(2) L. 31, tit. P. cit. y 12, tit. 8, lib. 2, R. C. Se exceptúan los mudos, segun G. Lopez, pues los escritos en estos casos son preferibles á los jestos [gl. 1, L. 31, cit.]

(3) L. 28, tit. y P. cit. y G. Lop. gl. 2. Pero si el delito comprende diferentes actos, las declaraciones distintas de cada uno pueden reunidas hacer plena prueba [Curiá, P. 3, § 10, n. 55.]

(4) Algunos llaman esta singularidad adversativa [Tapia, t. 8, p. 161.]

(5) Elizondo, Pract. univ. t. 1, p. 129, n. 12.

(6) L. 10, tit. y P. cit.

(7) L. 9, tit. y P. cit. El Fuero Juzgo admitía de 14 años cumplidos « en todo pleito, » [L. 12, tit. 5, lib. 2, F. Juzgo.] El Fuero Real de 16 años [L. 9, tit. 8, lib. 2, F. Real.] V. á Mathou, de re crim. contr. 2, n. 3.



4º la mujer «que manifiestamente fizesse maldad de su cuerpo por dinero» (1); 5º los cómplices, porque sería peligroso condenar á un hombre por la declaracion de individuos inflamados por el mismo delito (2); pero los autores exceptúan los delitos que no pueden saberse de otro modo, ó que no pueden cometerse sin cómplices (3); 6º el enemigo (4), entendiéndose por tal el homicida de un pariente hasta el cuarto grado, el acusador de delito que tiene pena corporal ó infamante, el desafiador, y él que hubiese procurado quitar la vida por asechanzas (5). La ley estiende esta última inhabilidad aun á los delitos privilegiados (6), pero cesa, dicen los autores si ha sido procurada maliciosamente, cuando el testigo es enemigo de las dos partes, ó si ha mediado reconciliacion (7).

§§§. Las demás esclusiones son comunes al derecho civil, donde pueden verse (8). Solo advertiremos aquí que todos están muy desacreditados en la práctica, y con razon; porque la imbecilidad, el parentesco, la domesticidad y la infamia misma no impiden, como dice Voltaire, que uno vea y oiga bien (9). Puede decirse que las leyes mismas reconocen esto, cuando disponen que en los delitos atroces son buenas las declaraciones que en jeneral rechazan (10), y otras las admiten previo el tormento (11), ó en caso de necesidad, *si alia documenta defecerunt*, como en el adulterio y mal trato entre cónyuges, *super plagis ab alterutro illa-*

(1) L. 10, tit. y P. cit. V. la ley 96 del Estilo.

(2) L. 21, tit. y P. cit. *neque pro eo*, gl. 4.

(3) G. Lop. gl. 2, ley cit. El derecho canónico admite tambien el testimonio de los cómplices en el sacrilejo [c. in. primia, 12, q. 1.]

(4) L. 22, tit. 16, P. 3.

(5) L. 2, tit. 17, P. 6, y 22, tit. y P. cit.

(6) L. 13, tit. 16, P. 3.

(7) A. Gomez, lib. 3, Var. c. 12, n. 14.

(8) LL. 8 y siguientes, tit. 16, P. 3.

(9) Prix. de la justice, art. 22, § 4.

(10) LL. 8 y 13, tit. 16, P. 3, y 11, tit. 21, lib. 8, R. C.

(11) L. 6, tit. 30, P. 7.

tis (1). La razon segun los autores es, *quoniam non facile quæ domi geruntur per alienos poterunt confiteri* (2).

**299.** Muchas de ellas no podrian trasladarse tampoco al derecho criminal sin inconvenientes, en algunos casos. Así, el derecho civil dice sin distinguir que nadie puede ser testigo en causa propia (3). Segun esta regla, la declaracion del herido, ó robado, por ejemplo, no seria buena. Pero en el derecho criminal no puede llamarse propiamente interesada á la persona victima del delito. Si lo fuese, observa muy bien Viscaíno, y su testimonio no debiera valer, no se le haria declarar con juramento como se hace (4). La pena además decretada como medida de interés público no ofrece ventaja alguna directa á la parte privada (5). El interés solo podria alegarse, segun Farinacio, en la accion civil de daños, por la máxima *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* (6).

**300.** Pero dado que los testigos sean dos, y que reunan en sus personas y dichos las condiciones requeridas ¿el juez estará obligado á condenar precisamente por su testimonio? La opinion comun sostiene la afirmativa, y no puede negarse que tal es en efecto la mente de las leyes, con excepcion del caso de los cómplices (7). Pero nosotros creemos que esta obligacion es contraria á la buena justicia. La máxima contra el testigo único es una garantia que se dá á la inocencia y nada mas. Ella no debe obligar á condenar precisamente por el testimonio de dos, si ese testimonio está

(1) L. 8, Cód. de repudiis.

(2) V. Toullier, t. 9, n. 316.

(3) L. 18, tit. 16, P. 3.

(4) Vizcaíno, Pract. crim. t. 3, n. 15 y siguientes.

(5) Morin, Rep. v. partie civile, n. 8.

(6) L. 10, D. de testibus, Farin. q. 6<sup>ta</sup>, n. 83.

(7) LL. 21 y 22, t. 1, y P. cit. « Dos testigos, dice la ley 22, que sean de buena fama, e que sean tales que los non puedan desechar..... ahonda para probar todo pleito en juicio »..... En seguida, exceptúa el caso de escritura publica, en que se necesitan cinco testigos, y el testamento que requiere siete.





en contradiccion con las demás circunstancias de la prueba (1). Los antiguos, dice Bonnier, nunca profesaron este error en Roma, ni en Constantinopla (2). En el derecho romano, por el contrario, muchos testos recomiendan á los jueces desconfiar aun de los buenos testigos. *Testium fides diligenter examinanda est* (3). El emperador Adriano dice tambien: *tu magis scire potest quanta fides adhibenda sit testibus* (4) y en otra ocasion va mas lejos, pues les dice que no deben creerse ligados por la prueba, y que siempre deben interrogar su conciencia sobre lo que creen probado ó no. *Sed ex sententia animi tui, le æstimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris* (5).

**301.** Los modernos tienden mas bien á suprimir la restriccion del único testigo; porque no admiten fácilmente que delante de uno solo pueda hacerse lo que se quiera, y por la regla de que los testimonios deben pesarse mas bien que contarse. Montesquieu habia dicho: las leyes que hacen perecer un hombre por el testimonio único de otro son fatales á la libertad. La razon exige dos, porque un testigo que afirma, y un acusado que niega, se equilibran (6). Pero cualquiera ve que el dicho, de un testigo digno de confianza no puede parangonarse con la declaracion interesada del acusado (7). Montesquieu tendria razon si se tratase de la declaracion de dos testigos, uno de cargo y otro de descargo. La máxima por otra parte *testis unus, testis nullus*, no fué en su tiempo tan favorable al acusado, puesto que con cualquier adminiculo mas, podia someterse al tormento (8).

**302.** La colision entre las declaraciones de los testigos hace nacer tambien la cuestion de saber á cuáles dará fe

(1) Pothier, oblig. n. 818 y 819.

(2) Bonnier, des preuves, n. 212 y 282.

(3) D. 3. L. de testibus.

(4) *Ibid.* § 1.

(5) *Ibid.* § 2, V. á Toullier, t. 9, n. 322.

(6) Esp. de las leyes, lib. 12, c. 3.

(7) Toullier, t. 9, n. 317.

(8) Bonnier, des preuves, n. 281.



el juez. El medio mas poderoso de conocer la verdad es examinar el juez por sí mismo los testigos. *Namque ipsos interrogare soleo*, decía el emperador Adriano. «Catandol todavia en la cara», dicen las Partidas (1). En su defecto es preciso examinar con cuidado el número de testigos, su calidad, el tenor de las declaraciones, y á veces las calidades mismas de las partes. *Qui et cujus dignitatis, et cujus estimationis sint: et qui simpliciter visi sunt dicere, utrum unum eandemque sermonem medidatum attulerint, an ad ea quæ interrogaveras ex tempore virisimilia responderint* (2). *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de quâ quæritur, fidem* (3). Lo mismo disponen nuestras leyes (4).

**303.** La prueba testimonial no está muy acreditada en el mundo, ni lo ha estado nunca. *Nullum est tam impudens mendactum*, decía Plino, *ut teste careat* (5). Sin embargo de esto, las legislaciones criminales de casi todos los países la colocan en el primer rango. Por lo mismo que los hombres son malos, dice Montesquieu, la ley se ve obligada á juzgarlos mejores (6). Pero difieren en muchos puntos, según los principios fundamentales de cada una. En el proceso por acusación, el acusador y el acusado se hacen la guerra por cuantos medios están á su alcance. De aquí las numerosas restricciones de este sistema, y el derecho de mezclarse el acusado en los interrogatorios del acusador. En el proceso por inquisición, al contrario no se desprecia ningún medio, ni se reconocen exclusiones durante el sumario; porque en este sistema los testigos son, como dice Bentham, el oído y el ojo de la justicia (7).

(1) L. 26, tit. 16, P. 3. V. también la gl. 5.

(2) L. 3, § 1, D. de testibus.

(3) Ibid. § 2, V. Toullier, t. 9, n. 225 y siguientes.

(4) LL. 40 y 41, tit. 16, P. 3. Si la colisión es entre el testigo y escribano, v. la Curia, P. 3, § 15, n. 7.

(5) Inst. nat. lib. 8, cap. 22.

(6) Esp. de las leyes, lib. 6, c. 17. En el derecho romano la prueba testimonial se consideraba superior á la escrita. V. á Toullier, t. 9, n. 3.

(7) Bonnier, des preuves, n. 275.



**304.** Concluiremos diciendo dos palabras sobre la prueba, llamada del *gitano*, ó *de vita et moribus*, que consiste en declarar algunos testigos que conocen al reo, que es buen cristiano y de buena fama. Estas declaraciones por nuestras leyes solo hacen fé contra leves presunciones (1). Por la facilidad con que se obtienen están además desacreditadas. Lo que se suele practicar con mas fruto, dice Escriche, es pedir informe al párroco ú otra autoridad que tenga y pueda comunicar conocimientos á este respecto (2).

## CAPÍTULO XVI.

### VALOR DE LAS ESCRITURAS.

**305.** Se llama prueba escrita todo documento que sirve para justificar un hecho (3). Este documento puede ser auténtico, público, ó privado. Auténtico, es él que proviene del Poder Legislativo, Ejecutivo ó Judicial. Público, el hecho por escribano con las solemnidades de derecho (4). Privado, cualquiera otro que emana de persona que no tiene oficio público, sea el acusador ó acusado, sea ó no estraña á la causa (5).

**306.** Los documentos oficiales ó públicos, son por sí mismos decisivos, como objeto exterior (6), y con mas razon si se ha tenido el propósito de consignar en ellos el hecho ó indicacion criminosa. ¿ Pero deberá el juez como en

(1) L. 2, tít. 9, P. 2, y 26, tít. 1, P. 7. V. tambien Elizondo, *Pract. universal*.

(2) Escriche, *inform. de vita et moribus*.

(3) Los franceses la llaman *preconstituída*, y comprenden en ella no solo los escritos, sino tambien las *piezas de coneciccion*, ú objetos inanimados, que casual ó espontáneamente certifican la realidad de un suceso, tales como los monumentos, las tarjas y jeroglíficos.

(4) *Instrumentum*, entre los latinos.

(5) L. 1, tít. 18, P. 3, G. Lop. gl. 1.

(6) L. 114, tít. 18, P. 3.

lo civil, condenar al acusado á su simple vista, sin necesidad de llamar testigos, ó provocar una confesion? Así parece deducirse de algunos pasajes del derecho romano (1). Nuestras leyes tambien, sin distinguir, llaman plena la prueba que resulta de una escritura pública, cuando está adornada de los requisitos necesarios para su validez, respecto de los hechos que contiene, el modo con que en ella se refieren, y contra las personas que han intervenido en su otorgamiento (2). Pero plena prueba es tambien la confesion, y no por eso se procede en lo criminal por ella sola. Creemos, pues, que las escrituras públicas no pueden producir en lo criminal los mismos efectos que en lo civil, por la naturaleza de las cosas. Esta cuestion por lo demás es casi ociosa. Rara vez el hecho directo del delito, sera acreditado por un escribano. El escribano no tiene mision para esto. Puede ser llamado á dar autenticidad á una confesion; pero entonces, lo que atestigua *visu et auditu* no es el delito, sino su confesion; y esta confesion puede atacarse en sí misma, sin necesidad de redarguir de falsa la escritura (3).

**307.** En lo criminal no parece tampoco aplicable la regla civil, que llama originales las primeras copias legalizadas. En lo criminal, es necesario obtener la verdad material absoluta. Conviene por lo tanto remontar hasta su origen, sucediendo á veces que el delito no está sinó en el orijinal verdadero (4). En tal caso, pues, seria preciso traer á la vista este orijinal, á pesar de la prohibicion jeneral de las leyes (5).

**308.** Los documentos privados hacen prueba contra la

(1) L. 25, tit. 19 y 15, tit. 21, lib. 4, Cód.

(2) Leyes 114 y 121, tit. 18, P. 3. V. tambien las leyes del tit. 8, lib. 2, F. Real y 21, tit. 1, lib. F. Juzgo, y Mathou, de re crim. contr. 28.

(3) Sobre las raspaduras y demas vicios que pueden anular la fuerza probatoria de una escritura pública, v. la ley 111, tit. 18, P. 3.

(4) Mittermayer, de la prueba.

(5) L. 28, tit. 22, lib. 2, y auto 4, tit. 11, lib. 2, R. C.





persona que los ha escrito, en caso de reconocerlos (1). Pero si el reconocimiento es imposible ó lo resiste el acusado no puede haber lo que se llama en derecho civil tácito reconocimiento,   reconocimiento en rebeldía; porque los medios de coaccion son inadmisibles en materias criminales. En tales casos no habria otro recurso que la comparacion por medio de peritos (2); y esta comparacion, en lo civil como en lo criminal est  muy lejos de suplir el reconocimiento del suscriptor (3). Por las Partidas vimos antes que no es prueba sinó presuncion, que puede solo autorizar investigaciones ulteriores,   contribuir con otros medios   formar la conciencia del juez (4). El derecho romano exigia tres testigos en el documento para ordenar este mismo cotejo: *ut non in sola scriptura*, dice, *et ejus examinatione pendamus* (5); y en caso de contradiccion entre peritos y testigos daba la preferencia   estos (6).

**300.** En cuanto   los actos judiciales,  s preciso distinguir los escritos de la parte, de las actuaciones del escribano. Los primeros son prueba, como la confesion que contienen, despues de ratificarse. Las segundas, esto es, aquellas diligencias en que el Escribano da fé de un hecho presenciado por órden del juez, poniendo el *ante mí* de estilo (7), prueba plenamente tambien, si reunen las condiciones espresadas (8). Pero las certificaciones simples no tienen mas valor que el de un testigo autorizado (9). Debemos advertir en fin, que por las Partidas, cuando se

(1) L. 5, tít. 21, lib. 4, R. C.

(2) Mathou, lug. cit. n. 76.

(3) *Comparatio facit duntaxat fumum*, decia Baldo.

(4) LL. 118 y 119, tít. 18, P. 3, y Bonnier, des preuves, n. 667 y siguientes.

(5) Nev. 73, c. 1.

(6) Nov. 3, cit. cap. La historia de esta Novela puede verse en Toullier, t. 8, n. 220 y 224.

(7) L. 24, tít. 8, lib. 8, R. C.

(8) Mathou, de re crim. contr. 28, n. 54 y siguientes.

(9) Vilan. obs. 10, c. 4, n. 52.

alegaba la falsedad de un documento el juez «no debía ir adelante» sin dar su sentencia antes sobre esta falsedad (1). Pero hoy por las Recopiladas, se sigue conociendo del asunto principal, y despues se decide sobre toda la causa (2).

## CAPÍTULO XVII.

### VALOR DEL JURAMENTO.

**310.** Cuando el sistema de acusacion estaba en pleno vigor, parece que se empleaba muchas veces el juramento para decidir procesos criminales. El antiguo derecho francés decia; *magis creditur virgine juranti ex Titio pregnantem*. Los alegatos de Demóstenes ofrecen mas de un ejemplo de esta práctica entre los Griegos. En Roma, Quintiliano llama medida peligrosa el acto de deferir el juramento, pero esto mismo indica que se admitia. Con la desaparicion sin embargo de aquel sistema el juramento fué abandonándose en todas partes; y ya no se encuentra en la edad media, sinó el llamado *purgatorio* que puede decirse favorable al acusado, desde que no se tenga como confesion tácita la repulsa de jurar (3).

**311.** Nuestras leyes rechazan en materia criminal el *suppletorio* (4) con una limitacion que G. Lopez llama *pulchra*, y consiste en que cuando el acusado es hombre de mala fama, se otorgue este juramento al acusador de buena fama en pleito en que no haya justicia de sangre (5). Pero admiten especialmente el deferido al adversario ó *decisorio*. «En todo pleito criminal, dicen que non puede

(1) L. 14, tit. 3, P. 3.

(2) G. Lop. gl. 1, ley cit.

(3) Este juramento reemplazó los *conjuraciones* antiguas y la *purgatio canonica* de la Iglesia (Bonnier, des preuves, n. 360 y 376.)

(4) L. 10, tit. 11, P. 3. «E sua decimos.....»

(5) G. Lopes, gl. 6, L. 10, tit. 11, L. 3.





ser probado por otorgamiento de las partes, ni por testigos, puede el un contendor dar la jura al otro, si se aviniesen en ello» (1).

**312.** Pero nosotros creemos que esto mismo no puede hoy tener lugar, sinó en los delitos leves, cuyo castigo cesa con el perdón del ofendido. El acto de deferir el juramento supone siempre una especie de pacto (2) y este desistimiento ó transacción es solo posible en lo civil (3). En lo criminal, se trata de castigar por medio de penas, de privar al acusado de derechos inviolables que él mismo no puede renunciar, ni la sociedad dejar al arbitrio particular (4).

**313.** El juramento purgatorio es el deferido al acusado para destruir los cargos principales de la acusación. Este juramento ni se usó en Roma, ni las Partidas hablan de él. Adoptado por el derecho canónico (5) se generalizó después con el procedimiento inquisitivo en los tribunales eclesiásticos (6). De aquí pasó á los tribunales civiles pero con el advenimiento de la prueba legal no tardó en ser rechazado (7). La forma de ejecutar este juramento era la siguiente. El acusado que se llamaba *jurator* ó *sacramentalis*, cojía un puñado de espigas y las echaba al aire tomando al cielo por testigo. Otras veces, declaraba con una lanza en la mano, que estaba pronto á sostener por medio del duelo lo mismo que afirmaba bajo juramento. Pero el uso mas comun fué jurar sobre los sepulcros, reliquias ó alta-

(1) L. 10, tít. 11, P. 3. Decisorio del pleito ó decisorio en el pleito, *in litem*. Este recae solo sobre la cantidad. Por eso otros lo llaman *estimatorio*, y en rigor es una especie del supletorio. V. la L. 2, del mismo tít. y P. «E tal jura».....

(2) L. 2, de jurjurando. *Jusjurandum speciem transactionis continet*.

(3) J. Clarus, q. 63. *Hoc limita*, dice tambien G. Lopez, de juramento voluntario in criminibus in quibus licitum est transigere [gl. 3.]

(4) Vilan. obs. 10, c. 4, n. 46.

(5) C. 5, 6, y 8, q. 5.

(6) Decret. c. 19 y 20, tít. 1, lib. 5 y 10, tít. 34, lib. 5.

(7) Bonnier, des preuves, n. 375 y siguientes.

res, para que los mismos mártires fuesen testigos de la verdad, ó vengadores del perjurio. De aquí las iglesias llamadas en España *juraderas*, costumbre que despues abolió la ley 67 de Toro (1).

**314.** Con estos juramentos no debe confundirse la declaracion jurada del herido, ni las posiciones que el juez de oficio ó el acusador tienen derecho de dirigir al acusado (2).

## CAPÍTULO XVIII.

### VALOR DE LOS INDICIOS Ó PRESUNCIONES.

**315.** Bien examinadas las cosas, la inspeccion, la confesion, el testimonio y demás medios que la opinion califica de prueba *natural*, son tambien indicios, puesto que en último resultado no descansan en la esperiencia directa y personal (3). Pero en sentido estricto se llama indicio, toda circunstancia que sin descubrir el delito mismo, se encadena con él; ó lo acompaña. Estas circunstancias, ó *concurso de circunstancias*, segun la espresion de los ingleses, son como otros tantos testigos que la Providencia coloca al rededor del crimen para hacer saltar la luz de la sombra (4).

**316.** En Roma, los indicios parece que tenian gran importancia. El *argumentis convictus* era colocado en la clase que el *testibus superatus, voce etiam propria victus, scelusque confessus* (5). *Sciant cuncte accusatores*, dice el Código, *eam se defferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel in-*

(1) Escriche, juicios de Dios, § 1.

(2) Vizcaino, Pract. crim. t. 3, n. 47.

(3) Toullier, t. 10, n. 1 y siguientes.

(4) Mittermayer, de la prueba.

(5) LL. 2, tit. 65, lib. 7 y 22, tit. 22, lib. 9, Cód. Godofredo, sin embargo sostiene en el comentario que la ley suponía reunidos en la causa todos estos medios de conviccion.





*diciti ad probationem indubitatis, et luce clarioribus expedita* (1). El derecho canónico contiene pocos testos sobre el particular (2); pero de ellos parece deducirse que solo en ciertos delitos se consideraban los indicios prueba bastante (3). Así, en la edad media, la opinion mas admitida era que los indicios no producian plena prueba. Pero un cortísimo número sostenia todavla que los *inditia indubitata* podian servir de base legal á una condenacion (4).

317. Las mismas contradicciones se notan en los Códigos españoles. «E aun ha otra natura de prueba, dice una ley de Partida, a que llaman presuncion: que quiere tanto decir como gran sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de verdad. E como quier quel rei Salomon diese su juicio por sospecha tan solamente sobre la contienda que era entre la mujer libre e la que era sierva en razon del fijo; pero en todo pleito non deve ser cabida solamente prueba de señales e de sospechas, fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro » (5). «Derecha cosa es, dice otra, que el pleito que es movido contra la persona del ome, ó contra su fama, sea probado ó averiguado por pruebas claras como la luz » (6). Otra se espresa así: «La persona del ome es la mas noble cosa del mundo; e por ende dezimos que todo judgador que oviere a conocer de tal pleito sobre que pudiese venir muerte, ó perdimiento de miembro, que deve poner guardia muy afincadamente, que las pruebas que recibiere sean leales e verdaderas e sin ninguna sospecha: e que los dichos e las palabras que dixeren firmando sean ciertas e claras como la

(1) L. 25, tit. 19, lib. 4, Cód.

(2) Deuret. c. 1. 2 y 14, tit. 23, lib. 2 y c. 10, tit. 4, lib. 5.

(3) En el adulterio por ejemplo cuando el acusado era encontrado *solus cum sola* [Decet. c. 12, tit. 23, lib. 2.]

(4) Mittermayer, *loc. cit.* *Indicis ad probationem indubitatis et luce clarioribus* [L. ult. L. de probat.]

(5) L. 8, tit. 14, P. 3 y 62 del Estilo. *Nec de suspitionibus, decia Ulpiano, debere aliquem damnari, dicit Trajanus rescripti* [L. 5, D. de panis.]

(6) L. 12, tit. 14, P. 3.

luz, de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna» (1). Pero estas mismas leyes admitian el tormento, y como dice un escritor francés, nunca ha habido mas condenaciones injustas que cuando la jurisprudencia prohibia pronunciar la pena capital por indicios (2).

**319.** Además estas mismas leyes exceptúan algunos pleitos criminales en que se prueba por sospechas. Así, dice una que cuando temiendo el marido el adulterio de la mujer, le impide hablar con él que cree su cómplice, «si despues de esso lo fallase en su casa, ó en la de la mujer, ó en la del otro que le quiere fazer deshonra, ó en huerta ó casa apartada de la villa, puedelo matar sin pena ninguna» (3). La misma agrega, que si el juez absolviese á uno acusado de incesto, por la excepcion del parentesco que hacia imposible este delito, y despues la tomase por barragana, ó se casase con ella, «por tal sospecha como esta puede ser dado juicio contra él, tambien como si fuese probado el adulterio á la sazón que fué acusado» (4). Una ley del Estilo va mas lejos, pues dice que el adulterio se prueba por *señales* «maguer no los fallen solos en uno e desnudos» (5). La Ordenanza del ejército quiere tambien que cuando los indicios son tan vehementes y claros que correspondan á la prueba de testigos, se procede á la pena ordinaria como si el reo estuviese confeso (6).

**320.** ¿Qué otra cosa es tampoco sinó una sospecha la de otra ley del Estilo, que dice que si alguno es muerto despues de amenazado, si él que amenazó no puede probar

(1) L. 26, tít. 1, P. 7. Sobre las presunciones *juris et de jure*, v. lo que hemos dicho en el n. 190.

(2) Bonnier, des preuves, n. 719.

(3) L. 12, tít. 14, P. 3. Si es en otro lugar, solo puede prenderlos y entregarlos al juez; y si en la iglesia prenderlos hasta que el juez los demande al Obispo, v. tambien la L. 12, tít. 17, P. 7.

(4) L. 12, cit. in fine. V. tambien la L. 11, tít. 17, P. 7.

(5) L. 62 del Estilo.

(6) Trat. 8, tít. 5, art. 48.





quién fué el matador, será tenido á la muerte? (1). ¿Qué otra cosa es la de la ley Recopilada que hace responsable al morador de una casa por todo hombre muerto ó herido que se halla en ella? (2) ¿Con qué derecho se impone al acusado la prueba de descargo en estos casos?

330. Tratándose de indicios, la fama viene naturalmente á la memoria. La fama es como dice Quintiliano: *consensum civitatis et velut publicum testimonium*. Las Partidas hablando en otro sentido la definen «el buen estado del ome que vive derechamente segun ley e buenas costumbres» (3). Esta es la fama *hominis seu in homine*, dice G. Lopez, *fama autem inter homines definitur sic, fama est testimonium vulgi sui dicti rationem non reddentes* (4). Otros distinguen la fama pública de la comun opinion (5).

331. La fama puede recaer sobre la persona, ó sobre las cosas, y para valer algo debe nacer de personas fidedignas y de causas ó pruebas que induzcan á creer el rumor. *Alias*, dice Bartolo, *non esset fama, sed magis vana vox populi*. Pero la fama aun justificada no hace prueba, segun la opinion comun. Puede servir para inquirir, pero no para condenar. Y en efecto, muchas veces la fama no es sinó un rumor sin autor cierto, nacido de la malicia, aumentado por la credulidad (6). *vires acquiril cundo*, que no siempre anuncia la verdad. *Fama tam ficti pravique tenax, quam nuntia veri* (7).

(1) L. 60 del Estilo. Acreditada la amenaza por prueba ó pesquisa.

(2) L. 11, tít. 23, lib. 8, R. C. Esta ley se modera por los autores en el sentido de la 102 del Estilo que exige además, pruebas ó pesquisa. Las Partidas permitian en tal caso atormentar á los sirvientes [L. 7, tít. 30, P. 7.]

(3) L. 1, tít. 6, P. 7.

(4) Gl. 1.ª á la ley cit.

(5) Vilan. Obs. 9, c. 2, n. 53.

(6) Quintiliano, instit. oral.

(7) Virg. eneid. lib. 4.

## CAPÍTULO XIX.

## PUBLICACION DE PROBANZAS.

\*\*\*. Terminada la prueba que es secreta como se ha dicho (1) debe hacerse su publicacion, ó manifestacion á las partes; pero la tramitacion es distinta, segun los casos. Si el proceso se recibió á prueba con *todos cargos*, concluido el término, el juez queda espedito para pronunciar sentencia. G. Lopez, dice sin embargo que se requiere siempre la publicacion, *etiam cum proceditur sine figura iudicii* (2). En la práctica se da vista de autos al defensor, á pesar de esa calidad, para que en un corto plazo pueda coordinar su alegato; y esta vista envuelve la publicacion (3). Por el contrario, si la causa es ordinaria, cualquiera de los interesados, á la espiracion del término pide la publicacion: de este pedimento como en lo civil se corre traslado al otro; y con su conformidad ó sin ella, se decreta por el juez, agregándose por el escribano las producidas, mediante un certificado que espresa cuáles son, y á quiénes pertenecen (4).

\*\*\*. La publicacion cierra por regla jeneral la prueba, pero en los pleitos criminales el juez puede, hasta la sentencia misma, recibir las declaraciones que creyese necesarias, para la averiguacion del delito ó defensa del reo; porque en lo criminal, dicen los autores, todo se subordina á estos intereses (5). «El oficio del alcalde, dice tambien una

(1) El escribano que antes de la publicacion hace conocer la prueba á las partes tiene diez ducados de multa la primera vez, y suspension de oficio la segunda (L. 14, tit. 19, lib. 2, R. C.)

(2) Gl. 2, L. 37, tit. 16, P. 3.

(3) El defensor puede tambien presentar este escrito en cualquier tiempo, mientras no se haya pronunciado la sentencia.

(4) L. 10, tit. 6, lib. 4, R. C. V. Paz, á la ley 53 del Estilo.

(5) Curia, P. 3, § 15, n. 9. J. Clarus, q. 62, n. 1 y siguientes.





ley del Estilo, siempre dura, fasta la sentencia » (1). Según una ley de Partida, « pregunta, es cosa de que nasce gran pro. E puedela fazer el juez fasta que dé el juizio, e aun la una parte á la otra ante el judgador » (2). Por otra, en los pleitos civiles, como de pesquisa, el juez puede hacer evacuar las preguntas, que no hubiesen sido contestadas, ó aclarar las palabras dudosas de los dichos de los testigos (3). Otra, sienta la regla de que el testigo no debe ser mas preguntado, despues que sale de la presencia del juez; y agrega « fueras ende si testiguase sobre pleito de que pudiese nacer muerte, ó perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra, ó sobre otro pleito grande, en que tenemos por bien que sea otra vez preguntado el testigo en poridad » (4).

**324.** Lo dicho es solo referente á la prueba por testigos, porque la inspeccion, el exámen de peritos, el juramento supletorio, y la presentacion de escrituras puede tener lugar en cualquier tiempo hasta la definitiva, con tal que estas se acompañen con juramento de haber llegado recien á poder ó noticia de la parte (5).

**325.** Tambien es opinion comun, que un acusado puede probar su inocencia en todo tiempo, porque la defensa es tan privilegiada, que no debe escluir la temor de soborno de los testigos. No le perjudica por lo tanto la renuncia misma que hubiese hecho del término de prueba; y aun despues de ejecutoriada la sentencia puede hacer constar su inocencia, no ya con cualesquiera prueba, pero si con hechos, ó descubrimientos que la manifiesten de un modo claro. « Pero si en ante que fagan la justicia del, dicen las Partidas, fallase el judgador en verdad que lo que conoció non era verdad, mas que lo dijo con miedo de las feridas, ó con despecho, que avia porque lo ferian (habla del tormento) ó por

(1) Ley 54 del Estilo.

(2) L. 2, tit. 12, P. 3.

(3) L. 30, tit. 16, P. 3.

(4) L. 28, tit. 16, P. 3, *in medio*.

(5) LL. 1, 2 y 5, tit. 5, lib. 4, R. C.

locura, ó por otra razon semejante destas, devalo quitar» (1). *Nam salus hominis*, dice G. Lopez, *tanquam res publica est tuenda* (2).

**376.** El menor, segun los mismos autores, tiene restitucion de este auto, si lo solicita dentro de quince dias de la publicacion, ó de vencido el término, segun la clase del procedimiento (3).

## CAPÍTULO XX.

### ALEGATOS.

**377.** Llámase alegato de bien probado el escrito que en este estado se presenta por el actor ó el reo; porque la defensa y ratificacion de la acusacion se hace ya con vista de las pruebas producidas, esforzando cada uno sus convenimientos respectivos. Antiguamente eran dos escritos por cada parte (4); pero hoy no son mas que uno, para las cuestiones de hecho, entre las cuales es preciso colocar todas las criminales (5).

**378.** Las leyes recomiendan mucho alegar brevemente, poniendo el hecho «en encerradas razones», y prohiben espresamente las citas de leyes (6). Pero esta prohibicion que parece fundada en que antiguamente se podia fundar in voce en cualquier juzgado (7) está en desuso. El término para alegar en las causas ordinarias es el de seis dias, como en los juicios civiles (8); pero en el procedimiento de oficio,

(1) L. 4, tit. 30, P. 7.

(2) Gl. 6 y 7, ley cit. En lo civil véanse las leyes 15 y 16, tit. 11, P. 3.

(3) Gutierrez, Pract. crim. c. 8, n. 48.

(4) L. 9, tit. 6, lib. 4, R. C.

(5) Ley de Setiembre 19 de 1854, art. 4º.

(6) L. 4, tit. 16, lib. 2, R. C. Segun la cual en el proceso solo se puede poner el hecho «do nace el derecho.»

(7) En estos informes las mismas leyes permiten las citas.

(8) L. 1, tit. 8, lib. 4, R. C.



el juez señala regularmente un término arbitrario que nunca pasa de tres dias (1).

## CAPÍTULO XXI.

### SENTENCIA.

**329.** El acto de la sentencia es de toda la causa el mas importante para el juez, porque una vez pronunciada no puede variarla (2). Antes de darla tiene pues que examinar con cuidado el proceso, pesar con escrúpulo todas las pruebas, y si de los autos aparece plenamente justificado el delito y delincuente, ha de condenar al reo á la pena señalada por la ley. Pero si resulta inocente, su deber es absolverle libre y definitivamente del juicio.

**330.** Rara vez sin embargo la demostracion se presenta con este carácter de evidencia. Entonces se disputa mucho entre los autores sobre la conducta que el juez debe observar. La opinion mas comun abre en caso de duda dos caminos, la absolucion simplemente de la instancia *rebus sic stantibus*, segun la espresion de Julio Claro, que deja abierto el proceso, ó una pena extraordinaria (3).

**331.** El primero es el *non liquet* de los Romanos. Nuestras leyes le admiten sin duda en los juicios civiles, cuando el actor no tuvo plazos suficientes para la prueba, ó asiste al juez cualquiera otra sospecha (4). Pero nosotros dudamos de la justicia de su aplicacion en lo criminal: 1º porque la prueba pertenece al actor, y si no prueba «debe darse por quitto al demandado» dice una ley (5); esta regla es mas

(1) Véase el n. 238.

(2) V. el n. 85.

(3) G. Lopez, gl. 6, L. 3, tit. 30, P. 7. El Cód. de Prusia sanciona espresamente la absolucion de la instancia [n. 405.] En Francia ha sido abolida.

(4) L. 9, tit. 22, P. 3. Véase sin embargo la 15 del mismo título y partida que declara no valadero el juicio «en que non es dado el demandado por quitto ó por vencido.»

(5) L. 1, tit. 14, P. 3.



rigorosa en derecho criminal, por cuanto el reo tiene derecho á que se le considere inocente, mientras no se pruebe lo contrario; el crimen es una excepcion en la sociedad, y en caso de duda *favorabiliores rei potius quam actores habentur* (1). 2º Porque hablando de estos juicios, las leyes ordenan siempre al juez *dur por quito, quitar por sentencia*, al reo contra quien no hay pruebas claras como la luz (2), segun las máximas sagradas, *actore non probante reus absolvitur: quod non est plena probatio, plane nulla probatio est—hoc verbunt debet*, observa además con mucha razon G. Lopez, *regulariter importat necessitatem* (3). 3º Porque de otro modo serian ilusorias las leyes que fijan plazos para probar y juzgar, y «nunca los pleitos se podrian encimar ni acabar»: *nullus esset litium finis*. 4º Porque la alarma de la pena injusta es mas grande que la del delito (4).

332. Pero el mismo Lopez, continúa: *forte tamen in atrocioribus delictis, et ubi iudex bono zelo moveretur, sperans nova indicia supervenire, bona esset practica predicta*. Segun él tambien, esta era la práctica comun en su tiempo de toda la Italia (5). Nosotros creemos con Gomez, que la regla debe ser absoluta (6), porque es racional tener por inocente, al que no podemos declarar culpable. *Satius est, decia la ley romana, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare* (7). «Mas santa cosa es e derecha, dice tambien la ley de Partida, quitar al ome de la pena que mereciese, que darla al que no la merece ni fizo porque» (8). Un delincuente castigado, dice en fin, M. de La Bruyère, es

(1) Escriche, absolucion.

(2) LL. 4, tit. 30 y 26, tit. 1, P. 7.

(3) Gl. 9 á la 26, cit.

(4) Escriche, lug. cit.

(5) Gl. 9, L. 26, tit. 4, P. 7.

(6) Gomez, Var. t. 3, c. 13, n. 28.

(7) L. 5, tit. 19, lib. 48, D.

(8) L. 9, tit. 31, P. 7.





un ejemplo para la canalla: mas un inocente condenado es negocio de todos los hombres de bien.

**333.** El segundo, es decir, la pena extraordinaria, nos parece todavía mas contrario á nuestras leyes, que solo autorizan el libre arbitrio del juez para moderar las crueles, caídas en desuso (1). Toda pena, por suave que sea, sin la prueba del delito, reviste un carácter palpable de injusticia. Debemos observar sin embargo que muchos autores que hacen alarde de humanidad sostienen que la absolución de la instancia, y aun la pena extraordinaria, son una necesidad de los vicios de nuestro procedimiento; y que si las Partidas parecen desfavorables á esta práctica en lo criminal, es porque conocían el tormento, como sucedía entre los Romanos, en el estado normal de los juicios (2).

**334.** Otra cuestion importante muy debatida en esta materia es si el juez podrá hacer uso para sentenciar de lo que sabe extrajudicialmente, cuando no consta del proceso. *An iudex judicare debeat secundum conscientiam, aut secundum allegata et probata* (3). Los comentadores romanos sostienen jeneralmente la negativa, fundados en que el juez debe resolver por la verdad, y que la verdad es lo que está probado; puesto que lo que sabe como persona privada lo ignora como juez. *Præses provinciæ*, decia Ulpiano, *id sequatur quod convenit cum ex fide eorum quod probabuntur sequi*; aunque segun Cujacio este testo de Ulpiano solo imponía al juez el deber de pronunciarse por lo probado en caso de ser esa su opinion (4).

**335.** Muchos autores modernos sostienen la misma opinion, fundados principalmente: 1º en que si el juez se permite oponer su propio testimonio á las pruebas dadas, se violaría la primera regla de toda justicia: *ne inauditus condem-*

(1) Véase el n. 106 de la 1ª parte.

(2) Escriche, v. Intancia.

(3) Mascardus, concl. 951, t. 2, p. 486.

(4) Obs. lib. 11, c. 78. V. tambien Covarrubias, Var. lib. 1, c. 1, n. 3, y siguientes.

*netur*: 2º que en la necesidad de fundar la sentencia, sería impropio que el juez alegase su conocimiento particular, para rechazar él de los testigos del proceso: 3º que el juez reúne en sí dos personas, la persona pública y la persona privada, y que aquella no debe conocer los hechos sino por las pruebas discutidas, *quatenus de veritate facti ex actis constat*: 4º que solo en las cuestiones de derecho el juez, órgano y ministro de la ley, debe suplir las omisiones de las partes ó sus abogados: 5º que lo contrario sería hacer de los jueces de derecho verdaderos jurados (1).

**336.** Pero estos mismos autores no están de acuerdo sobre la conducta que debe observar el juez en tales casos. Unos dicen, que antes de pronunciar un fallo contra su conciencia, el juez se escuse (2). Otros creen que debe conformar su resolución á la ley, regla de todas sus acciones, sobre todo en calidad de juez, *etiam si sciat veritatem esset in contrarium* (3). Otros aconsejan comunicar al reo la falsedad de las pruebas, para que procure acreditarla en la apelación (4). Otros, en fin, van hasta decir que el juez debe dejar la cárcel abierta al acusado, para que se vaya (5).

**337.** Nosotros no podemos aceptar estos medios disparatados, y mas bien nos inclinamos á creer que en casos sérios, el juez podría invocar su conocimiento propio. ¿Por qué si puede juzgar por la inspección de otros, no ha de

(1) Toullier, t. 8, n. 39. Bonnier, des preuves, n. 71. Esta es tambien la opinion de los canonistas, siguiendo á Santo Tomás [Toullier, lug. cit. in fine.]

(2) Bonnier, lug. cit.

(3) Toullier, lug. cit. que alega el caso de Scipion el Africano, autorizado por sus funciones para degradar, sin mas testimonio que su conciencia, los senadores y caballeros. Pasándolos en revista un dia detuvo á Licinio, sacerdote de Júpiter, diciendo en alta voz que sabia que era un perjurio, y que si habia un acusador, él se presentaría como testigo. Pero no presentándose nadie: Pasad, le dijo, os perdono la censura, por no ser al mismo tiempo acusador, testigo y juez, *ne ego in tuam personam et accusatoris et testis et judicis partes equas videar*. [Valer. Máxim. lib. 4, cap. 1, n. 10.]

(4) Gutierrez, Prat. crim. t. 1, p. 291.

(5) Vilan. Obs. 10, c. 4, n. 42 y 43.





poder juzgar por la suya propia? Las leyes por otra parte le imponen el deber de saber la verdad «por pesquiza ó por donde mejor la pudiese saber» (1); y otras le recomiendan suplir lo que omite el abogado ó la parte, sin distinguir de causas civiles ó criminales (2). La razon de que solo debe usar de su ciencia pública, *sciencia publica uti*, no es mas que una sutileza. El juez como juez no puede ignorar lo que sabe como hombre (3).

**338.** Puede suceder tambien que determinado un dia ó paraje en la acusacion resulte despues cometido en otro, ó que la querella verse sobre un delito, y en el discurso del proceso resulte probado otro. En uno como en otro caso, la opinion recibida es que el juicio valdrá, porque en lo criminal la condenacion puede recaer *extra vel ultra petitum* (4).

**339.** Las leyes españolas no eran favorables á la fundacion de la sentencia (5). Pero la Constitucion manda sin distinguir pleito civil de criminal que toda sentencia se funde en el testo espreso de la ley, ó en los principios y doctrinas de la materia (6). Y como principios y doctrinas nunca faltan, rara vez puede ocurrir el caso de acudir al soberano, de que habla una ley Recopilada (7). Las leyes fijaban tambien veinte dias para pronunciar sentencia definitiva, y seis para las interlocutorias (8); pero estos términos no se observan.

**340.** Pronunciada la sentencia se notifica en persona, porque siendo personalísima la condenacion debe hacerse saber al único que puede cumplirla. Se exceptúa la pena de muerte, que no se notifica hasta la confirmacion por el superior. Pero todo esto se entiende del procedimiento de oficio; por-

(1) L. 11, tit. 20, lib. 4, F. Real y 6, tit. 1, lib. 8, R. C.

(2) L. un C. ut quæ des sunt advoc.

(3) Gabriel, de la preuve.

(4) Vilan. Obs. 6. c. 1.

(5) Auto 22. tit. 2, lib. 3, R. C.

(6) Art. 124 de la Constitucion.

(7) L. 1.ª de Toro ó 13, tit. 24, lib. 8, R. C.

(8) L. 1, tit. 17, lib. 4, R. C.



que si el juicio es por acusacion, se procede como en lo civil, cualquiera que sea la sentencia (1).

**341.** La primera instancia en la causa criminal debia aca-  
larse segun las leyes de Partida en dos años. « Otro si man-  
damos, dicen, que ningun pleito criminal pueda durar mas  
de dos años, e si en este comedio non pudiere ser sabida la  
verdad del acusado, tenemos por bien que sea sacado de la  
cárcel en que estaba preso, e dado por quitto, e den pena  
al acusador » (2). Mas esta disposicion no está en uso, como  
ya manifiesta de su tiempo G. Lopez. *Hodie tamen non est  
hoc in usu*, dice, *imo durat instantia, et reus condemna-  
tur vel absoluitur definitive etiam post istud tempus, sive  
agatur per accusationem sive per inquisitionem* (3).

## TÍTULO IV.

### DE LA SEGUNDA Y TERCERA INSTANCIA.

#### CAPÍTULO I.

##### CONSULTA.

**342.** La consulta fué introducida antiguamente para los  
delitos en que se negaba la apelacion. Parecia cosa fuer-  
te, dice Gutierrez, que en estos casos bastase la senten-  
cia de las justicias ordinarias (4). De ahí la remision del

(1) Véase el n. y siguientes.

(2) LL. 9, tit. 6, P. 6 y 7, tit. 29, P. 7. Estas leyes hablan especialmen-  
te del pleito por acusacion.

(3) Gl. 4, ley 7, tit. 29, P. 7.

(4) Gutierrez, Pract. crim. t. 1, p. 298,



proceso al rey, en caso de duda, según las Partidas (1). Pero hoy la consulta tiene lugar en los sobreseimientos, siempre que la sentencia impone pena de muerte ú otra corporal, aunque el reo no apele (2), ó siempre que la de la sala de lo criminal revoque ó altere la de primera instancia (3).

**343.** La consulta es pues un trámite que tiene por objeto no poner en ejecución ninguna absolución, ni pena corporal, sin conocimiento del tribunal superior. El proceder es el siguiente. Recibida la causa pasa al Señor Fiscal: y después de oído, si el superior considera justa la sentencia, manda que se devuelva para su ejecución. Pero si advierte que no es la que corresponde por falta de justificación ú otros vicios (4), decreta que la causa sea recibida á prueba, ó que se subsane el vicio. En la consulta del sobreseimiento puede también ordenarse la continuación del sumario, y el conocimiento pleno del asunto.

**344.** El decreto de estilo, en el caso de la apelación era antiguamente, *venga por su orden* (5), que quería decir que se admitiese y conociese plenamente. Otras veces la Chancillería proveía *reténgase la causa*, y sin emplazamiento ni solemnidad alguna, confirmaba, revocaba ó moderaba la sentencia, remitiendo después la causa al juez para la ejecución de lo mandado (6). Las leyes daban este derecho á las audiencias cuando echaban de ver que el inferior había omitido alguna cosa sustancial, ó cometido algun exceso en la formación del proceso (7). Pero fuera de que

(1) L. 11, tit. 22, P. 3. V. también á Vizcaino, Pract. crim. t. 2, n. 314 y siguientes y Mathieu, Contr. 3.

(2) Acord. 2 Abril de 1821, art. 3, y 29 de Agosto 1854. Jud. n. 4 y Jud. n. 23.

(3) L. 28 de Setiembre de 1857, art. 8.

(4) O por no ser el delito de aquellos en que debía denegarse la apelación, según la práctica antigua.

(5) Mathieu, de re crim. lug. cit. n. 32.

(6) Mathieu, lug. cit. V. también á Vizcaino, Pract. crim. n. 334 y siguientes.

(7) Bohadilla, lib. 2, c. 22, n. 201.

otras leyes mandan á la misma audiencia no juzgar en primera instancia ni impedir la jurisdiccion de los ordinarios (1), senejante facultad no podria hoy conciliarse con la naturaleza de nuestras instituciones.

**345.** Si en la consulta se hace mencion de muchos reos, y la sentencia es arreglada en parte y en parte no, el Tribunal puede ordenar la ejecucion de lo primero, y la continuacion ó enmienda de lo segundo. Esta continuacion de la causa no es un obstáculo, dice Mathæu, porque en materias criminales las defensas no son las mismas, y en realidad hay tantas sentencias cuantos son los reos (2). Durante la consulta en fin lo mismo que durante la apelacion, queda suspendida la sentencia, á diferencia del derecho romano, que permitia la ejecucion contra el condenado que se habia conformado; pero no contra el que ninguna manifestacion hacia (3).

## CAPÍTULO II.

### APELACION.

**346.** La apelacion es, segun una ley de Partida «la querella que alguna de las partes faze de juicio, que fue-se dado contra ella, llamando e recorriendose a mayor juez» (4).

**347.** En Roma, 'durante la República, no se conocia la apelacion de las sentencias emanadas de los magistrados, ni podia aplicarse á las *questiones*, que recibian directamente su delegacion del pueblo. El triumviro Antonio fué el primero que introdujo la apelacion al pueblo, pero solo

(1) LL. 22 y 23, tít. 4, lib. 2, R. C. y 74, tít. 15, lib. 2, R. Ind.

(2) LL. 67 y 70, tít. 15, lib. 2, R. Ind.

(3) L. 1, D. *nihil innovari*.

(4) L. 1, tít. 23, P. 3.





en los juicios públicos por acusación capital (1). En el Imperio, el príncipe reunía todos los poderes, y el recurso se convirtió en vía ordinaria, *in omnibus causis criminalibus*, de todos los jueces, excepto el prefecto del Pretorio, y el caso en que había prueba palpable y confesión (2). Sucesivamente las apelaciones se multiplicaron, y el Emperador delegó su conocimiento a los *judices sacri*, que estaban investidos de toda su autoridad (3). El término para deducir la apelación fué primero tres días, y después diez, pudiendo apelar no solo el condenado, sino su mandatario, y los monjes por cualquiera (4).

**340.** Las Partidas han copiado estas disposiciones del derecho romano, y otorgan la apelación al hijo y demás parientes del condenado «a pena de sangre» y al extraño por afecto al reo, con tal que en este caso el reo ratifique la apelación, mientras que la de los parientes vale aunque el reo quiera morir (5). *Ergo et ipse acquiescit*, decía la ley romana (6). Las Recopiladas han agregado algunas reglas, pero relativas en su mayor parte a las materias civiles, forma y términos de deducir la apelación (7). En jeneral, puede decirse con las Partidas que tienen derecho de apelar todos aquellos a quienes perjudica la sentencia (8). *Non solent audiri appellantes nisi quorum interest*.

(1) Esta no era propiamente una apelación sino una especie de revisión ante el pueblo omnipotente (Dubois, *droit crim. des peuples anciens*, p. 427 y 429.)

(2) Escribhe, v. *apelable*.

(3) Morin, *Rep. v. appel*. n. 1.

(4) Nov. 23, cap. 1. Por otras leyes las sentencias nulas no necesitaban de apelación [L. 19, D. de *appell. et relationibus*.]

(5) LL. 2 y 6, tít. 23, P. 3. Este derecho según los autores no se limita al caso de muerte y puede ejercerse aun en la contumacia del reo [Escribhe, v. *apelacion*.]

(6) L. 6, D. de *appellat*.

(7) Leyes del tít. 18, lib. 4, R. C.

(8) LL. 2 y 4, tít. 23, P. 3. El procurador está obligado a hacerlo, so pena de daños y perjuicios [LL. 2 y 3, tít. 23, P. 3.]



**349.** Pero la apelacion puede intentarse no solo por el procesado y personas indicadas, sinó tambien por los acusadores, y el fiscal, si encuentran que es indebidamente absuelto el reo, que no es condenado á la pena del delito, *a minima*, ó que la reparacion concedida no es suficiente. La apelacion del fiscal es tan esencial, que los antiguos la concedian aun en los casos exceptuados (1).

**350.** El término, para deducir la apelacion segun las Partidas era de diez dias (2), pero segun las leyes nuevas es solo de cinco, sea definitivo ó interlocutorio el auto, civil ó criminal la causa. En estos cinco dias se cuenta el dia de la sentencia ó agravio (3), y segun G. Lopez corren de momento á momento (4), desde la notificacion, «y viniese á su noticia», dice la ley Recopilada. Pero en la práctica se escluye el dia de la notificacion (5). Estos cinco dias son además fatales (6). Pero como en lo criminal, la sentencia se ha de consultar siempre, propiamente no puede haber *desercion* (7). Así, Herrera en su práctica dice que aunque pase el término de apelar, podria el acusado presentarse directamente al tribunal superior (8). Prácticos hay tambien que sostienen que este mismo término es arbitrario en el procedimiento de oficio.

**351.** Hemos dicho que son apelables tanto los autos definitivos como interlocutorios; pero debe advertirse sobre estos últimos que solo lo son cuando tienen fuerza de definitiva, ó recaen sobre defensiones perentorias, capaces de causar gravámen irreparable en el pleito principal (9). Lo

(1) Elizondo, Pract. Univ. t. 6, p. 73. V. tambien á Vizcaino, Pract. crim. t. 3, n. 281 y siguientes que niega tales casos.

(2) L. 22, tít. 23, P. 3.

(3) LL. 1 y 4, tít. 18, lib. 4, R. C.

(4) Gl. 5, L. 22, tít. 23, P. 3.

(5) Escriche, v. apelacion.

(6) LL. 21, tít. y P. cit. y 1, tít. 18, lib. 4, R. C.

(7) Curia, P. 3, § 17, n. 8.

(8) Herrera, Pract. crim. V. tambien las leyes 24 y 27, tít. 23, P. 3.

(9) L. 3, tít. 18, lib. 4, R. C.



primero es segun las Partidas cuando el juez por ejemplo se declara incompetente. Lo segundo «si la sentencia interlocutoria mandase fazer alguna cosa tortizadamente, que fuese de tal naturaleza que seyendo acabada non se podrie lijeramente enmendar, a menos de gran daño e de gran verguenza de aquel que se tovier por agraviado» (1).

**352.** La apelacion se interpone verbalmente ó por escrito, del juez *a quo* para ante el juez *ad quem* (2), que es él mayor inmediato (3), con moderacion y decoro, so pena de las injurias y multa por la osadia (4); pero este deber es reciproco, y el juez en su auto no debe tampoco ofender al particular (5). Concedida, debia darse testimonio de los autos al apelante, segun las Partidas y Recopiladas, pero no está en uso, sinó elevar los orijinales al superior. La apelacion de uno además aprovecha por regla jeneral á los otros (6).

**353.** La apelacion finalmente en lo criminal, como en lo civil, suspende la condenacion, *extinguit judicatum* (7). «Tenemos por bien, dicen las Partidas, que mientras el pleito anduviese antel judgador del alzada, el otro juez non faga ninguna cosa de nuevo (8). Todo lo que se hiciese en contrario se llama *atentado*, y debe revocarse por el superior. (9). Pero si los delitos son varios, y se interpone solo de los menores, no suspenderá la de los mayores (10). ¡La apelacion no pasa tampoco de una jurisdiccion á otra (11); ni en materia criminal puede tener

(1) L. 13, tit. 23, P. 3.

(2) L. 22, tit. 23, P. 3.

(3) L. 18, tit. y P. cit.

(4) L.L. 9, tit. 15, lib. 2, F. Real y 12 y 13, tit. 18, lib. 4, R. C.

(5) Leyes citadas y 26, tit. 23, P. 3.

(6) L. 5, tit. 23, P. 3.

(7) Así, el acusado, que muere antes de confirmarse la sentencia muere dicen los autores, *integri status* [Pothier, proced. crim. n. 162.]

(8) L. 26, tit. 23, P. 3.

(9) Curia, P. 3, § 1, n. 20.

(10) «L. 14, tit. y P. cit.

(11) L. 3, tit. 1, lib. 4, R. C.

aplicacion la complicada teoria del efecto suspensivo y devolutivo (1). Si hay que deducir el recurso de nulidad, es preciso hacerlo al mismo tiempo que la apelacion (2).

### CAPÍTULO III.

#### NUEVOS ALEGATOS.

**354.** Luego que la sala de lo criminal recibe los autos, los manda entregar al apelante para que espere los agravios que le ha inferido la sentencia (3). En seguida contesta el apelado, que puede adherirse á la apelacion si quiere (4); se oye al fiscal; y pasándose los autos al relator se señala dia para la vista de la causa. Si la causa ha subido solamente en consulta, se escusan estos escritos, aunque no el oír al fiscal; pero el defensor puede informar siempre *in roce* el dia de la vista (5).

**355.** El término para espedirse en estos escritos en como en lo civil de seis dias, si la causa es ordinaria; pero si se sigue de oficio, el tribunal fija el que le parece mas conveniente.

### CAPÍTULO IV.

#### PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA.

**356.** En forma de artículo ó por medio de un *otro*

(1) Curia, P. 3, § 11, n. 5.

(2) Leyes 2 y 4, tit. 17, lib. 4, R. C. y auto 13, tit. 6, lib. 2, R. C. La injusticia notoria y segunda suplicacion nunca tenian lugar en lo criminal, L. 11, tit. 10, lib. 4, R. C. y declaracion 15 de Nov. de 1758.)

(3) De aqui este escrito ha tomado el nombre de *expresion de agravios* [Escribete, v. apelacion.]

(4) Con un pedimento que se llama de agravios medio.

(5) En las condenaciones capitales creemos tambien que hoy deberia oírse al defensor de pobres, aunque el reo se conformase.





sf, en la expresion de agravios, ó su contestacion, puede articularse en segunda instancia por las partes prueba nueva, ó ampliar la que se dió en primera; pero es de advertir que esto solo tiene lugar con motivo de la sentencia definitiva (1), y que la prueba en tal caso está sujeta á reglas especiales, que pasamos á explicar brevemente; por que es materia comun al procedimiento civil.

**357.** La primera es que la parte no puede alegar ni probar sino lo que no alegó, ni probó en primera instancia (2). Esta regla comprende aun las excepciones rechazadas en primera instancia, por no haberse deducido en tiempo, ó con la solemnidad debida (3). Las leyes exceptuaban los pleitos de residencia, hoy desconocidos (4), y se referian principalmente á la súplica; pero sus disposiciones se han estendido por los autores á la apelacion.

**358.** La segunda, que el término que se otorgue no exceda del que se dió en primera instancia (5).

**359.** La tercera, que la prueba de posiciones ó confesion, y de escrituras públicas, puede deducirse en cualquier estado de la causa, porque si bien las leyes mandan presentar las escrituras con la expresion de agravios, ó su contestacion; pero bajo juramento permiten que se haga en cualquier tiempo (6).

**360.** La cuarta, que la prueba de testigos nunca puede admitirse sobre los mismos artículos que se dedujeron, y se recibieron testigos en primera instancia, ni sobre los directamente contrarios (7). La razon es segun la ley el temor de soborno y corrupcion, el daño y fatiga en los

(1) Curia, P. 5, § 3, n. 10.

(2) L. 2, tít. 19, lib. 4, R. C.

(3) L. 5, tít. 9, lib. 4, R. C.

(4) Auto 4, tít. 19, lib. 4, R. C.

(5) L. 5, tít. 9, lib. 4, R. C.

(6) LL. 12 y 3, tít. 9, lib. 4, R. C.

(7) L. 4, tít. 9, lib. 4, R. C. V. tambien la L. 39, tít. 16, P. 3, y 21, tít. 24, lib. 2, R. Ind.

pleitos, y costas de las partes. La misma ley ordena que los jueces expresen esto en su auto, y castiga al abogado que contraviniese á esta disposicion con una multa de mil maravedis, sin apelacion ni súplica. Pero se exceptúa: 1º el testigo que no estaba en la tierra, ó que se olvidó (1); 2º si ambas partes ofrecen la misma prueba de testigos, ó alguna de ellas goza de restitucion (2); 3º cuando el juez ó tribunal la ordenan de oficio, en contra ó defensa del reo (3).

**361.** Respecto de las tachas, es regla tambien que no se pueden deducir ni probar en segunda instancia las deducidas antes, por ser artículo propio de la primera (4); pero los autores exceptúan el caso en que el juez no quiso admitirlas, y por esta ú otra causa justa no se probaron en ella, con tal que se manifesten, dice Elizondo, al mismo tiempo que los agravios (5).

**362.** La propuesta de nueva prueba es una cuestion incidental, que necesita de conocimiento de causa. Para determinarla se corre traslado á la contraria, y evacuado se señala día para la vista de la causa. Resuelto el punto afirmativamente queda suspensa la vista en el fondo, y se otorga un término para la prueba, que se comete al juez semanero, ó al mismo juez de primera instancia, devolviendosele los autos á este solo objeto. Resuelto por el contrario negativamente, se señala nuevo día para la vista. Pero si la prueba no se dedujo en forma de artículo, sinó con la expresion de agravios, puede muy bien determinarse sobre todo, y al mismo tiempo que se desecha la prueba ofrecida (6).

(1) Jurando que non lo fizo por malicia, ni por engaño ni por alongamiento [L. 39, tit. 16, P. 3.]

(2) Castro, Pract. for. n. 270.

(3) Castro, lug. cit. Sea la causa de oficio ó por acusacion de parte dice G. Lop. gl. 3, ley 37, tit. y P. cit.

(4) Leyes 1, tit. 8, y 4, tit. 9, lib. 4, R. C.

(5) Elizondo, Pract. univ. t. 4, n. 276.

(6) La Serna y Montalvan, Proced. crim. t. 3.





**363.** Admitida la prueba en segunda instancia presentan las partes sus interrogatorios: se pide y se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado; y se procede en todo como en primera instancia, hasta definitiva (1). Si todavia, despues de la publicacion, la parte alega nuevas excepciones, jurando que recien vienen á su noticia y es persona que puede pedir restitution se le deben admitir; pero «seyendo pedida dentro de quince dias despues de la publicacion», y solo con la mitad del término asignado anteriormente, bajo pena, y de negacion de toda otra restitution (2).

## CAPÍTULO V.

### VISTA DE LA CAUSA.

**364.** La vista de la causa es el acto solemne por el cual la sala que conoce del recurso oye en público la lectura de la causa y defensa *in roce* del abogado, con asistencia del fiscal y de los reos. Para la resolucion definitiva de todo negocio, la sala debe constar por lo menos de tres miembros (3), pero en casos graves acostumbra integrarse. Esta integracion se hace con abogados, á pesar de las leyes españolas que mandaban hacerlo con los demás miembros de la Audiencia (4), porque entre nosotros hay apelacion de una sola á otra (5).

**365.** El informe *in roce* que en este acto pronuncia el defensor no debe confundirse con el *informe en derecho*, que es una pieza escrita en que se alega todo el derecho conveniente al punto, y que requiere: 1º permiso de la sala, y si se hubiese de imprimir, del Presidente (6): 2º cotejo

(1) Castro, Pract. for. n. 271.

(2) L. 3, tít. 8, y 5, tít. 9, lib. 4, R. C.

(3) Art. 3, ley 29 setiembre de 1857.

(4) L. 1, tít. 7, lib. 2, R. C. y céd. 7 de octubre de 1796.

(5) Art. 7 y 8, ley de Setiembre 29 de 1857.

(6) Auto 11, tít. 16, lib. 2, R. C.

por el Relator del hecho con las constancias del proceso : 3º certificado del Escribano de la licencia otorgada por la sala (1) : 4º ser cuando mas dos en cada instancia: 5º entregarse al Relator dentro de treinta dias de vista la causa (2).

**366.** Durante el término otorgado para el informe en derecho, no puede tampoco sentenciarse, lo que hace imposible este trámite en el procedimiento de oficio; pero cuando él tiene lugar, pasado el término, puede sentenciarse con informe ó sin él (3). La ley que fija en dos el número de informes, en cada instancia, manda tambien que el primero no exceda de 20 hojas, ni el segundo de doce (4).

## CAPÍTULO VI.

### SENTENCIA EN LA SALA DE LO CRIMINAL.

**367.** Concluido el acto, los miembros de la sala pueden reunirse inmediatamente en acuerdo y sentenciar, porque en segunda instancia no es necesario citar á las partes para oír sentencia (5). Pero pueden tambien suspender hasta otro dia. Las leyes españolas exijan dos votos conformes por lo menos (6), y tres para la pena de muerte, mutilacion de miembro, ú otra corporal ó de vergüenza pública (7). Entre nosotros la ley requiere siempre para resolucion definitiva tres miembros por lo menos (8).

**368.** La votacion comienza por los mas modernos en los

(1) Auto cit.

(2) LL. 34, tít. 16, y 29, tít. 5, lib. 2, R. C. V. tambien la L. 1, tít. 24, lib. 1, R. Ind.

(3) L. 29, tít. 5, lib. 2, R. C.

(4) L. 5, tít. 26, P. 3.

(5) L. 34, tít. 16, lib. 2, R. C.

(6) L. 7, tít. 17, lib. 2, R. I.

(7) Leyes 43 y 44, tít. 5, y 59, tít. 4, lib. 2, R. C. y 7 y 8, tít. 17, lib. 2, R. I.

(8) Art. 3, ley 29 de setiembre de 1857.





juicios civiles como en los criminales (1). Si sucede que no puede obtenerse mayoría, se llaman nuevos miembros con esta providencia «vistos á mayor número de ministros» que no debe confundirse con esta otra «vistos en discordia á mayor número de votos». La primera significa que la singularidad de los votos ha impedido formar la mayoría de la ley. La segunda que hay igualdad de votos en pró y en contra (2). Segun la ley parece tambien que en este caso el órden de la votacion no será precisamente el de antigüedad (3).

## CAPÍTULO VII.

### SEGUNDA APELACION.

**360.** La apelacion supone el recurso de un juzgado inferior á otro superior. De aquí vino en las leyes españolas la *súplica* al mismo tribunal de la vista, que era la sala de los alcaldes en las audiencias, donde los habia (4). La razon segun los autores era porque como representante la Audiencia del Soberano, era impropia toda apelacion de ella (5). La súplica se parecia mucho á la apelacion *magnamque cum appellatone similitudinem habet*, dice Voet, y como ella suspendia la sentencia. Pero diferia en algunas cosas. Así tenía solo tres dias para interponerse de sentencias interlocutorias, y diez de las definitivas (6). Mera gracia del Principe podia tambien quitarse por este (7), y no se concedia de las condenaciones del consejo contra los corregido-

(1) L. 183, tit. 15, lib. 2, R. I.

(2) En primera instancia, v. *suprá*, n. 103.

(3) L. 105, tit. 15, lib. 2, R. Ind.

(4) L. 1, tit. 7, lib. 3, R. C. Este recurso suele llamarse tambien de *re-vision*, Voet. ad Pandectas, lib. 49, tit. 2, n. 2.

(5) Mathou, de re crim. contr. 2. Vizcaino, Pract. crim. t. 3, n. 279.

(6) Leyes 13 y 16, tit. 23, P. 3, 9, tit. 13, lib. 8, R. C. y 10, tit. 7, lib. 2, R. C.

(7) L. 17, tit. 23, P. 3. Segun las Partidas no podia apelarse de tres sentencias [L. 25.]

res (1): ni de las resoluciones que recaian en las visitas de escribanos, relatores, y demás subalternos, siempre que no contuviesen privacion perpétua, suspension de diez años, ó pena corporal (2). Despues de la sentencia de revista no habia tampoco mas recurso (3).

**370.** Pero organizado hoy el tribunal superior en dos salas, la ley otorga apelacion de la una á la otra; y el juicio que sigue es propiamente una tercera instancia, sobre la sentencia segunda, que contuviese condenacion de muerte. En los demás casos dos sentencias conformes hacen cosa juzgada, y de consiguiente no hay lugar á recurso alguno (4), pero esta conformidad debe ser en todas sus partes, porque de lo contrario habrá apelacion ó consulta de la parte modificada ó alterada (5). Está mandado además: 1º que cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda instancia no estuviesen conformes en la pena de muerte, no podrá esta aplicarse sinó por *unanimidad de votos* en la sala que conoce del último grado: 2º que esta sala en ningun caso puede imponer la pena capital, si ninguna de aquellas dos sentencias lo hubiese hecho (6), ni tampoco agravar ninguna pena corporal, si las sentencias de primera y segunda instancia estuviesen disconformes (7). Es el principio antiguo: *in ambiguis dei iuditio reservatur sententia*.

**371.** Esta tercera instancia no carece de objeciones en toda causa, pero mucho mas en materia criminal. « La pluralidad de recursos, dice un escritor español, puede conllevar en materias civiles, en que es necesario desenvolver toda la antigüedad, para fundar un título ó afirmar un de-

(1) Auto 5, tit. 19, lib. 4. R. C.

(2) Autos 7 y 9, tit. y lib. cit.

(3) LL. 68, tit. 15, y 3, tit. 17, lib. 2, R. I. [Castro, P. 7, p. 118.]

(4) Ley de setiembre 29 de 1857, art. 6 y 7.

(5) Ley de junio 21 de 1859, art. 4 y 8.

(6) Ley de junio 21 de 1859, art. 1.

(7) Ley de junio cit. art. 2.



recho; pero no puede decirse lo mismo en lo criminal, en que las cuestiones son siempre de momento y de hecho (1).

**373.** Los trámites en esta tercera instancia son enteramente los mismos de la segunda. Así, se espresa agravios, se contesta, puede tener lugar tambien mas prueba, se alega y se informa de nuevo.

## CAPÍTULO VIII.

### EJECUCION DE LA SENTENCIA.

**373.** Luego que la sentencia que contiene pena *corporis afflictiva* es cosa juzgada, por no haber recurso contra ella, su ejecucion debe ser á la mayor brevedad, especialmente si se trata de la pena capital, para que una larga espera no aumente el sufrimiento del condenado (2).

**374.** Al efecto, la cosa baja, por el mismo órden en que ha subido al juez que pronunció la sentencia, porque en materia criminal es regla que las sentencias no se ejecutan por los jueces de otro territorio (3). Puesto el cúmplase se hace saber en forma al oficial de justicia á quien se comete su ejecucion, y al alcaide de la cárcel, quienes deben firmar la notificacion (4). En seguida se notifica al reo para cuyo acto se le hace poner de rodillas, pasando de ahí á la capilla. Se oficia al mismo tiempo al Ejecutivo, avisándole la sentencia, para que tome las medidas necesarias, y ordene su ejecucion donde le parezca, á menos que

(1) Leljas, teorías sobre el procedimiento.

(2) « Devese luego cumplir » [L. 5, tit. 27, P. 3.] *prévía una capilla de 24 horas* [Redo de la Asamblea n. 4.] y si el reo lo *pidiere* deben darle *de comulgar* [L. 7, tit. 13, P. 1.]

(3) J. Clarus, q. 96, n. 9.

(4) Acordada 3 de julio de 1828, Jud. n. 5.



la sentencia contenga lugar (1). Siendo varios los reos, y estando sentenciados á diversas penas, los de vergüenza pública van adelante, y luego sigue el que ha de perder la vida, cuya pena se ejecuta á presencia de los primeros (2). Ejecutada en fin el oficial de justicia asociado del escribano, debe dar cuenta, y los autos se mandan archivar (3).

**375.** La mision de los tribunales cesa despues de pronunciado el último fallo. Sin embargo, si al ejecutar la sentencia naciese alguna cuestion, es claro que su conocimiento tocara al juez mismo que hubiese conocido sobre lo principal, y no al Gobierno, porque todo lo contencioso requiere un juez (4). Finalizada tambien la causa si alguien pidiere que á su costo se le dé testimonio para imprimirla, ó hacer de ella cualquier otro uso, debe dársele, con excepcion solamente de las que acostumbran verse á puerta cerrada. Esta publicidad es una parte de pena para los culpables, y de indemnizacion para los inocentes. Es tambien un testimonio del poder de las leyes, que retrae á los que se sienten tentados de entrar en el camino del crimen, é inspira seguridad y confianza á los demás (5).

(1) Este aviso al Ejecutivo no debe confundirse con el acuerdo del rey de que hablan las Partidas [L. 19, tit. 23, P. 3.] Las sentencias entónces no se ejecutaban sin el *fiat justitiae* del príncipe [Yizcaino, lug. cit. n. 339.] Hoy el Ejecutivo tiene el deber de cumplirlas, exceptuando el caso de indulto.

(2) Tapia, t. 8, p. 195, ed. 1846. Sobre las demás penas, v. la 1ª parte cap. 6, tit. 2º, lib. 1.

(3) Acordada de 3 de julio de 1828, Jud. n. 5.

(4) Chauveau Adolphe, t. 1.

(5) Escriche, juicio criminal, § 7. Sobre los que impiden la ejecucion de una sentencia, v. la 1ª parte n. 213.





## LIBRO III.

---

### DE ALGUNOS INCIDENTES DEL JUICIO CRIMINAL.

---

**376.** El curso del juicio criminal puede ser interrumpido en la práctica por diversos incidentes, que requieren una resolución especial; pero que hemos reservado para este lugar, por no interrumpir la marcha lógica del proceso. Ellos no son tampoco parte esencial del juicio, decidiéndose según su naturaleza, como artículo, ó en expediente á parte. De estos incidentes, algunos se refieren á la libertad y bienes del acusado; otros, al procedimiento mismo. De aquí, la división de este libro en dos títulos, y sus capítulos correspondientes.

---

## TÍTULO I.

---

### INCIDENTES RELATIVOS Á LA PERSONA Ó BIENES.

---

#### CAPÍTULO I.

##### ESCARCELACION.

**377.** La escarcelación es el acto por el que se pone en libertad al que está preso. Esto puede hacerse por la sen-

tencia definitiva, en cuyo caso es absoluta; ó por auto interlocutorio á consecuencia de no merecer el delito pena corporal, ó de no haberse recogido datos bastantes para motivar ó seguir la prision. Solo la segunda es incidente del juicio, la primera hace parte de la ejecucion de la sentencia. Pero en una y otra está mandado entre nosotros que el juez que decreta la libertad dé aviso á los que hubiesen remitido al preso (1) por ser esta noticia, dice la acordada, de suma importancia en los pueblos de campaña para tranquilizar al vecindario que se alarma con la reaparicion de los mismos hombres presos antes.

**378.** Por nuestras leyes mas antiguas (2), como por la Constitucion, está mandado que si el delito es de tal naturaleza que probado no ha de sufrir muerte ú otra pena corporal, el acusado puede solicitar su escarcelacion, y el juez debe otorgarla bajo fianza (3). Pero si la niega, el auto no *causa instancia*; por cuanto no es librado en materia contenciosa, y el gravámen se considera continuo. El reo puede pues gestionar tantas veces cuantas quiera su escarcelacion, sin que obste ningun término, como puede el juez mismo decretarla de oficio, sin necesidad de solicitud del preso, en cualquier estado en que aparezca que no ha de sufrir pena corporal. Por el contrario, el auto que ordena la escarcelacion, dicen los prácticos, sinó se apela por el fiscal ó acusador, pasa á ser ejecutoria (4).

**379.** Las leyes españolas exceptuaban: 1º los acusados que no comparecian al emplazamiento (5): 2º los presos por orden del rey sin su mandado (6): 3º durante la apelacion de la sentencia (7), pero podian serlo por el juez de la ape-

(1) Acordada de 3 de marzo de 1855. Jud. n. 13.

(2) L. 66 del Estlo.

(3) L. 16, tit. 1, P. 7, y art. 155 de la Constitucion.

(4) Vitan. Obs. 9, c. 14, n. 53.

(5) LL. 65 y 66 del Estlo.

(6) L. 24, in fin, tit. 181, P. 3.

(7) L. 33, tit. 12, lib. 5, R. 1.





lacion, si la causa era pecuniaria, y se depositaba su valor ó se daba fianza (1): 4º los presos que huyendo de los jueces inferiores se presentaban al superior, hasta despues de la publicacion de probanzas, ó hasta que por los autos se veia su culpa (2). Pero la mayor parte de estos casos no pueden ya tener lugar.

**390.** La fianza de que aquí se trata puede ser de tres clases, de estar á derecho, de juzgado y sentenciado, y carcelera ó comentariense. Las tres se comprenden bajo el nombre jénérico de *la haz*, porque todas se constituyen ante el juez y escribano. Algunos sin embargo, solo dan el nombre de *la haz* á la de cárcel segura.

**391.** La fianza de estar á derecho, *judicatum sisti*, entre los Romanos, es la obligacion que uno contrae de que el reo asistirá al juicio, y no usará de dolo. Esta fianza puede darse con pena ó sin ella. En el primer caso, si no presenta el preso cuando es requerido incurre en la que se hubiese señalado. En el segundo, se le aplica la que se acostumbre, ó en su defecto una multa á discrecion del juez (3). Pero el fiador no incurre en pena inmediatamente, sinó que se le da un plazo, dentro del cual puede presentar el reo, y librarse de la fianza. En el mismo puede defender al fiado, y si resulta inocente se libra de su obligacion; mas en caso contrario tendrá que pagar la multa con daños y menoscabos (4). Queda libre tambien si no se le pide la pena dentro de un año desde que cayó en ella (5), si manifiesta impedimentos lejitimos (6) ó si el reo muere antes de espirar el primer plazo (7).

(1) L. 16, tit. 18, lib. 4, R. C.

(2) LL. 8, tit. 1, lib. 2, R. C. y 92, tit. 15, lib. 2, R. Jud.

(3) L. 10, tit. 29, P. 7. En proporcion á la malicia del fiador, segun otra ley [L. 19, tit. 12, P. 5.]

(4) LL. 17 y 18, y tit. 12, P. 5.

(5) L. 10, tit. 16, lib. 5, R. C. Las Partidas señalaban dos meses, [L. 19, tit. 12, P. 5.] y tres años si mediaba escritura pública, ó si el pleito era del Consejo [L. 19, cit.]

(6) Leyes 35 y 37, tit. 11, P. 5.

(7) L. 19, tit. 12, P. 5.



**333.** La fianza de juzgado y sentenciado, *judicatum solvi*, entre los Romanos, consiste en obligarse á pagar por el delinciente la pena pecuniaria y la restitucion á que fuese condenado. En les pleitos criminales nunca se admite cuando es posible pena corporal «maguer sea raigado ó dé fiadores» (1) porque no hay bienes, por ricos que sean, dice Vilanova, capaces de asegurar su cumplimiento (2). Así, la ley hace responsable al juez por aceptar esta fianza cuando no debe (3).

**333.** Pero en los casos que se admite es regla jeneral que no puede reconvenirse al fiador sin hacer antes escusion en los bienes del reo, exceptuando la obligacion *in solidum*. Obligado además uno de varios fiadores á pagar hay lugar al *lusto* contra los demás por su parte proporcional (4). Los fiadores deben ser tales que sus bienes no hayan de perecer fácilmente; y en caso de duda sobre el arraigo puede mandarse que la fianza sea con *informacion de abono*. Esta calidad consiste en dar testigos que aseguren ser suyos los bienes, y que valen lo que espresan, constituyéndose los testigos mismos en fiadores de esto (5). Puede tambien el juez negar la escarcelacion en tal caso, *quia in dubio semper judex debet facere quod securius est* (6).

**334.** Suele dudarse si esta fianza puede suplirse con prenda ó hipoteca. La fianza es preferible porque la cantidad es indeterminada, y porque los bienes que puede hipotecar el acusado están sujetos por el hecho mismo á las resultas del juicio. Sin embargo, si el reo no encontrare fiador, la prudencia del juez decidiria segun los casos (7).

(1) L. 66 del Estillo.

(2) Exceptuase el destierro, que aunque corporal admite esta relajacion. [Vilan. obs. 9, c. 4, n. 110.]

(3) L. 10, tit. 29, P. 7.

(4) Leyes 11 y 12, tit. 12, P. 5, y 1, tit. 16, lib. 5, R. C. Sin perjuicio de la accion contra el reo, si llega á mejor fortuna.

(5) Vilan. obs. cit. n. 133.

(6) Gl. 5, L. 16, tit. 1, P. 7.

(7) Por lo demás, el efecto de esta fianza solo puede tener lugar terminada



**385.** La fianza carcelera, comentariense, ó de cárcel segura, como dicen otros, es la obligacion en que uno se constituye ante el juez de que poniendo ó dejándolo en libertad al reo le hará presentarse á la cárcel, siempre que le fuese mandado (1). Esta fianza es semejante á la de estar á derecho. Así es que los autores le aplican las mismas disposiciones de esta. Toda la diferencia consiste en que la primera obliga á presentar el reo al juez, y la segunda á presentarlo en la cárcel. Pero esta diferencia no puede hacer variar la naturaleza de las obligaciones. Regularmente en lo criminal ni la de cárcel segura, ni la de estar á derecho, se admiten, sinó unidas á la de juzgado y sentenciado.

**386.** Conócese además la llamada *caucion juratoria*, que puede definirse la promesa hecha bajo juramento por el reo, de presentarse para alguna diligencia, ó para constituirse en la cárcel. Siendo la causa leve y el reo pobre, los autores no resisten su admision. Pero en jeneral, ella no reúne la calidad de *bastante*, exigida por el artículo constitucional, y parece tambien inconciliable con la abolicion del juramento de parte del reo.

**387.** Concluiremos advirtiendo que el mismo escribano del crimen es el que redacta estas fianzas (2).

## CAPÍTULO II.

### EMBARGO DE BIENES.

**388.** Esta medida que consiste en privar al reo de la disposicion de sus bienes, mientras se sigue la causa, tenia

de el juicio y ejecutoriada la sentencia; como no se estingue con la muerte de aquel en cuyo favor se interpuso, ni con la del fiador.

(1) Es de esta necesidad de presentar al reo en la cárcel, que viene el nombre de *carcelero comentariense* que se dá al fiador, pues toma á su cuidado la custodia del reo.

(2) L. 94 del Estillo.

lugar antes de oficio en todos los delitos que acarreaban la confiscacion. Pero hoy su objeto es únicamente asegurar bienes suficientes para pagar las multas, daños y costas (1). Así mismo, su uso es muy limitado en la práctica, y los jueces que se exceden en la responsabilidad pecuniaria que pueda caber al procesado, están sujetos á los daños que causen (2).

**309.** El embargo puede acompañar ó seguir la prision del considerado como reo, especialmente si hay temor de ocultacion de bienes (3). Puede decretarse en el sumario como en el plenario, sin necesidad de citar al reo (4). Pero en cualquier tiempo que sea debe verificarse mediante inventario, y en presencia del interesado: y concluido, el reo lo firma, pudiendo recojer para su resguardo una copia autorizada. En seguida, los bienes se depositan en persona capaz de responder, nunca en el escribano ó alguacil (5). Pero cuando los bienes están ya embargados por otro juez, la operacion se reduce á reembargarlos en el mismo depositario, notificándole el auto, y avisándose al juez que mandó el primer embargo para que tenga los bienes á disposicion del segundo, aunque se desembarguen por él (6).

**310.** El inventario es una diligencia tan esencial por nuestras leyes en todo embargo, que si es imposible por alguna razon, deben depositarse los bienes bajo dos llaves, una para el juez y otra para el reo; y si esto mismo es impracticable, deben cerrarse y sellarse las arcas y puertas por lo pronto, y en primera oportunidad abrirse á presencia del reo, y to-

(1) L. 8, tít. 10, lib. 5, R. I.

(2) Regl. de justicia, año 17, c. 3.

(3) Escriche, juicio crim. § 24. En los demás casos debe esperarse el fin de los pregones, *ne pompa rei familiaris detegatur*, dice G. Lopez, gl. 6 á la L. 7, tít. 8, P. 3.

(4) Vilan. lug. cit. n. 84.

(5) Auto 7, tít. 23, lib. 4, R. C.

(6) Vilan. obs. 11, c. 4, n. 107. Tapia, t. 8, p. 10, ed. 1846. Siendo de advertir, que en caso de discordia por la preferencia respectiva, se ventila por los mismos trámites de las controversias de jurisdiccion y se decide por el Tribunal Superior, [Tapia, lug. cit. p. 103.]



marse el inventario (1). Si el reo está ausente puede hacer sus veces un ciudadano honrado, y si solo está enfermo puede nombrar personero á su satisfaccion (2).

**391.** Los bienes embargados no se venden hasta la finalizacion de la causa, excepto si hay peligro de que se deterioren ó destruyan, y el reo ausente no se presenta pasados treinta dias (3). Pero si vendidos no alcanzan, puede ampliarse el embargo en otros. Regularmente el embargo se hace: 1º en dinero y bienes muebles ó semovientes que se depositan en persona abonada; 2º en bienes raices cuyo uso acostumbra dejarse á la familia del reo, tomando nota en el oficio de hipotecas; 3º en una parte de las rentas que puedan corresponder al reo por su destino (4). La humanidad impide tambien someter á embargo las ropas, cama, é instrumentos de labor, aunque por deuda procedente de delito no está exento bien alguno (5).

**392.** El embargo, puede impedirse ó alzarse por los mismos medios que la prision, incluso el depósito de una cantidad igual á la señalada por el juez en el decreto de embargo. Puede tambien surjir la reclamacion de un tercero, pretendiendo que todos ó algunos de los bienes embargados son suyos (6). Todos estos reclamos cuando tienen lugar se oyen por cuerda separada, sin perjuicio del auto de embargo, que es ejecutivo, y que de consiguiente no admite apelacion en el efecto suspensivo (7).

---

(1) Regl. cit.

(2) Ibid. n. 22, y L. 13, tit. 10, lib. 4, R. C.

(3) L. 3, tit. 10, lib. 4, R. C. Los autores agregan el caso de alimentos ó defensa del procesado (Vilan. lug. cit.)

(4) Escriche, juicio crim. § 25.

(5) Escriche, lug. cit.

(6) Esto es lo que se llama *terceria* en el derecho.

(7) Vilan. lug. cit. n. 93 y siguientes.



## TÍTULO II.

### INCIDENTES DE LA TRAMITACION.

#### CAPÍTULO I.

##### SOBRESEIMIENTO.

**393.** Sobreseimiento es la cesacion ó terminacion prematura de la causa; lo que puede suceder, por la amnistia ó el indulto; por el perdon ó transaccion en ciertos delitos privados; por la muerte del acusador ó acusado, por no resultar del proceso prueba bastante; por ser maliciosa la acusacion contra tal persona, aunque conste el delito; ó por reconocerse el acusado culpable é implorar la benignidad del tribunal, en cuyo caso, siendo la causa leve, se resuelve el sobreseimiento, oido el actor y fiscal (1).

**394.** La providencia puede usar de las palabras *sobresease*, ó *archicense los autos*, que envuelve un sobreseimiento tácito. Cuando se hace interinamente, puede decirse tambien *por ahora y sin perjuicio* (2). Pero antes de cumplirse se consulta con el Superior, quien resuelve sin audiencia de partes, ni escritos de ningun jénero, oyendo solamente al Fiscal (3). Antes de elevarse los autos debe notificarse tambien la providencia al procesado; agraviado y agente fiscal. Al procesado es indispensable sobre todo siempre que el sobreseimiento contenga alguna pena por leve que sea: al agraviado, por la accion que tiene derecho á deducir; y al agente fí-

(1) Vilan. obs. 10, c. 2, n. 2 y siguientes.

(2) Vilan. lug. cit. n. 7.

(3) Acordada, 2 abril de 1821, art. 4, [Jud. n. 4.]





cal por los intereses públicos que este funcionario representa (1).

**395.** Confirmado ó no el sobreseimiento, se devuelven los autos al inferior; en el primer caso, para la ejecucion del auto (2); en el segundo, para que siga la causa todos sus trámites, segun las prevenciones que en la misma providencia hace el Tribunal.

**396.** Cuando los reos son varios, y el sobreseimiento recae solo respecto de algunos, se presentan dos caminos. Puede esperarse la sentencia para todos, ó puede consultarse el sobreseimiento por testimonio. Ambos medios tienen sus inconvenientes. Si lo primero, porque se mantienen hasta la sentencia las molestias del juicio criminal, sobre los que no las merecen. Si lo segundo, porque en caso de no confirmarse por el Tribunal, seria preciso reponer la causa, y solo seria parte en el incidente el reo ó reos comprendidos en el sobreseimiento, de donde naceria inevitablemente confusion y paralizacion. Por éste motivo, los autores aconsejan mucha circunspeccion en estos sobreseimientos parciales; y dicen que es preferible poner inmediatamente en libertad á los que no resulten cómplices desde las primeras declaraciones (3).

**397** Puede suceder tambien que el agente fiscal pida el sobreseimiento, y que el juez no lo crea compatible con las constancias del proceso. En esta emergencia, unos dicen que el juez debe obligarlo á deducir su acusacion; otros, que debe nombrarse un fiscal especial; y otros que bastará proveer un auto en que el juez diga que se hacen al procesado los cargos que del sumario resultan, cuyo decreto suplirá la acusacion. El primer recurso tiene el inconveniente de hacer forzosamente acusador al ministerio fiscal, contra el es-

(1) Escriche, juicio crim. § 75.

(2) Porque de esta resolucion no hay recurso, á menos que contenga condenacion al juez, escribano ú otro curial, ó persona que no sea el procesado, que entónces podría apelarse á la otra sala.

(3) Vilan. lug. cit.

piritu de las leyes. El segundo, de crear una especie de comision, que estaria bien en los impedimentos del Fiscal, pero no cuando este se ha pronunciado en favor del acusado. El tercero convierte al juez en acusador. Nos inclinamos sin embargo, á este último medio, porque esta objecion, que seria muy seria en otro sistema no lo es en el nuestro, en que el juez puede hacer cargos al reo en la confesion.



## CAPÍTULO II.

### JUICIO DE TACHAS.

**398.** Publicadas las pruebas puede convenir al acusado, ó acusador tachar como sospechosos los testimonios que le son respectivamente adversos. El juicio que se abre con este objeto es lo que se llama juicio de tachas, y cuando tiene lugar en los criminales en un todo semejante lo que pasa en el juicio civil. Decimos cuando tiene lugar en lo criminal, porque en el procedimiento de oficio este juicio es imposible, desde que se recibe á prueba *con todos cargos*, auto que suprime la publicacion. Nada obsta sin embargo que dentro del término de prueba, se tachen los testigos del sumario, y aun los del plenario, á medida que se reciban; pues pueden pedirse sus nombres, ó presenciar su juramento (1).

**399.** Tachas son las notas, defectos ó razones que se alegan contra los testigos, para disminuir ó destruir la fé de sus dichos (2). Estas notas pueden recaer sobre las personas prohibidas absoluta ó relativamente de testificar (3); sobre sus dichos, cuando no dan razon de ellos, ó son oscuros, singulares, inverosimiles ó falsos (4); ó sobre su exá-

(1) Tapia, t. 8, p. 170.

(2) L. 1, tit. y lib. cit.

(3) V. el n. 297 y 298.

(4) N. 296 y 302.



men, cuando se ha hecho sin las solemnidades debidas (1). En todas, es regla jeneral que no se admiten sinó son especiales y bien determinadas (2). Deben proponerse tambien dentro de seis dias despues de la publicacion (3), sin que de este término haya restitution; y el que las alega debe concluir protestando que no lo hace con malicia, sinó por convenir así á su defensa (4). Está mandado en fin que la parte que presenta el testigo no puede tachar despues su persona, sinó solamente su dicho (5).

**400.** Puestas las tachas en pedimento ó interrogatorio, porque la ley nada dice á este respecto, se corre traslado al acusador, y con lo que este y el agente fiscal dicen, el juez las rechaza si no son admisibles. Pero en el caso contrario, se reciben á prueba, por la mitad del término que se dió para la prueba principal (6).

**401.** El juez antiguamente podia cuando las tachas eran graves rechazar de oficio el testigo, en vez de recibir su declaracion para apreciarla despues. *Veruntamen, quod legibus omisum est non omittitur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integra frontis homo dixerit, perpendere* (7). Creemos que esto podria tener lugar todavia si se distinguen las tachas de las prohibiciones. Las tachas hacen nacer sospechas contra la sinceridad del testigo; pero como otras consideraciones pueden hacer cesar esta sospecha, su testimonio debe ser admitido, *vel propter personam a qua fertur, vel propter causam* (8). En las prohibiciones por el contrario el juez no tiene mas que examinar sinó el hecho de que la prohibicion existe.

(1) N. 205.

(2) Leyes 1 y 2, tít. y lib. cit.

(3) Leyes cit.

(4) Cañada, Juicio Ejecu. P. 1, c. 10.

(5) L. 32, tít. 16, P. 3.

(6) Leyes 1 y 2, tít. 8, lib. 4, R. C.

(7) L. 13, D. de testibus.

(8) L. 3, D. de testibus.

La probidad mejor sentada no puede entrar en balanza con la prohibicion de la ley (1).

### CAPÍTULO III.

#### REO AUSENTE Ó CONTUMAZ.

**409.** Los Romanos no se atrevian á juzgar á un ausente, porque decian que la equidad se oponia á condenar á uno sin oirle. *Divi Severi et Antonini magni rescriptum est, dicere una ley del Dijesto, ne quis absens puniatur: et hoc jure utimur ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari æquitalis ratio patitur* (2). Otra ley dispuso despues que siendo rebelde el reo á los edictos, pudiera imponérsele pena pecuniaria, y aun destierro (3). Pero no por esto era permitido, segun los intérpretes, hacer informacion *ad perpetuam rei memoriam* contra el contumaz. Solo se exceptuaban de esta regla los delitos de lesa majestad, concusion y castracion (4).

**410.** Siguiendo estas disposiciones, las Partidas establecieron tambien que no pudiera recibirse probanza contra el ausente sinó en ciertas causas (5). «Fueras ende si el yerro fuese de traicion ó de alevé ú otro alguno de aquellos sobre que pueden acusar al ome, e dañar la fama maguer sea finado» (6). El contumaz por regla jeneral solo era apremiado con prision en cualquier parte donde lo encontrasen, emplazamiento, edictos, publicacion del delito, embargo de bienes, multa ó confiscacion (7).

(1) Toullier, t. 9, n. 299.

(2) L. 1, tit. 17, lib. 48, D.

(3) L. 5, tit. 19, lib. cit.

(4) L. 21, C. de penis y 4, D. ad leg. Corn.

(5) LL. 2, in fin y 3, tit. 16, P. 3.

(6) L. 7, tit. 8, P. 3.

(7) Leyes 12 y 18, tit. 1, y 1, tit. 29, P. 7. Lo mismo dispone el derecho canónico [C. 1, prescripta, causa 2, quest. 8.]





**404.** Es en el Fuero Real donde por primera vez se encuentra permitido el juicio y sentencia contra el reo ausente de todo delito capital, mandando que si al tercer plazo no comparece se le dé por autor (1). Despues, se fijaron los plazos y notificaciones por varias leyes del Estilo (2); y mas tarde estas disposiciones reunidas formaron la rey Recopilada (3), que es la que sirve hoy de base á todo este procedimiento, con las modificaciones que han introducido nuevas leyes, y que ha aconsejado la práctica (4).

**405.** Si la persona, dice esta ley, contra quien se hubiese de proceder criminalmente no pudiese ser habida, y el delito fuese de calidad que traiga secuestro, debe decretarse sin esperar pregon. Despues, se cita al reo por tres plazos de nueve en nueve dias, fijándose una carta de emplazamiento en lugar público. Esta carta debe contener el nombre del juez y del emplazado, el delito de que es acusado, y el término, pregones y rebeldias que se hubiesen hecho así como la fecha del edicto, pues desde ella corre el término (5). Si al primer plazo no comparece, incurre en la pena del *desprez* (6) y costas, siendo oido, si se representa hasta el segundo. No pareciendo tampoco al segundo, incurre en el *homecillo* (7), *desprez* y costas hasta el ter-

(1) L. 4, titl. 3, lib. 2, F. R. Si bemoa de creer sin embargo á Julio Claro, este procedimiento era conocido en toda Italia, antes de las reformas introducidas por el derecho canónico [J. Claro, q. 44, n. 10.]

(2) Leyes 47, 48, 60, 119, 140 y 148 del Estilo.

(3) Ley 3, titl. 10, lib. 4, R. C.

(4) Segun Montesquieu, este proceder se encuentra tambien en la ley Sálica. La palabra *contumax*, segun Ortolan, se deriva de *tumere*, como cuando Tácito decia: *Gallia tumens*, las Galias se hinchan, para significar que se aprestaban á la insurreccion, ó de *contemnere* y *contumelia* que entre los Romanos queria decir injuria ó ultraje [Elemens. n. 1841.] *Contumelia* es sinónimo de desobediencia en latin [Morin, Rep. v. *contumace*.]

(5) En la práctica, la fijacion de los tres edictos se ejecuta con solo el acto primitivo que lo ordena [Vilan. obs. 9, c. 3, n. 4.] El lugar público entre nosotros es el Cabildo y los diarios.

(6) Esta pena era de 60 maravedis, ó sea menos de un real plata [Gutierrez, Pract. t. 4, p. 350.]

(7) Ó 800 maravedis, que son menos de 35 reales [Gutierrez, lug. cit.]



cero. Pero de todas estas penas solo subsisten las costas (1).

**400.** Vencidos todos los plazos sin que se presente, lo que se anota por el escribano en el proceso, previo auto al alcaide de la cárcel, para que manifieste si se ha presentado, en su rebeldía se le señalan los *estrados* (2), á petición del acusador ó fiscal, se acusa en forma, y se manda responder dentro de tercero dia, como si el reo estuviese presente. Concluidos á su vez estos tres dias sin comparecer ni defenderse, se tiene el pleito por concluso, se recibe á prueba por un término que no exceda del de las causas civiles, y se publica la rendida con término de tres dias para tachar y decir de bien probado. En seguida se pronuncia la condenacion si «por el proceso pareciese que hay probanza bastante, ó que además de la fuga hay tal probanza ó informacion que baste para poner á tormento (3).

**401.** Esta condenacion no es definitiva. Si el reo se presenta antes de la sentencia ó dentro del año siguiente pagando costas, desprez y homecillo, es oido todavia sobre las penas corporales y pecuniarias. Todas las pruebas sin embargo tendrán fuerza y vigor, como si fuesen hechas en juicio ordinario. Mas, si pasado el año no ha comparecido, las penas pecuniarias se ejecutan, y ya no puede ser oido sinó sobre las corporales (4). La ley concluye revocando la séptima de los emplazamientos en las Partidas que castigaban al rebelde con la pérdida de sus bienes, sin oirlo (5).

**402.** Los autores enseñan, además, como complemento

(1) Cat. leg. cit.

(2) Palabra técnica, que quiere decir, que en adelante todas las notificaciones se entenderán con el mismo juzgado. [Escriche, juicio crim. contra reos ausentes, § 6 in fine.]

(3) L. 3, tít. 10, lib. 4, R. C. Esta condenacion se consulta como todas, y en el Tribunal vuelve á repetirse la notificacion á los estrados hasta el fallo definitivo.

(4) Si el acusado moria dentro del año, en los casos, en que el delito no se extinguia por la muerte, los herederos eran oidos sobre las penas pecuniarias.

(5) L. 3, tít. 10, lib. 4, R. C.



de este juicio: 1º Que si empezado, se acumula otro delito, ó si en los primeros edictos se omitió espresar el delito, debe hacerse nueva citacion (1); 2º que si la causa es mixta de ausentes y presentes, ó hay peligro de que haciéndose el llamamiento, no puede capturarse el reo, se retarden los edictos hasta la confesion de los presentes (2); 3º que antes de pasar al plenario, puede el agente fiscal pedir el sobreseimiento siempre que no resulten cargos bastantes, ó que el emplazado aparezca acreedor solamente á una pena extraordinaria (3); 4º que tanto en los juzgados inferiores como en el Tribunal Superior, la sentencia condenatoria debe pronunciarse con la calidad de ser oido el reo, si fuese aprehendido ó se presentase (4); 5º que esta sentencia no es ejecutiva, ni tiene mas efecto que de una citacion hasta pasado el año, excepto los casos de absolucion ó sobreseimiento que producen una decision irrevocable (5); 6º que comparciendo el reo despues de la sentencia, no puede obligársele á seguir el juicio, si se conforma con ella, exceptuando si la pena impuesta fuese la capital, segun la regla *ne-mo auditur perire volens* (6); 7º que el reo menor puede pedir restitution de estos términos (7).

**409.** Es una cuestion muy debatida entre los autores, si el ausente podrá constituir procurador. La opinion mas comun es desfavorable (8), pero admite lo que se llama en el derecho un *escusador* «que lo quisiere defender, razonar ó mostrar por él alguna excusanza derecha porque non pue-

(1) Vilan. Obs. 9, C. 3, n. 5.

(2) Vilan. lug. cit. n. 2 y 7. En este mismo caso, la sentencia que regularmente se dá á un tiempo, se ejecuta en los presentes, y se notifica á los estrados por los ausentes.

(3) Escriche, Diccionario, juicio crim. contra reos ausentes.

(4) Escriche, lug. cit.

(5) Vilan. lug. cit. n. 12.

(6) Escriche, lug. n. 10 y siguientes.

(7) Gutierrez, P. C. lug. cit. n. 19.

(8) Contrá G. Lopez, gl. 11, L. 12, tit. 5, P. 3, y Tapia, t. 8, p. 211 y siguientes.



de venir» (1). La razón de la diferencia es porque el procurador hace suya la causa, y admitido, no podría tratarse al reo como ausente (2). El escusador por el contrario puede ser el pariente que tiene derecho de apelar de la pena de sangre (3) y cuyo objeto es únicamente informar al juez, á quien las leyes recomiendan averiguar la verdad por cuantos medios estén á su alcance (4). Según las Partidas parece que no puede admitirse el procurador en los pleitos de muerte, perdimiento de miembro ó destierro, pero si en los demás (5). En la práctica, sin embargo se resiste el escusador mismo (6) siguiendo una ley Recopilada sobre los alcaldes de hermandad (7).

**410.** En estas causas tenia lugar antiguamente respecto de ciertos delitos enormes, como el asesinato (8), lo que se llamaba la *proscripción* (9) que era un bando ó pregon público, en que se daba facultad á todos para prender, y presentar vivo ó muerto el reo mediante un premio (10). De cuyo auto no habia apelacion, según los autores (11). Por el Fuero Real y las Recopiladas, cuando el acusado era condenado en rebeldía á pena capital, el acusador, pasados tres meses tenia derecho á pedir que el juez lo diese por *enemigo*, y hecha esta declaracion, podia llevar por sí mismo

(1) LL. 12, tít. 5, P. 3, y 6, tít. 1, P. 7. Pudiendo ser *escusadores* hasta los menores de 25 años y las mujeres. V. tambien las LL. 6, tít. 23, P. 3, y 3, tít. 10, lib. 4, R. C.

(2) Vilan. lug. cit. n. 14. La Curia distingue de procurador, defensor y escusador [P. 3, § 18, n. 5.]

(3) L. 6, tít. 23, P. 3.

(4) L. 3, tít. 10, lib. 4, R. C.

(5) L. 12, tít. 5, P. 3, a contrario sensu.

(6) Gut. Pract. crim. p. 354, n. 20.

(7) L. 9, tít. 13, lib. 8, R. C. Esta ley sin embargo es de 1486, mientras que la otra es de 1503.

(8) L. 3, tít. 28, P. 7. «E si por aventura fuyese, damoslo por desafío de nos, e qualquiera que lo mate non haya pena». V. tambien la L. 47 del Estilo.

(9) *Caput lupinum gerentes*, en el derecho inglés.

(10) Vilan. Obs. 9, c. 3, n. 15.

(11) Farin, q. 103.

á efecto la sentencia, salvo si el juez lo prendia ó se presentaba espontáneamente (1). Pero los tribunales no se consideran ya con esta facultad, ni ella seria conciliable con nuestras instituciones. El mismo juicio del reo ausente, bien considerado, debia reputarse abolido (2).



## CAPÍTULO IV.

### ESTRACCION DEL ASILO.

**411.** El asilo eclesiástico, como dijimos antes, casi no existe (3); pero si se presentase alguna vez el procedimiento determinado por las leyes es el siguiente.

**412.** Luego que el juez supiese el hecho debe pasar á extraer al reo con noticia del Rector, párroco ó Prelado (4), bajo caucion de palabra ó por escrito, segun lo exija el re-traido, de no ofenderle en su vida ni en su miembros. En seguida, lo pondrá en cárcel segura y procederá á la averiguacion del motivo del retraimiento. Si resulta que es leve ó voluntario, le corregirá prudentemente y pondrá en libertad. Pero si apareciese exceso acreedor á pena formal, hará el sumario correspondiente, y evacuada la confesion y citas en el término de tres dias, se remiten los autos á la Audiencia, que pasa todo al fiscal, y con lo que este dictamina, providencia segun la naturaleza de los casos (5).

**413.** Siendo el delito de los no exceptuados, el efecto del asilo es disminuir la pena que no podrá pasar de diez

(1) Véase á Llamas en la ley 76 de Toro.

(2) La iglesia aparece haber reprobado este exceso desde el siglo 13, [J. Hélie, instr. crim.]

(3) N. 62, y Mathau, de re crim. controv. 78, n. 135.

(4) Este permiso no era usado en Aragon [n. 12, tit. 4, lib. 1, Nov. Recop.]

(5) Céd. de 15 marzo de 1787 comunicada á la Audiencia de Buenos Aires, Jud. n. 34 y 35.

años de presidio, ordenada por la misma Audiencia que al efecto retenia los autos. Pero en caso contrario, se devuelven los autos al inferior, para que con copia autorizada de la culpa, y oficio en papel simple, pida al eclesiástico la consignacion formal y llana entrega. Al mismo tiempo se pasa acordada al Prelado territorial, para que facilite el pronto despacho. La entrega del reo debe hacerse dentro de 24 horas; y si el eclesiástico la negase, tiene lugar entonces el recurso de fuerza, que debe deducir el Fiscal de la Audiencia, en virtud de la cuenta que dá el inferior con remision de autos. Está mandado en fin de un modo espreso, que este recurso se decida sin demora (1).

414. Si el fiscal cree que no hay fuerza, pone su respuesta, diciendo: *el fiscal lo ha visto*. Luego se pasan los autos al Relator, y decide el Tribunal; con lo que termina el espediente que no admite apelacion (2). El juez eclesiástico no puede tampoco publicar censuras contra el juez seglar por esta razon (3).

## CAPÍTULO V.

### ACUMULACION DE PROCESOS.

415. El principio de la continencia de la causa rije en lo criminal, como en lo civil. Así en la primera parte vemos que la acumulacion de procesos podia tener lugar en testimonio por la reincidencia que obliga á aumentar las penas (4), ó por la acumulacion de estas mismas en los casos que las leyes la permiten (5).

(1) Céd. cit. V. tambien la Curia P. 3, § 12, n. 45 y siguientes.

(2) Escriche, v. asilo.

(3) Céd. 19 Noviembre de 1771. Elizondo, Pract. crim. t. 4, p. 431, n. 3.

(4) N. 149.

(5) N. 163.





**418.** Esta acumulacion puede tener lugar tambien : 1º cuando el delito es uno mismo, uno mismo el delincuente, y uno mismo el ofendido ; 2º cuando el delito no es idéntico, pero si el delincuente y el ofendido ; 3º cuando son distintas las personas ofendidas, pero uno mismo el delito (1).

**419.** Puede tener lugar además por la cosa juzgada, por la litispendencia, ó por reputarse los dos juicios jénero y especie (2). Pero aunque se divida la continencia de la causa, debe evitarse cuando la parte no la pide, porque el juez por regla jeneral no debe hacerlo de oficio, cuando actor y reo son de diverso fuero; ó cuando los procesos están en diversas instancias (3).

**420.** La acumulacion es indispensable para apreciar bien los elementos de cada delito, y evitar el escándalo de sentencias contradictorias. Pero no debe confundirse la *indivisibilidad* con la *conexidad*. El procedimiento es indivisible, cuando muchos individuos son acusados de un mismo delito y tienen una misma pena. Entonces no siendo el delito divisible por su naturaleza, no puede serlo tampoco el procedimiento. Por el contrario, el procedimiento es *conexo*, cuando muchos individuos son acusados de delitos de diversa naturaleza, entre los cuales hay relacion de forma, pero no de fondo. En estos casos, el juez ó jueces que conocen de estos hechos, deben ser libres en su procedimiento. Los hechos en si mismo no resisten la division, y esta podria ser útil á veces para la celeridad de los procesos (4).

**421.** No debe confundirse tampoco la acumulacion de procesos, con la de piezas de un mismo proceso. La separacion de estas tiene gravísimos inconvenientes en lo criminal : y por eso las leyes mandan que la causa, aunque sea contra

(1) Vilan, obs. 2, c. único, n. 7.

(2) Carleval, de jud. tit. 2, disp. 1.

(3) Escriche, acumulacion de autos.

(4) V. Morin, Rep. v. Indivisible.

diferentes reos se siga conjuntamente. « Los jueces no fagan mas de un proceso, aunque sean muchos los delincuentes, so pena lo contrario haciendo de todas las costas y daños que á las partes se siguiesen » (1).

400. Casos hay sin embargo en que la separacion de piezas puede ser conveniente. Los autores señalan como tales: 1º las causas de cómplices, en que convenga hacer un pronto escarmiento del reo, ó reos principales: 2º las mixtas contra reos ausentes y presentes: 3º cuando uno de los acusados pide el término ultra-marino para hacer una prueba que no ha de aprovechar á los otros: 4º cuando algun acusado no está complicado en el delito principal, sinó en un hecho accesorio; ó cuando no ha tomado parte en todos los delitos de que se trata (2).

401. La forma mas comun de practicarse la acumulacion es la siguiente: Si el reo manifiesta en su declaracion indagatoria ó de cualquier otro modo se supiese que ha sido ya procesado, se pide la remision de las piezas convenientes al juez que conoció el delito. Pero si la causa no estuviese finalizada, ó hubiese sido fallada en ausencia, puede acumularse la mas reciente á la mas antigua. Si esto mismo no es posible, se pide lo que se llama en la práctica el *tanto de culpa*, esto es, testimonio de las diligencias y pruebas favorables ó adversas al reo, y traído se agrega á los otros cargos, para juzgar con vista de todo (3).

402. Mientras está pendiente la acumulacion, nada debe hacerse por lo regular en el negocio principal, porque es artículo dilatorio. Los autores enseñan tambien que ella puede pedirse en cualquier estado de la causa; y aun que admita restitucion *in integrum*. Pero estas reglas no pueden tener una aplicacion rigurosa en derecho criminal (4).

(1) L. 12, tit. 1, lib. 8, R. C.

(2) Escribte, juicio crim. § 16.

(3) Escribte, lug. cit. § 46.

(4) V. Gut. Pract. lib. 1, q. 52, n. 4.





## CAPÍTULO VI.

## MUERTE DEL HERIDO.

**423.** Muchas veces iniciado un proceso de heridas, sucede que el que las ha recibido, fallece de ellas. En este caso si en la acusacion se comprendió la causa de la muerte, diciendo que la herida era mortal, ó protestando que si seguía la muerte, se impusiese la pena de ella puede proseguirse la causa simplemente (1). Pero si no se hubiese hecho así, los prácticos aconsejan que se amplie la acusacion, ó en su caso el *auto de oficio*, al delito de homicidio, haciéndose nuevo cargo al reo. Al efecto, el juez manda al escribano que ponga la correspondiente fé de muerte (2), y á los facultativos que le hayan asistido, que declaren si la muerte provino realmente de las heridas (3). Sin esto dicen los mismos no podria condenarse al reo como homicida.

**424.** Todas estas causas de heridas tienen además la particularidad de no recibir su fallo definitivo, sin que aparezca la muerte, curacion, ó estado cierto en que ha de quedar ó ha quedado el herido (4): mediante un nuevo reconocimiento en relacion con el primero que ha encabezado el sumario, y que se llama *fé de tibores* (5).

## CAPÍTULO VII.

## FUGA DE LA CÁRCEL.

**425.** En la primera parte vimos la naturaleza de este delito, y sus penas, segun las circunstancias de cada caso (6).

(1) Curia, P. 3, § 14, n. 5.

(2) O en su defecto un certificado del juez de paz [Jud. n. 3.]

(3) Si no hubiese facultativos, basta alguna persona inteligente [Jud. lug. cit.]

(4) Vilan. Obs. 11, c. 7, n. 34, V. tambien el art. 14, tit. 5, trat. 8, Ord. mil.

(5) Escriche, v. herido.

(6) N. 219 y siguientes.

Ahora nos toca solo explicar el procedimiento especial que se sigue con motivo de este incidente.

476. Luego que el juez tiene noticia del hecho, forma el correspondiente auto de oficio, y pasa á la cárcel á practicar los reconocimientos, y demás que haya lugar. Por el mismo auto manda poner preso al alcaide y cómplices (1). En seguida procede como en delitos de oficio, sumariamente (2), pero en pieza separada, para no interrumpir los autos principales. Debe sin embargo procurar concluir este incidente al mismo tiempo que la causa, para que la sentencia recaiga sobre todo (3).

477. Cuando la fuga es cometida por condenados constituye el delito principal, que se procesará acumulando la causa anterior como motivo de agravacion.

## CAPÍTULO VIII.

### CAUCION DE NON OFFENDENDO.

478. Las amenazas pueden dar lugar entre nosotros á una medida preventiva, reducida á que el adversario preste fianza ó seguridad de no ofender por si, ni por medio de otra persona. Esta caucion se llama de *non offendendo*, y hay derecho de solicitarla, segun la práctica, siempre que uno es amenazado gravemente. Pero para instarla ha de probarse por informacion sumaria, ó al menos con juramento, el temor y la amenaza que la causa; y sin elevarse á otro conocimiento mas alto el asunto, se defiende sumariamente á la solicitud y ejecucion de lo que se providencia (4).

(1) LL. 16, tit. 29, P. 7, y 7, tit. 26, lib. 8, R. C.

(2) «Y lo libre luego sin figura de juicio y sin alongamiento ninguno» (L. 12, tit. 23, lib. 4, R. C.)

(3) Vilan. Obs. 9, c. 4, n. 61 y siguientes.

(4) Pudiendo llegarse hasta el apremio de prision, si no hay otro remedio, dice Vilan. Obs. 11, 7, n. 39.



479. Según algunos esta caución solo dura treinta días; pero lo mas cierto es que depende del arbitrio del juez (1). Entre nosotros, la Policía arregla comunmente estas cosas, reduciéndose á apercibir al que ha hecho la amenaza, y á autorizar al amenazado á cargar armas.

(1) J. Clarus, q. 46, n. 6.





## LIBRO IV.

---

### DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

---

**430.** Los procedimientos explicados hasta aquí son los comunes en todas las causas de la jurisdicción ordinaria. Pero fuera de ellas hay otras que reconocen principios especiales, tales como las militares y eclesiásticas, las de los delitos de hacienda, las de los diputados, y las de imprenta. En las mismas ordinarias hay algunas que por su naturaleza ó pequeña importancia no observan muchas de las reglas explicadas, tales como las correccionales. Este es el objeto del presente libro que dividiremos en cinco títulos.

---

## TÍTULO I.

---

### EN LA JURISDICCION ORDINARIA.

---

### CAPÍTULO I.

#### ANTE EL JUEZ DE PAZ.

**431.** Los jueces de paz, como vimos en otra parte, solo pueden conocer de la acción civil de ciertos delitos, de la vagancia, y en primera instancia del abigeato los de campaña (1).

(1) N. 106 y 107.



**433.** Por regla jeneral el juicio ante esta autoridad debe ser sumario y verbal (1), con apelacion á los jueces de primera instancia (2), y en la campaña al juez del crimen respectivo (3), quedando con su fallo concluido el asunto. Pero por una ley especial está mandado que esta apelacion no tiene efecto suspensivo en el juicio de vagos (4).

**433.** Las mismas reglas se observan en el caso de abiyeato, con estas diferencias: 1º que si el robo pasa de cierto número, ó el reo es reincidente, el sumario debe ser escrito, y remitirse despues con el reo á la cárcel, á disposicion del tribunal (5): 2º que probado el delito con dos testigos idóneos, ó confesion del reo, el juez de paz, acompañado de los dos vecinos que forman tribunal con él, puede condenar á la restitution del robo ó su valor, y á cincuenta azotes ó seis meses de presidio, que se ejecutarán sin apelacion, dice el decreto, dando cuenta al Tribunal (6).

**434.** Recusado el juez de paz entra á subrogarle su antecesor, ó el alcalde mas inmediato (7).

## CAPÍTULO II.

### ANTE EL JUEZ CORRECCIONAL.

**435.** El juzgado correccional entre nosotros es de creacion reciente y solo para la capital. Así, es que esta misma

(1) Ley 24 de Diciembre 1821, art. 9, y decr. 15 Enero de 1825, art. 1.

(2) Decr. 1º de julio de 1822.

(3) Ley de Noviembre 28 de 1853, art. 8.

(4) Ley de Octubre 30 de 1858, art. 3.

(5) Art. 4 y 5, Decr. 15 de Enero de 1825. Como esta remision tenia por objeto destinar la causa al juez en turno, parece que hoy la remision debia ser directamente al del crimen mas inmediato, si es que los jueces de paz conservan esta jurisdiccion.

(6) Art. 1, 2, 3 y 4, decr. cit.

(7) Art. 4, decr. cit.



jurisdiccion en la campaña corresponde, como dijimos en otra parte, á los jueces de paz (1).

**436.** Adscripto al juzgado correccional un escribano y letrado el juez, el procedimiento puede ser escrito. Pero la ley recomienda se haga verbal, en cuanto sea posible (2). De sus resoluciones hay apelacion á la sala de lo criminal, que debe interponerse dentro de tres dias (3). Otorgada, pasan los autos á dicha sala, la cual conoce del asunto sin mas recurso (4). Es de advertir además que en ella no se admiten alegatos por escrito, sinó solo informes orales (5).

**437.** Las leyes nada dicen del caso de recusacion de este juez, pero considerándole como los demás de primera instancia para ciertas causas, se aplicarian probablemente las mismas reglas (6).

### CAPÍTULO III.

#### ANTE LOS JUECES DEL CRÍMEN DE CAMPAÑA.

**438.** Los jueces del crimen de campaña, tienen territorio señalado, y jurisdiccion propia para conocer de todos los delitos que se cometen dentro de él (7). De igual jerarquía que los de la ciudad, y letrados como estos, sus procedimientos debieran ser los mismos. Pero en atencion á la falta de personal, y necesidad de una justicia mas pronta, las reglas comunes sufren algunas modificaciones.

(1) N. 110.

(2) Ley 6 de Octubre de 1857, art. 5. En los procesos por vagancia el procedimiento es forzosamente verbal, [ley de octubre 30 de 1858, art. 3º].

(3) Ley y art. cit. de 1857.

(4) Ley cit. de 1857.

(5) Ley de Setiembre 6 de 1859.

(6) Véase el n. 95 y siguientes.

(7) Cuando no hubiese juez del crimen, en el departamento, conocerá otro de los de campaña á designacion del tribunal [ley de Agosto 20 de 1857.]

**439.** Concluido el sumario, hecha la acusacion y defensa, la causa se recibe á prueba, si el caso lo requiere; pero en el procedimiento de oficio ha de ser forzosamente: *con todos cargos*. La ratificacion no es una formalidad necesaria, á no ser que, por las excepciones del acusado ó declaraciones mismas resultase indispensable este trámite (1). El término de prueba no debe tampoco durar mas de 40 dias (2).

**440.** Pronunciada la sentencia si alguno apelase, se intimará al reo que comparezca al tribunal por medio de apoderado, dentro del plazo prudencial que se le señala (3). Si ninguno fuese nombrado, ó el nombrado no compareciese, el reo será defendido por el abogado de pobres (4). Si no hubiese apelacion, la causa se remitirá siempre en consulta al Tribunal, pero sin el preso, á menos que aquel lo ordenase despues (5).

---

## TÍTULO II.

---

### EN LOS TRIBUNALES MILITARES.

---

#### CAPÍTULO I.

##### CONSEJO ORDINARIO.

**441.** La justicia se administraba antiguamente en el ejército por un auditor jeneral (6), hasta que Felipe V, en 1701 concedió los consejos de guerra. Esta Ordenanza confirmada

(1) Ley 28 de Noviembre de 1853, art. 9 y 10.

(2) Ley cit. art. 12.

(3) Ley cit. art. 12.

(4) Ley cit. art. 13.

(5) Ley y art. 12, cit.

(6) Colon, juzgados militares, t. 3, p. 1.



en 1768 por Cárlos III, es la que actualmente rije. Segun ella, los consejos se dividen en ordinarios y de oficiales jenerales (1). Aquí solo trataremos de los ordinarios, dejando para el capítulo siguiente los de oficiales jenerales.

**449.** Luego que llega á noticia de un jefe militar que se ha cometido un delito de los que debe conocer un consejo de guerra, por querella del agraviado, ó por denuncia de los subalternos, nombrará al ayudante ú oficial que juzgue conveniente para que instruya los primeros procedimientos y haga las funciones de juez fiscal (2).

**443.** El oficial nombrado no puede escusarse de admitir el cargo, si no es por justa causa, como ser pariente del procesado, enemigo público, tener que ser testigo en el proceso, ó recaer la Comandancia del Regimiento en él (3). Tomando en seguida las instrucciones de su jefe, presenta un memorial al Capitan Jeneral refiriendo el hecho, circunstancias, dia y hora en que se cometió el delito, y el nombre del reo ó reos, y pidiendo la vénia necesaria para hacer las informaciones y poner al reo en consejo de guerra (4). El memorial decretado sirve de auto cabeza de proceso (5), y despues sigue el nombramiento de escribano hecho por el Fiscal, para cuyo encargo se nombra cualquier sarjento, cabo ó soldado (6). La causa se escribe en papel sencillo, numeradas las hojas, y rubricadas por el Fiscal, si la causa fuese de gravedad y el reo lo pudiese, poniendo en la cubierta, el

(1) Caravantes, Juicios militares, p. 148.

(2) Ordenanza militar, trat. 2, art. 4 y 5, tít. 12 y trat. 8, tít. 8.

(3) Art. 4, tít. 12, trat. 2 y 5, tít. 5, trat. 8.

(4) Si no se sabe quien es el reo se empieza la sumaria con la órden del Comandante, y luego que resulta se suspende y remite para obtener la licencia.

(5) Con la filiacion del reo ó reos.

(6) Este escribano jura antes guardar sijilo, y en lo demás procede como cualquier otro, presenciando y dando fé de todo, con el ante mí de estilo [art. 9, tít. 5, y 7, tít. 9, trat. 8. Ordenanza militar y art. 9, tít. 3, trat. 5, Ordenanzas de la Armada.]





lugar, año, rejimiento y persona contra quien se forma el proceso, delito, día y nombre del fiscal y escribano (1).

**444.** Por punto jeneral, la ordenanza admite á exámen todos los sujetos que por indicios, declaracion de los que hicieron la prision, noticia del acusante, ó conocimiento del que forma el proceso, pareciese que puedan y deban contribuir con su declaracion (2). En toda causa, además, deben llamarse dos sargentos ó cabos de la compañía del reo, á quienes fuera de las preguntas de costumbre, se les interroga sobre si saben que al criminal se han leído las ordenanzas, si ha pasado revista de comisario y hecho servicio (3). Si los testigos están ausentes se examinan por exhortos, que se remiten por medio del Ministerio de la Guerra. Si es necesario poner preso al reo, se le detiene en un cuartel, registrándole antes, por si se le encuentra algun instrumento justificativo del delito (4). Conviene tambien advertir que desde el momento que se presenta el memorial, no tiene ya el fiscal dependencia del Comandante, y que en cualquier duda sobre testigos y demás diligencias debe ir en derecho al Capitan Jeneral (5).

**445.** Las demás diligencias de inspeccion ocular, exámen de peritos, formalidades de las declaraciones, careo y confortacion, son comunes en todos los juicios criminales. Solo advertiremos que en los juicios militares, concluidas estas diligencias y la declaracion indagatoria, se tiene por concluida la sumaria. Así, terminadas el fiscal forma su opinion sobre la causa, y manda sobreseer ó continuar su curso (6).

(1) Caravantes, lug. cit. p. 152.

(2) Art. 16, tit. 5, trat. 8, Ord. militar.

(3) Con tal que sean los sargentos ó cabos de la compañía, estos testigos pueden ser los mismos de la justificación del delito, á quienes se les hará la pregunta al fin de su declaracion. [Caravantes, lug. cit. p. 176.]

(4) Caravantes, lug. cit. p. 191.

(5) Colon, juzgados Militares, t. 3, p. 8, n. 18.

(6) Este sobreseimiento puede decretarse ó con la calidad de *por ahora*, cuando no resulta delincuente, aunque consta el delito; ó con la *cláusula* de que la formacion del proceso no sirva de tacha, si aparece su inocencia;



Si decide la prosecucion, propone que se le autorize para ello en plenario, por ser de la competencia de consejo de guerra el fallo de la misma. Al efecto, se pasan las diligencias practicadas al jefe que nombró el Fiscal, y este al Auditor, quien espresa si halla arreglado á las leyes el dictámen fiscal. Si resulta de aqui una providencia definitiva, se tiene por terminada la causa; mas si ha de pasarse á consejo de guerra, debe hacerse saber al acusado, y procederse al nombramiento del defensor (1).

**446.** El defensor ha de ser precisamente del mismo cuerpo del criminal, y aunque sea menor de 25 años no puede excusarse sin lejitimos motivos (2). En seguida se procede á la confesion con cargos, segun las reglas esplicadas para todos los juicios criminales. Notarémos únicamente que en este acto el reo puede recusar al fiscal y escribano. Si recusa al fiscal, se le pregunta los motivos que tiene, se pone testimonio de ello, y se suspende la confesion y toda la sumaria, remitiendo y dando parte al superior de esta novedad, por medio de un memorial, y resolviéndose este incidente con dictámen del Auditor. En la recusacion del escribano, el fiscal resuelve por si solo (3).

**447.** Tomada la confesion y evacuadas las citas que en ella se hiciesen y no antes, pasa oficio el fiscal al defensor noticiándole su nombramiento y señalándole dia y hora para prestar juramento (4). Siguen las ratificaciones que debe

*ó simplemente, si no resulta probada la existencia del delito. Puede tambien resolverse con la imposicion de una pena correccional cuando el delito es de tan pequena importancia que puede castigarse por el Comandante ó Capitan General, sin necesidad de consejo de guerra [Caravantes, lug. cit. p. 210.]*

(1) Caravantes, lug. cit.

(2) Por tanto si el oficial nombrado no admite, se agrega al proceso su respuesta para que conste, y se procede á nombrar otro. Pero si el motivo fuese tal que se dude de su lejitimidad, se dá parte á la superioridad, para que determine lo que convenga. [Caravantes, lug. cit. p. 212.]

(3) Caravantes, lug. cit. p. 215.

(4) Art. 20, tit. 5, trat. 3, Ordenanza militar. En lo militar como en los juicios comunes el defensor puede hablar con el reo despues de la confesion [art. 39, tit. 5, trat. 8.]



presenciar el defensor (1), y el careo del reo con los testigos, que en los procesos militares es un requisito preciso (2). Para efectuar este, convoca el fiscal á todos los testigos; se hacen entrar uno por uno; y se pregunta al reo sin juramento si conoce aquel hombre, si sabe le tenga ódio ó mala voluntad, y si se conforma con su declaracion que se le lee (3). Segun la ordenanza parece que el defensor no debia presenciar este juicio del careo. Sin embargo, en la práctica asiste (4), siguiendo probablemente la ordenanza de marina (5).

**449.** Concluido todo, se eleva el proceso al Capitan Jeneral, quien lo pasa al Auditor para dictaminar sobre si está ó no bien arreglado, antes de proceder á la formacion del consejo. Hallado conforme se devuelve al Fiscal quien pasa los autos al defensor, y en seguida vuelven al Fiscal para exponer su conclusion. Si el Auditor hiciese algunos reparos, se enmiendan antes (6).

**449.** Segun la Ordenanza, en campaña el proceso se ha de sustanciar y determinar en 24 horas, y en guarnicion ó cuartel en tres dias (7); pero esta regla no puede ser tan jeneral que no admita sus excepciones. La misma Ordenanza dice: «cuando no concurren razones tan considerables que obliguen á diferirlo». Esta regla sobre todo no debe obstar á la defensa cuando los autos sean voluminosos (8).

**450.** Puesto el proceso en este estado, se procede á la celebracion del consejo. El número de jueces ha de ser impar y á lo menos de siete (9). Si no hubiese capitanes vi-

(1) Art. 22, tit. 5, trat. 8, Ord.

(2) Caravantes, lug. cit. p. 218.

(3) Art. 23, tit. 5, trat. 8. Ordenanza militar. En este acto no se incluyen los peritos.

(4) Caravantes, lug. cit. p. 220.

(5) Art. 18, tit. 3, trat. 5, que lo establece espresamente.

(6) Caravantes, lug. cit. p. 221. Sobre los deberes del fiscal y calidades de la conclusion, v. Colon, t. 3, p. 88.

(7) Art. 12, tit. 5, trat. ordenanza militar.

(8) Caravantes, lug. cit. p. 230.

(9) Art. 30, tit. 5, trat. 8, id. Pero nunca ha de nombrarse capitan ó

vos en número suficiente, se nombran del estado mayor, pudiendo suplirse con los de caballería, los de infantería y viceversa. Una vez reunidos, toma su lugar el Presidente, y sucesivamente los demás por su antigüedad, empezando por la derecha, y formando círculo, de modo que el más moderno se halle á la izquierda del que preside (1). Sentados por este orden se ponen sus sombreros, pero los demás oficiales y cadetes que asistan, como es de su deber han de estar en pié y descubiertos (2).

**451.** El que preside empieza dando cuenta de la razón porque se tiene el consejo. El Fiscal que debe estar sentado y cubierto á la izquierda del Presidente lee en seguida su memorial, filiación, informaciones, ratificaciones, careo de los testigos, y luego su conclusión (3). El defensor, debe también comparecer, y aunque la Ordenanza dice que el Fiscal lea la defensa (4), la práctica es que lo haga el mismo defensor (5). A la parte de afuera de la sala estarán prontos los testigos de la causa para comparecer siempre que se crea conveniente (6). Cuando todo esté leído, el Presidente propondrá al Consejo lo que juzgue en beneficio ó perjuicio del criminal, y en seguida cada vocal por su orden y sin confusión puede hacer sus objeciones, y preguntas al fiscal (7).

**452.** En este intermedio se manda venir al reo, en buena custodia, y concluida la conferencia, se le hace sentar en medio de la Junta en un banquillo sin respaldo (8). La Ordenanza exigía que se tomase juramento al reo. Pero en

subalterno de la compañía del reo, ni vocal, cuyo hijo, suegro ó yerno sea el defensor. No deben haber tampoco dos vocales hermanos.

(1) Art. 36, tit. 5, trat. 8, ordenanza militar.

(2) Art. 37, tit. cit.

(3) Art. 38 y 39, tit. y trat. cit.

(4) Art. 39, cit.

(5) Caravantes, lug. cit. p. 259.

(6) Art. 40, tit. 5, trat. 8, ordenanza militar.

(7) Caravantes, lug. cit.

(8) Art. 42, tit. y trat. cit.





el día no se toma á nadie por el artículo constitucional. El Presidente le pregunta si tiene algo que decir en su descargo. Los demás vocales le hacen tambien las preguntas que quieren. Cuando no haya mas que preguntarle, se vuelve á llamar al sarjento para que con la misma custodia lo restituya á la prision. Se despeja luego el sitio (1) se procede á nueva conferencia para sentenciar, y mientras se estiende la diligencia de todo lo que ha pasado (2).

**453.** Concluida la última conferencia pide el Presidente á cada uno su voto. El último juez votara el primero, él de su izquierda despues de él, y así sucesivamente, subiendo hasta el que preside que será el último, y valdrá por dos cuando vote por la vida (3). Este voto se dá levantándose y quitándose el sombrero, y se escribe y firma al pié de la diligencia de haberse juntado el consejo. Si hubiese un voto mas á muerte que á otra pena menos grave ó á ser absuelto, sufrirá la de muerte (4). Si los votos estuviesen divididos en tres penas, ó en dos y absolucion, de modo que la muerte tenga tantos como la vida, sufrirá la que tenga mas votos de los que le libertan la vida (5). Si la mitad fuese á muerte y la otra á vida, dividiéndose esta en dos penas por igualdad de votos, se impondrá la que sea mas grave de las dos (6). Contados los votos y vista la pena que decide la pluralidad, hará el fiscal estender la sentencia, y todos la firman, aunque hayan votado en contra. Pero no se propalarán los votos fuera del consejo (7).

**454.** Fallada la causa, la pasa de nuevo el fiscal al Capitan Jeneral, quien oye al Auditor, y la aprueba ó no, lle-

(1) Art. 43, id.

(2) Caravantes, lug. cit. p. 259.

(3) Art. 45, tit. 5, trat. 8, ordenanza militar.

(4) Art. 52, id.

(5) Art. 53, id.

(6) Art. 54, tit. 5, trat. 8, ordenanza militar.

(7) Art. 56, id.

vándose á ejecución en el primer caso (1). Si la sentencia es de muerte se nombra inmediatamente una guardia de 18 á 20 hombres, y no se ejecuta hasta el inmediato día en guarnicion ó cuartel (2). Para la ejecución se forma todo el rejimiento de que fuese el criminal y piquetes de otros cuerpos. El rejimiento forma en lugar preferente (3). Llegada la hora, se trae al reo con la cuarta parte de la compañía, que ha estado de guardia, y á toque de tambor se publica el bando (4). Los demás detalles pueden verse en la misma Ordenanza (5). Solo advertiremos por conclusion que cuando los delinquentes merecedores de la muerte son muchos, se procede al sorteo (6).



## CAPÍTULO II.

### CONSEJO DE OFICIALES JENERALES.

**455.** El conocimiento y castigo de los delitos de los oficiales desde subteniente inclusive corresponde al consejo de guerra de oficiales jenerales (7): cuyo número no debe ser menos de siete ni exceder de trece, elijiéndose en defecto de jenerales (8), asistiendo siempre el Auditor de guerra como Asesor del Consejo, sin voto en él (9), no pudiendo tampoco excusarse sin lejitimos motivos (10).

(1) Art. 60, id.

(2) En campaña puede abreviarse este término, segun las circunstancias [art. 60 cit.]

(3) Art. 63, id.

(4) Art. 61 y 62, id.

(5) Art. 64 y siguientes, V. tambien á Caravantes, juicios militares, p. 274 y siguientes.

(6) Caravantes, lug. cit. p. 277.

(7) Art. 1, tit. 6, tret. 8, ordenanza militar.

(8) Entre nosotros v. ley de setiembre 6 de 1813 y octubre 19, del mismo.

(9) Su lugar es el último [art. 2, id.]

(10) Art. 3, id.



**456.** El Fiscal lo es un oficial capaz, quien procede como en los consejos ordinarios con algunas pequeñas diferencias debidas al rango del acusado. Puesta la causa en estado, se reúne el Consejo, y si este cree necesario que comparezca el reo, ó lo pide él mismo, será conducido por un ayudante; y entrando sin espada, y acompañado de su procurador, espondrá sentado en un taburete raso lo que crea conveniente. Leída despues ó antes la defensa, se retira y entra á votarse. Si el reo es condenado á muerte, se dan las órdenes convenientes para que la sufra al tercer dia, tomando las armas la parte de tropa que se crea necesaria (1). Las demás formalidades hasta el acto de la ejecucion se practican como con los demás reos que sufren dicha pena (2).

**457.** Cuando un oficial hubiese cometido un delito tan detestable, por el que merezca la pena de degradacion de los honores militares, se ejecutará el acto en esta forma: Tomará las armas todo el rejimiento de que fuere el reo, y marchará con sus banderas ó estandartes á formar en el paraje que se prevenga (3), é irá tambien una compañía de todos los demás cuerpos, para formar el cuadro. En seguida una compañía de granaderos con un ayudante pasará á la prision y conducirá el criminal, que deberá estar vestido de uniforme completo, llevando su sombrero y espada los soldados que le conduzcan (4). Llegado al puesto, promulgado el bando, y leída la sentencia, dispondrá el fiscal que le pongan el sombrero y le ciñan la espada. Se toca un redoble largo, y reinatado, el sarjento mayor se encara al reo, y sucesivamente le manda despojar del sombrero, espada y uniforme (5). Hecho esto se le conduce al tablado, y dejándole un rato con el confesor para reconciliarse, se ejecuta la sen-

(1) Art. 4 y siguientes, tit. 6, trat. 8, ord. mil.

(2) Caravantes, lug. cit. p. 296. Sobre el consejo de oficiales generales en campaña, véase el art. 31 de la ordenanza.

(3) Art. 1, tit. 9, trat. 8, ordenanza militar.

(4) Art. 2 y 3, id.

(5) Art. 5 y 6, id.

tencia. Pero cuando esta fuere sin preceder degradacion, se conducirá al patibulo en la forma ordinaria con su uniforme, y se procederá como con los demás reos que sufren esta pena (1).

### CAPÍTULO III.

#### REO AUSENTE.

**458.** Cuando los reos se ausentan, previene la ordenanza que se les llame por edictos, por el término de un mes, repitiéndose por tres veces (2). En caso de no presentarse dentro de los treinta dias, se pasa á la ratificacion estendiéndose diligencia, y concluida esta se junta el consejo, y sentencia en rebeldia (3). Firmada la sentencia por todos los jueces, se guarda el proceso, sin perjuicio de practicarse las diligencias para la aprehension del reo; y si es capturado, se le toma la confesion. En seguida se le nombra defensor, y se hace el careo, formándole nuevamente consejo (4).

### CAPÍTULO IV.

#### SUMARIAS SIN CONSEJO DE GUERRA.

**459.** Los jefes como principales responsables de la disciplina de sus cuerpos, tienen facultad por la Ordenanza, para castigar correccionalmente las faltas de sus subalternos en algunos casos (5), dando parte á la autoridad su-

(1) Art. 8, id.

(2) Art. 70, tit. 5, trat. 8, ordenanza militar.

(3) Art. cit.

(4) Caravantes, lug. cit. p. 280.

(5) Tít. 15 y 17, trat. 2, Ord. mil.





perior (1). Los oficiales mismos no pueden pedir consejo de guerra para sincerar su conducta, sinó en los casos graves de que habla la Ordenanza (2). En los demás, si se sienten agravados, se dirigirán al Superior de quien dependen, para que precedidos los informes que crea necesarios, determine lo que sea justo, escusando la formación de sumarias (3).

**460.** Para levantar estas sumarias, basta la órden del Comandante (4), comisionando á un ayudante ó cualquier otro oficial. El oficial comisionado nombra un escribano, y pasa á tomar las declaraciones convenientes, y la indagatoria y confesion, sin necesidad de defensor. Concluido esto y la evacuacion de citas se tiene por celebrada la causa en sumario, sin necesidad de ratificacion ni careos, que es solo para cuando ha de juzgarse el reo en consejo de guerra. En seguida, pone el ayudante su dictámen, y lo pasa todo al jefe, quien aplica la pena correspondiente, con acuerdo del Auditor, ó sin él. Las penas aplicables son arrestos ó represiones (5).

## TÍTULO III.

### EN LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS.

#### CAPITULO ÚNICO.

**461.** Nada mas sencillo por la antigua disciplina que el proceder de los juicios eclesiásticos. Colocado el Obispo

(1) Dentro de 24 horas. V. tambien la ley de Octubre 19 de 1813. [Red. de la Asamblea Nov. 20.]

(2) Tít. 6 y 7, trat. 3, Ord. mil.

(3) R. Ord. 25 abril de 1789 comunicada á Indias 6 de mayo del mismo año, y á la Armada el 8 (Caravantes, Juicios mil. p. 310.)

(4) Esta órden puede ser verbal ó escrita.

(5) V. art. 4 y 7, tít. 40, 8, 9 y 11, tít. 16, 4 del tít. 17, trat. 2 y art 1, tít. 8, trat. 3, Ord. mil.

entre los presbíteros, sentenciaba con arreglo á justicia y equidad, sin atender á trámites (1). Pero esto solo duró diez siglos. Agobiados despues por el número de procesos tuvieron que ocurrir á las fórmulas del derecho romano, modificadas con algunas reformas que en el siglo XII introdujeron los decretos pontificios, pasando de aquí á las leyes españolas (2).

**462.** El procedimiento es en jeneral el mismo que dejamos estudiado para los tribunales seculares. Puede empezar por acusacion, por denuncia, ó por averiguacion de oficio. La acusacion es pública tambien, y la pesquisa puede ser jeneral ó particular. *Habeant episcopi singularium urbium ipsius diocesis liberam potestatem adulterii et scelera inquirere, ulcisci et judicare* (3). Sin embargo, la Iglesia tiene establecidas algunas reglas especiales, que haremos notar brevemente.

**463.** Los Obispos pueden en ciertos casos proceder gubernativamente imponiendo penitencias y censuras por providencia preventiva y no por sentencia judicial. Tales son, cuando es preciso prevenir un delito, castigar la falta de un eclesiástico, ó apartarle de un jénero de vida contrario á la honestidad de su estado (4). Debe advertirse tambien que aunque la iglesia tiene facultad para castigar los delitos eclesiásticos, nunca puede imponer la pena de muerte (5). En los tribunales ordinarios además la pena se aplica, aunque el delincuente se arrepienta. No así en los eclesiásticos, por lo mismo que la iglesia castiga hechos que la ley comun no comprende en sus prescripciones, por referirse á la conciencia. La justicia secular, en fin puede imponer la pena, por si

(1) Cavalerio, P. 3, c. 15.

(2) El cotejo de dichas leyes con el libro 2 de las Decretales, lo demuestra patentemente Aguirre, Curso de disciplina eclesiástica, lib. 3, sec. 4.

(3) C. 1, de off. ordin. [Conc. Trid. ses. 7, c. 8, y sess. 24, c. 2 de reform.]

(4) Berardí, tit. 4, disert. 3.

(5) Esta prohibicion es absoluta.



misma, por grave que sea; mas la iglesia necesita implorar el auxilio del brazo seelar, porque de otro modo sus decretos no son ejecutables (1).



---

## TÍTULO IV.

---

### EN EL GOBIERNO POR LOS DELITOS DE HACIENDA.

---

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**464.** Delito de hacienda es toda sustraccion fraudulenta ó violenta de las rentas del Estado. Así, pertenecen á este jénero la falsificacion de sellos, la concusion, el peculado y contrabando. De ellos hemos tratado con todos los delitos comunes (2), porque en efecto nada los distingue. Pero en el procedimiento, estos delitos, aun despues de la abolicion del fuero, reconocen la jurisdiccion privativa del Poder Ejecutivo siempre que sean cometidos por los empleados de hacienda en el ejercicio de sus funciones (3). Con excepcion sin embargo del contrabando, de que conoce en primera instancia, el Gobierno remite comunmente el juzgamiento de estas causas á los tribunales ordinarios, despues de levantar un sumario administrativo para la averiguacion del hecho y delin-

(1) Leyes 11, 12 y 13, tít. 10, lib. 1, R. I. Auxilio que se solicita por peticion y no por requisitoria [L. 13, cit.]

(2) Tít. 6.º de la 1.ª parte.

(3) Ley de Julio 5 de 1823, art. 6.

cuenta. Hablaremos pues solo del procedimiento que se emplea en el contrabando (1).

**465.** Sorprendido el contrabando, se da parte (2), y se manda depositar los efectos en almacenes, no entregándose durante el sumario sinó bajo fianza, si lo pidiere así el interesado (3) prévio exámen y avaluo (4). En seguida se procede breve y sumariamente á la ratificacion de los que lo han descubierto, y declaracion del dueño de las mercaderias, ó de un dependiente suyo (5).

**466.** Vestido así, y con las demás declaraciones que sean posibles, ó se crean necesarias, despues de oido el interesado si quiere, á cuyo efecto se le da vista, por la Aduana misma, se eleva el sumario al Gobierno, quien lo pasa al fiscal, y en seguida al asesor (6). El Gobierno con vista de todo pronuncia su fallo, apelable para ante el Tribunal Superior en sala plena, debiendo sostener allí la resolucíon del Gobierno su fiscal (7). Esta apelacion se interpone dentro de cinco dias, como en los recursos ordinarios. Pero los interesados acostumbran ejercitar antes el llamado de reconsideracion (8), y solo cuando pierden este, introducen la ape-

(1) El procedimiento administrativo por lo demás no estaria en ningun caso sujeto á reglas inflexibles, que no son de la naturaleza de la administracion. Levantada la informacion se oiria al fiscal, acusado y asesor, y se pronunciaria sentencia.

(2) Si hay denunciador privado no se publique su nombre, decia una ley de Indias [L. 8, tít. 17, lib. 8, R. I.]

(3) Las leyes de Indias prohibian esto [L. 6, tít. 17, lib. 8, R. I.]

(4) Resolucíon de 4 de Octubre de 1858, que exceptua aquellos casos en que sea indispensable al esclarecimiento de los hechos, la detencíon de los efectos.

(5) LL. 42, tít. 18, lib. 6, R. C. y 10, § 24, tít. 30, lib. 9, R. C.

(6) Ultimamente se ha creado una Junta de Comisos, que conoce en 1.<sup>a</sup> Instancia, Decreto de Setiembre 1.<sup>o</sup> de 1859, y cuyas resoluciones se ejecutan sin mas trámite, si los interesados no reclaman, y la pena no excede de diez mil pesos [decret. de Diciembre 12 de 1859]. Hay casos tambien en que el Colector puede resolver por sí solo [acuerdo de 22 de Diciembre de 1858.]

(7) Ley de Setiembre 29 de 1857, art. 9.

(8) Equivalente á la revocacíon por contrario imperio.

jacion. Si la apelacion es admitida, el Gobierno mismo remite los autos al Tribunal.

**467.** Durante la reconsideracion como la apelacion, se suspende la distribucion del comiso, y las mismas especies comisadas que *servando servari possunt* se conservan sin venderse (1). Pero si no hay duda ó apelacion el asunto queda concluido con la resolucion del Gobierno (2).

---

## TÍTULO V.

---

### EN LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS.

---

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**468.** La jurisdiccion disciplinal de cada Cámara sobre sus miembros, la resuelven los reglamentos respectivos. Aquí solo tratamos del privilejio que tienen los diputados de no ser presos, ni procesados, sin que el cuerpo á que pertenecen autorice previamente el procedimiento (3), y de los casos en que el Senado puede convertirse en Corte de justicia (4).

**469.** Segun la Constitucion, cometido un delito por cualquiera de los miembros de las dos Cámaras, la justicia no puede proceder á su aprehension, exceptuando el caso *infra-*

(1) Céd. 26 de Junio de 1752 que es la nota 2 á L. 4, tít. 17, lib. 8, R. I. V. tambien la 13 del mismo tít. y lib.

(2) Antiguamente se remitia aun en este caso al Consejo el inventario, tasacion, remate y distribucion sin el proceso [Céd. 20 de Octubre de 1792, *ibid.*]

(3) 1ª parte, n. 520 y 521.

(4) Art. 33 de la Constitucion.

*ganti*, sin obtener previamente la competente autorizacion, y aun en ese caso está mandado que se dé cuenta inmediatamente con la informacion sumaria (1). Solicitada pues la entrega, ó dada esta cuenta, la Cámara debe reunirse, para tomar en consideracion el asunto.

**470.** La Cámara solicitada ó informada no es una corte judicial en este caso. Su mision se reduce á declarar por el voto de las dos terceras partes si hay lugar á formacion de causa, quedando el acusado á disposicion del tribunal competente, si la declaracion es afirmativa (2). Ella no necesita tomar un conocimiento pleno del asunto. Basta que el sumario acompañado ó la notoriedad del hecho le revelen, que no es una persecucion, si no la accion de la justicia que reclama al diputado.

**471.** Pero por nuestra Constitucion el Senado se constituye Corte de Justicia debiendo la Cámara de Diputados ser el acusador, para juzgar en juicio público al Gobernador y sus ministros, á los miembros de ambas Cámaras, y á los del Tribunal de Justicia, por delitos de traicion, concusion, malversacion de fondos públicos, violacion de la Constitucion ú otros crímenes que merezcan pena infamante ó de muerte (3). Un juicio pues se abre en toda forma, en que habrá prueba y defensa, en que el Senado tiene que pronunciar un fallo concienzudo. En él por lo tanto debiera terminar todo. Pero por una contradiccion chocante, este mismo fallo, «es al solo efecto, dice la Constitucion, de separar al acusado del empleo, quedando no obstante sujeto á acusacion, juicio ó castigo conforme á la ley» (4). ¿Para qué tanto aparato entonces, podria preguntarse? Estas pruebas, esta sentencia, ¿qué influencia tendrán en el nuevo juicio que debe abrirse? La

(1) Art. 44 de la Constitucion.

(2) Art. 45 de la Constitucion.

(3) Art. 24 de la Constitucion.

(4) Art. 33 de la Constitucion.



solucion á estas preguntas está exigiendo una aclaracion de los artículos constitucionales (1).



---

## TÍTULO VI.

---

### EN LOS JURADOS DE IMPRENTA.

---

#### CAPÍTULO ÚNICO.

**479.** El juicio y castigo del abuso de libertad de imprenta en 1ª y 2ª instancia correspondia antes esclusivamente á un *juri* compuesto de cinco ciudadanos, sacados á la suerte de los cincuenta que todos los años se elijen por la Municipalidad; pero hoy el ofendido tiene libertad para acudir á él, ó á los juzgados ordinarios para la accion privada (2).

**478** Si se escogiese el medio del jurado, ó se intenta-se la accion pública, la acusacion se presenta ante un juez de primera instancia quien asociado de los tres jueces de paz mas antiguos hace el sorteo. El juicio es verbal en ambas instancias, y no podrá demorarse mas de 48 horas, la primera, ni de tres la segunda (3). La sentencia de primera instancia es apelable para otro tribunal compuesto del camarista menos antiguo (4) é igual número de ciudadanos sa-

(1) La Constitucion General no es tampoco mas clara. Compárense sus artículos 45, 51 y 52.

(2) V. la 4ª parte, n. 527.

(3) Ley de Octubre 10 de 1822, art. 4, 5 y 8, y ley de Mayo 8 de 1828, art. 1.

(4) Ley de Octubre 18 de 1855. En caso de impedimento el Camarista á quien corresponda en turno.

cados del mismo modo á la suerte (1), debiendo interponerse dentro de dos horas despues de notificada (2). Pero esta segunda sentencia es inaplicable (3).

**474.** Para hacer sentencia en ambas instancias son necesarios tres votos conformes, de modo que si dos estuviesen por la absolucion, y tres en contra, pero estos fuesen discrepantes, el reo será penado conforme al voto favorable (4). Los jueces letrados son los Presidentes, pero no tienen voto. Sus funciones, durante el juicio, son ilustrar al *juri*, en todo lo que fuesen consultados, hacer guardar el orden (5) y cuidar que el actuario asiente con exactitud y claridad sus resoluciones (6).

**475** Llegado el momento de proceder al sorteo del *juri* en primera instancia serán préviamente citados el impresor y el acusado, para que este pueda recusar hasta cinco individuos de los cincuenta insaculables, y aquel el mismo número á nombre del editor del impreso, segun las instrucciones que este le dé bajo su firma, y que conservará reservadas (7). Otro tanto sucede en segunda instancia, siendo el acusado el primero que recusa en ambas (8), y no pudiendo serlo en ningun caso el Presidente y Vocales (9).

**476.** La primera instancia tiene tambien de notable que se compone de dos partes, una reservada en que el jurado con presencia del impreso, espide préviamente al juicio público, segun el concepto que forma por su contesto literal,

(1) Art. 6, ley 10 de Octubre de 1822.

(2) Art. 7, id.

(3) Art. 9, id.

(4) Art. 8 de la ley de Mayo 8 de 1828.

(5) Así puede hacer salir de la Sala y aun poner en arresto á cualquiera que falte al respeto debido, ó vierta espresiones escandalosas ó subversivas, sin recurso alguno [art. 17, lug. cit.] pero el arresto nunca pasará de 15 dias [art. 18.]

(6) Art. 9, ley de 1828.

(7) Art. 10, ley cit.

(8) Art. 13 y 14, ib.

(9) Art. 15, id.



el siguiente auto: ha lugar á la acusacion, ó no ha lugar á la acusacion; y únicamente, en el caso de haber resuelto lo primero, podrá exigir al impresor que manifieste quien es el editor del impreso acusado, entrándose en seguida al juicio público, que es la segunda parte (1).

**477.** Cuando la acusacion se entabla ante el juez correccional ó uno de los jueces del crimen como puede hacerse segun su importancia, el procedimiento es en todo semejante á cualquier otro caso de justicia ordinaria, sin mas diferencia que la que la ley ha establecido entre aquellos juzgados, y que hemos explicado en los lugares convenientes.

(1) Art. 11 y 12, ley de 1828.





# INDICE DE LA SEGUNDA PARTE



## INTRODUCCION

	Páginas.
SACCION 1ª—Tiempos antiguos.....	6
« 2ª—Tiempos bárbaros.....	8
« 3ª—Tiempos medios.....	9
« 4ª—Tiempos modernos.....	10

## PARTE 2ª.

### LEYES DE FORMA.

## LIBRO I.

### PRINCIPIOS GENERALES.

TITULO I.—Naturaleza y objeto de la accion criminal.....	15
CAPITULO 1—Caracteres distintivos.....	15
« 2—Ejercicio de la accion publica.....	17
« 3—Ejercicio de la accion privada.....	18
« 4—Relaciones entre ambas acciones.....	20
TITULO II.—Estension y limites de la accion criminal.....	24
CAPITULO 1—Por razon de las personas.....	24
« 2—Por razon de los lugares.....	29
« 3—Por la estincion de la accion.....	36
TITULO III.—De la jurisdiccion y competencia de la accion criminal...	45
CAPITULO 1—Jurisdiccion.....	45
« 2—Competencia.....	49
« 3—Recusacion.....	53
TITULO IV.—De la organizacion y jerarquia de los Tribunales.....	57
CAPITULO 1—Jueces de Paz.....	57
« 2—Juez Correccional.....	56

CAPITULO	3—Jueces del Crimen.....	60
«	4—Tribunal Superior.....	61
«	5—Ministerio fiscal.....	65
«	6—Abogados, escribanos y oficiales de justicia.....	67

## LIBRO II.

### DE LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES.

TITULO	1.—De los modos de empezar el sumario.....	71
CAPITULO	1—Carácter y objetos.....	71
«	2—Quienes pueden sumarar.....	72
«	3—Denuncia ó delacion.....	73
«	4—Querrela de parte.....	75
«	5—Accion popular.....	80
«	6—Exaltacion fiscal.....	81
«	7—El juez de oficio.....	82
TITULO II.	—De la averiguacion del delito y delinquentes.....	86
CAPITULO	1—Cuerpo del delito.....	86
«	2—Medios de averiguacion.....	87
«	3—Auto cabeza de proceso.....	87
«	4—Inspeccion judicial.....	88
«	5—Exámen de peritos.....	90
«	6—Informacion de testigos.....	93
«	7—Visita domiciliaria.....	97
«	8—Exposicion, exhumacion y autopsia.....	99
«	9—Indicios.....	101
«	10—Prision del delincuente.....	103
«	11—Declaracion indagatoria.....	106
«	12—Evacuacion de citas.....	110
«	13—Rueda de presos.....	111
«	14—Careo ó confrontacion.....	112
«	15—Confesion del reo.....	114
TITULO III.	—Del plenario ó juicio propiamente dicho.....	119
CAPITULO	1—Carácter y objeto.....	119
«	2—Acusacion en forma.....	121
«	3—Defensa.....	123
«	4—Trámite de prueba.....	127
«	5—Ratificacion de los testigos.....	129
«	6—Definicion y naturaleza de la prueba.....	131
«	7—Division.....	132
«	8—Quien debe probar.....	135
«	9—Qué cosas deben probarse.....	138
«	10—Como se prueba.....	139
«	11—Valor de la prueba.....	140



CAPÍTULO 12—Valor de la confesion.....	142
“ 13—Valor de la inspeccion judicial.....	147
“ 14—Valor del exámen judicial.....	148
“ 15—Valor de los testimonios.....	151
“ 16—Valor de las escrituras.....	157
“ 17—Valor del juramento.....	160
“ 18—Valor de los indicios ó presunciones.....	162
“ 19—Publicaciones de probanzas.....	166
“ 20—Alegatos.....	168
“ 21—Sentencia.....	169
TÍTULO IV.—De la segunda y tercera instancia.....	174
CAPÍTULO 1—Consulta.....	174
“ 2—Apelacion.....	176
“ 3—Nuevos alegatos.....	180
“ 4—Prueba en segunda instancia.....	180
“ 5—Vista de la causa.....	183
“ 6—Sentencia en la Sala de lo criminal.....	184
“ 7—Segunda apelacion.....	185
“ 8—Ejecucion de la sentencia.....	187

## LIBRO III.

## DE ALGUNOS INCIDENTES DEL JUICIO CRIMINAL.

TÍTULO I.—Incidentes relativos á la persona ó bienes.....	189
CAPÍTULO 1—Escarcelacion.....	189
“ 2—Embargo de bienes.....	193
TÍTULO II.—Incidentes de tramitacion.....	196
CAPÍTULO 1—Sobreseimiento.....	196
“ 2—Juicio de tachas.....	198
“ 3—Reo ausente ó contumaz.....	201
“ 4—Extraccion del asilo.....	205
“ 5—Acumulacion de procesos.....	206
“ 6—Muerte del herido.....	209
“ 7—Fuga de la cárcel.....	209
“ 8—Caucion de non <i>offendendo</i> .....	210

## LIBRO IV.

## DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

TÍTULO I.—En la jurisdiccion ordinaria.....	212
CAPÍTULO 1—Ante los jueces de paz.....	212
“ 2—Ante el juez correccional.....	213



CAPÍTULO 3—Ante los jueces del crimen de campaña.....	214
TÍTULO II.—En los tribunales militares.....	215
CAPÍTULO 1—Consejos de guerra ordinarios.....	215
"    2—Consejos de oficiales jenerales.....	222
"    3—Reo ausente.....	224
"    4—Sumarios sin consejo de guerra.....	224
TÍTULO III.—En los tribunales eclesiásticos.....	225
CAPÍTULO ÚNICO.....	225
TÍTULO IV.—En el Gobierno por los delitos de hacienda.....	227
CAPÍTULO ÚNICO.....	227
TÍTULO V.—En las Cámaras legislativas.....	229
CAPÍTULO ÚNICO.....	229
TÍTULO VI.—En los jurados por los delitos de imprenta.....	231
CAPÍTULO ÚNICO.....	231



NON

