

CIENCIA
DE LA LEGISLACION

ESCRITA EN ITALIANO

POR EL CABALLERO

CAYETANO FILANGIERI,

Y TRADUCIDA AL CASTELLANO

POR

DON JAIME RUBIO,
abogado de los reales consejos.

TERCERA EDICION

corregida y añadida con discursos analí-
ticos en cada libro.

TOMO IV.

MADRID
IMPRENTA DE NUÑEZ
1822.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DISCURSO PRIMERO

DEL TRADUCTOR

SOBRE

Francisco Be

*las leyes criminales relativas al
proceso criminal.*

La tranquilidad y la libertad que el hombre busca en la sociedad, no la podría conseguir, si una fuerza siempre armada no estuviera pronta á reprimir la audacia de aquellos malvados, que entregados á las pasiones violentas atropellan con todo para satisfacerlas. En vano se les oponen las leyes que les prescriben lo que deben hacer, ó lo que deben evitar; el deseo del interés que satisface sus pasiones les hace sal-

Οὐκ ἐστὶν ἕδην κρείττων ἢ νόμοι πόλις καλὸς
τιθεύσας
*Nihil est civitati prestantius quam leges
recte positæ. Eurip. in Sup.*

tar estas débiles barreras, y romper estos vínculos sagrados con la mayor facilidad. Si se quiere contener su ímpetu es necesario oponerle otro interés superior al de la pasión. La ley le debe poner delante de sus ojos el mal personal que la satisfacción de su pasión le vá á acarrear sin que de ningun modo pueda evitarlo, porque el gobierno tiene tomadas todas las medidas para prenderlo y castigarlo. La pena con que le amenaza calmará su pasión, impedirá que el desobediente á la ley turbe la tranquilidad pública, y de este modo cada ciudadano vivirá tranquilo bajo la protección de la ley, y gozará de la libertad social, que es la única que el hombre puede gozar atendida su condicion.

Estas penas con que las leyes protegen la libertad y la tran-

quilidad del ciudadano contra los malvados, no son suficientes para producir este efecto si al mismo tiempo no defienden la inocencia de la calumnia, asegurando al inocente de las acusaciones falsas de un astuto impostor. Si la legislación criminal al mismo tiempo que hace temblar al delincuente no protege al inocente, no puede asegurar la tranquilidad del ciudadano y la libertad cívica. Quando el pueblo vea la ejecución espantosa de la pena, es necesario que esté seguro de que el que la sufre es culpable, y no inocente; porque no siendo así el testimonio que la ley le dá de su vigor y de su protección, le llenaría de espanto y de consternacion. Estos son los dos grandes objetos de la legislación criminal; es á saber, el terror de los culpables, y la seguridad de los inocentes.

(VI)

La mayor parte de las leyes criminales de las naciones de la Europa se han apartado considerablemente de ellos. Los vicios del proceso, la multitud de leyes diferentes de que se componen los códigos criminales, las máximas contrarias á los derechos del hombre, y á la libertad de los ciudadanos, que se han introducido en ellos, y por desgracia de la humanidad se han conservado con la mayor veneracion por muchos siglos; la sutileza de que se han servido con la mayor destreza los abogados y jueces para ocultar, ó para descubrir los delitos; todas estas causas han llenado de obscuridad y de tinieblas esta parte de la legislacion que arregla el proceso criminal, la qual deberia ser la mas clara y la mas sencilla. Por esta razon no hay delito por

(VII)

manifiesto que sea que no pueda ocultarse y quedar sin castigo; ni inocencia por clara que sea, que pueda estar con paz y tranquilidad. Y así las leyes criminales deben establecer un método claro y sencillo para averiguar los delitos, y determinar las penas proporcionadas á su gravedad para quitar todos los temores á los inocentes, la esperanza á los culpables, y la arbitrariedad á los jueces.

El proceso criminal se divide en seis partes; es á saber, en acusacion, intimacion al acusado y aseguracion de su persona, pruebas é indicios del delito, distribucion de las funciones judiciales y eleccion de los jueces del hecho, defensa del reo, y sentencia. En toda la antigüedad, entre las naciones mas sábias, los ciudadanos como interesados en disminuir los

(VIII)

delitos, y conservar las leyes en vigor, en la observancia del órden público, y en consternar á los malvados para estar con tranquilidad en la sociedad, han tenido siempre el derecho de acusar á los delinquentes; y los legisladores han considerado este derecho tan propio del ciudadano, que han creído que no se lo podían quitar sin hacerle una injusticia. Al paso que estos sabios legisladores dejaban á todos los ciudadanos el derecho de acusar, castigaban con las penas mas severas á los calumniadores. Con estos dos medios ningun delincuente podia librarse de la pena de la ley; y ningun inocente tenia que temer la astucia de un malvado impostor.

La acusacion era pública, y el acusador debía prometer solemnemente no desistir hasta estar fe-

(IX)

ncido el juicio por la sentencia del juez; y en el caso de no probarla, se sujetaba á sufrir la misma pena. Si el juez pronunciaba que la acusacion era calumniosa, el reo quedaba justificado y absuelto, y el acusador sufría la pena del delito que habia imputado al inocente; y á esta pena se añadió despues la de infamia para asegurar mejor la libertad del ciudadano. Quando la calumnia era manifesta, nadie se libraba de estas dos penas. Para asegurar mas al ciudadano, estos legisladores habian determinado que el acusado podria nombrar un custodio que acompañase al acusador, y observase de qué manera y con qué medios queria probar la verdad de la acusacion. Éste asistia quando hablaba á los jueces y á los testigos, y observaba siempre todo quanto hacia y decia el acu-

sador en orden á la acusacion.

Los Romanos con el fin de precaver las calumnias y asegurar mas la libertad de los ciudadanos, excluyeron del derecho de acusar á todas aquellas personas que podian ser sospechosas por el sexô, ó por la edad, ó por su pobreza, ó que por otras causas se podia temer que procedian de mala fé, sin permitirles ser acusadores sino de los delitos que interesaban á todo el cuerpo de la república, ó que ofendian sus personas ó la de los suyos. Y así como excluían algunos de ser acusadores, por las mismas razones no permitian ó prohibian expresamente que otros fueran acusados, como los que estaban ausentes en servicio de la república, para que nadie pudiera servirse de su ausencia para calumniarlos.

Estos sabios legisladores no omitieron ningun medio para que el ciudadano estuviera tranquilo, y así establecieron un cierto tiempo dentro del qual podia intentarse la acusacion; pero pasado éste, ya no se admitia, porque no es fácil pasado yá algun tiempo acordarse de las circunstancias que han acompañado la accion, las cuales son tan necesarias para defenderse y justificarse. Si establecieron tantas leyes para precaver la calumnia, no pusieron menor cuidado para impedir la prevaricacion en los acusadores, á fin de que la acusacion no se hiciera un oficio venal, desistiendo de ella por interés, ú ocultando las pruebas para que los delitos no pudieran justificarse, y así quedáran impunes con grave perjuicio de la tranquilidad pública. Por esta razon ame-

(XII)

nazaron con penas gravísimas al acusador y al acusado.

Para evitar la sospecha de la prevaricación quando se presentaban muchos acusadores, el magistrado elegía el que según la ley tenía mas motivos para acusar al reo, y en quien el pueblo tenía mayor confianza; los demás solamente debían ayudarle y suministrarle las pruebas. En Atenas, de donde los Romanos tomaron sus leyes, se usaba de los mismos medios para precaver la calumnia y la prevaricación, y asegurar la libertad civil y la tranquilidad de los ciudadanos. Los pocos fragmentos que nos han quedado de sus leyes sobre esta materia recogidos de los escritores mas célebres de esta república nos confirman esta verdad. No es extraño que en estas dos repúblicas se hayan establecido

(XIII)

Francisco de

leyes tan sábias sobre esta materia, porque siendo la libertad de los ciudadanos el objeto mas precioso que tenían, debía el legislador poner el mayor cuidado en defenderla, arreglando con toda la sabiduría de las leyes y las luces de la razón el proceso de la acusación.

Si se léen con reflexión las leyes de las naciones bárbaras que arreglaban el proceso judicial, se vé en ellas mucho mas orden que no en los códigos modernos de las naciones de la Europa. En ningun código de los bárbaros se le quita al ciudadano el derecho de acusar: en ninguno deja de combinarse la libertad de acusar con la dificultad de calumniar: la calumnia está precavida por sus leyes, y los calumniadores castigados con penas horribles. Conociendo estos legisladores la

sabiduría de las leyes de los Griegos y Romanos, que tanto favorecian la libertad de los ciudadanos, las han copiado en sus códigos.

Las naciones modernas han adoptado un nuevo método en la acusacion. No se permite á ningun ciudadano que acuse sino las ofensas propias ó la de sus mas próximos parientes, y esto solo en algunas naciones, para pedir la reparacion de los daños; para lo demás hay una persona pública nombrada por el gobierno para que pida el castigo de los reos. El juez debe descubrir al delincuente, y las circunstancias del delito y del reo, y formar el proceso, lo que se hace con gran secreto por un subalterno.

Entre los Griegos, los Romanos, y los bárbaros, todo se hacia público en el proceso de acusa-

cion; el acusador hacia su acusacion á presencia del acusado, los testigos deponian tambien á su presencia, el juez les preguntaba, el acusado respondia á los testigos y al acusador, interrumpia su deposicion, altercaba con ellos alegando los motivos que tenia para impugnarles y contradecirles, manifestaba las sospechas que tenia contra ellos, &c. mas en el proceso moderno todo se hace en secreto, y el acusado nada sabe hasta que se le toma la declaracion con cargos.

Quando el delito de que se le acusa es muy grave, ó se teme su fuga, se le arroja en un calabozo sin comunicacion; y esta es la primera noticia que tiene de que ha sido acusado ó calumniado sin saber lo que se ha tramado contra sí, y se pasan muchas veces algunas semanas y aun algu-

nos meses sin que se le diga por qué está preso. En este estado de violencia y de tormento la imaginacion le presenta mil imágenes tristes que le llenan de terror por mas inocente que sea. Su condicion es terrible por la incertidumbre en que se halla de la acusacion, que se ha tramado contra él, de lo que se le ha de preguntar, y de lo que debe responder; lo que no sucede al que verdaderamente es reo, porque éste, sabiendo el delito que ha cometido y todas sus circunstancias, puede eludir con sus respuestas todo lo que se ha alegado y probado contra él. Tal es el método que en los procesos criminales siguen la mayor parte de las naciones de la Europa, opuesto enteramente al antiguo seguido por los Griegos, los Romanos, y aun por las naciones bárbaras, en los Estados que se formaron

de las ruinas del Imperio Romano, y contrario á la razon y á la justicia.

Deberia mudarse este sistema pernicioso del proceso criminal; y restablecer la libertad general de acusar á todos los ciudadanos para que los delitos no pudieran ocultarse y fueran menos frecuentes, y combinar tambien esta libertad con la dificultad de calumniar, que no pudiera turbarse la tranquilidad y la libertad de los ciudadanos, y adoptar el sistema antiguo y las leyes que con tanta sabiduría establecieron sus legisladores, extendiendo la prohibicion de acusar á los criados, que sin ser siervos tienen regularmente todos los vicios de aquellos, y no deben merecer la confianza de las leyes, no permitiéndoles este derecho sino para acusar sus propias ofensas, ó las que

se hacen contra todo el cuerpo de la nacion. Las fórmulas de la acusacion deben ser claras y precisas, de manera que no dejen lugar á cavilaciones, para que así sea mas difícil la calumnia y mas fácil convencer al calumniador, y haya menos arbitrariedad en los jueces.

— La prescripcion no debe ser tan larga como entre los Romanos; y todo acusador de qualquiera clase que sea debe estar sujeto á la pena de calumnia, porque ésta siempre es un delito, y no debe quedar jamás sin castigo. Sino hay acusador, y el delito es cierto y público, es justo que el magistrado, como lo prescribían las leyes de los Romanos, use de la inquisicion para averiguar los delinquentes y castigarlos, como lo hizo Ciceron con Catilina y sus cómplices. La tranquilidad pú-

blica y la privada exigen estas medidas, pero este juicio debe despojarse de todos aquellos vicios que hoy tiene. El magistrado mismo que ha de juzgar no debe ser el acusador, porque no puede ser parte y juez á un mismo tiempo.

Sería justo que se estableciese una magistratura particular para este efecto; de manera que en todas las provincias y distritos hubiese uno de estos magistrados encargado de descubrir los delitos y acusarlos quando no hubiese quien los acusase, y que siguiese las mismas reglas en el proceso que los acusadores particulares, y estuviese sujeto á las mismas penas en el caso de calumnia ó prevaricacion: que se eligiesen para ejercer este oficio las personas mas respetables y mas libres de toda sospecha, y de

quienes el pueblo tuviera la mayor confianza. Que el fundamento de esta inquisicion no sea como es hoy la denuncia secreta, ó la pública voz y fama; pues un malvado y un enemigo oculto pueden fácilmente hacer perder á un inocente su honra, sus bienes, y su vida.

Basta que un maldiciente diga con malicia ó con inadvertencia que otro ha cometido un delito para que en muy poco tiempo se haga público y esté en boca de todos; prueba es esta del poco caso que debe hacerse de la voz y fama pública, pues está fundada en tan débiles fundamentos. Y así estos magistrados que estarán expuestos á las penas de los calumniadores como los acusadores particulares, tendrán buen cuidado de no fundar su acusacion sobre estos rumores va-

gos. Tambien debe arrancarse este proceso de las manos de los subalternos que hoy lo manejan; porque son las mas venales, las mas desacreditadas, y privadas enteramente de la confianza pública; de este modo se asegurará la tranquilidad pública y privada, y la suerte del ciudadano será mas feliz.

Á la acusacion legítimamente puesta se sigue la intimacion ó notificacion que se hace de ella al acusado, que en Roma se hacian á un mismo tiempo estando el acusado y el acusador en presencia del Pretor. Si el acusado estaba ausente, por no haberse querido presentar, se le citaba de nueve en nueve dias por tres veces; y pasadas estas citaciones sino se presentaba se secuestraban sus bienes, y si persistia en la desobediencia por un año que-

daban confiscados, y los perdía para siempre aunque despues justificase su inocencia; pero no se les condenaba sin oírles, porque aquellos sabios legisladores creían que la sentencia dada de este modo era contraria á la razon y á la justicia.

Quando el delito era tal que queria mas el reo perder sus bienes y estar desterrado de su patria que presentarse, el magistrado podía mandarlo prender para que el delito no quedase sin castigo. El interés público exígia esta severidad y esta violencia que se hacia á la libertad del ciudadano por no haber querido respetar la autoridad legítima, y haber turbado la tranquilidad pública y la libertad de aquél á quien habia ofendido. El magistrado quando obraba de este modo, siempre respetaba los princi-

pios de la justicia y de la razon. Quando el delincuente se presentaba, tenia delante de sí el acusador, oía su acusacion, respondia á los cargos del juez, se le concedia tiempo para defenderse, y al acusador para probar la acusacion. Si se le ponía en la cárcel para custodiarlo, siempre se le guardaba el decoro debido; y habiendo un fiador se le soltaba bajo su palabra, ó se confiaba su custodia á algun personage que salia responsable, sin poderlo retener en ella por ningun pretexto como no fueran reos de delitos capitales, ó de otros que merecieran alguna pena corporal. En fin al acusado, mientras no estaba convencido de su delito, siempre se le trataba con el respeto que se debe á un ciudadano, y con la moderacion que pide la humanidad.

Las cárceles donde se custodiaban estos individuos que habian perdido la confianza de la sociedad, no eran ni subterráneas, ni obscuras, ni mal sanas, ni se permitia que un infeliz acusado estuviese atado con fuertes y pesadas cadenas. ¿Son tratados de este modo los presos de nuestros dias? ¿Se les guarda algun respeto, y se tiene alguna compasion de ellos? ¿Se oyen sus gemidos? ¿Se halla alguna alma que en medio de la opulencia, de los placeres, y de las diversiones, sea sensible á los males que padecen? El reo y el inocente se hallan confundidos en estos tristes monumentos de la miseria de los hombres; ambos se hallan cargados de cadenas, arrojados en calabozos subterráneos donde no penetra jamás la luz del dia, ni se respira otro ayre que el apestado y

mortal que los cadáveres sepultados en estas cuevas exhalan. En estas cabernas de la muerte se hallan muchas veces hombres inocentes que los enemigos ocultos han sacrificado con sus negras calumnias. Preguntad á estos infelices por qué están allí, y os dirán: yo no he ofendido á nadie, yo no he quebrantado ninguna ley, un juez inhumano me ha arrancado con violencia de mi casa y me ha puesto en este calabozo; y hasta ahora, despues de muchos dias que estoy aquí, no se me ha hecho presente el delito de que se me acusa, ó la causa de esta infame y cruel prision.

Otro dirá: yo he sido presentado á un juez tan severo y cruel, que su vista solamente me ha hecho temblar y probar las angustias de la muerte: me ha preguntado sobre la acusacion con tan-

ta arrogancia y fiereza, que mas parecia un enemigo declarado que no un juez: me ha hecho tantas preguntas capciosas é inútiles sobre hechos que yo ignoraba, que manifestaba una intencion maligna de quererme perder: algunas veces me acusaba de mentiroso, otras queria encontrar contradiccion en mis respuestas: la modestia con que le respondia la atribuía á la conciencia del delito: la firmeza con que sostenia mi inocencia decia que era la desvergüenza y la audacia de un malvado. Todo esto me turbaba, me confundia, me llenaba de terror, y presentaba á mi imaginacion ideas súmamente tristes. La repeticion de varias preguntas que me hacia pasado algun tiempo, y los artificios de que se servia, parece que manifestaban bastante que su intencion no era buscar la

verdad, sino hacerme salir reo, poniendo en esto todo su esmero, y sirviéndose de toda su habilidad, destreza y sagacidad.

Despues de haberme hecho varios interrogatorios se me volvía al mismo calabozo sin que yo pudiera saber lo que contra mí se tramaba, ni cuál sería el fin de mi tragedia. Finalmente, se me ha presentado al juez, que me ha preguntado en un tono poco agradable si conocia á unos hombres que allí se hallaban presentes; pero sin decirme nada de lo que habian depuesto, y si tenia que proponer alguna excepcion contra ellos. Yo no los conocia, ni los habia visto jamás, ni oido su nombre. Yo no sabia de qué se me acusaba, ni tenia noticia del calumniador, ni qué relaciones tenian los testigos con él; y así no conociendo nada de todo esto,

no podia poner ninguna excepcion contra ellos, aunque se hubieran conjurado con mi enemigo para perderme. Esto me hace creer que mi ruina está resuelta, y que mis enemigos triunfan de mí, y que los tormentos que padezco son el principio de mi muerte.

Parece que el juez no espera sino mi confesion para decretarla, y para obligarme á que la haga se me trata con tanta inhumanidad. El estado en que estoy, y los males que sufro mas crueles que la misma muerte, hubieran arrancado de mí esta confesion si la religion no me lo impidiera. El carcelero, las pocas veces que me vé procura persuadirme que dé este último paso para salir de tantas penas; y para hacerme la forzosa me quita parte del poco pan que la ley me

tiene consignado, me hace pasar dias sin beber, me amenaza con el tormento, y me dice que si persisto en negar el delito me pondrá en otro calabozo cien veces peor que éste, al qual no puede penetrar jamás la luz natural, y en donde no puede estar un hombre sentado, ó medio recostado, sin poderse extender mas; que allí me tendrá con una argolla al cuello, y amarrado con otra cadena por la cintura; que me pondrá grillos en los pies y esposas en las manos; y que una mano extraña me pondrá en la boca las pocas onzas de pan que me darán para conservar los restos de una vida tan infeliz.

En fin, este hombre cruel se sirve de todos los medios para obligarme á hacer una confesion falsa y dejar satisfecho al juez y triunfantes á mis enemigos; pa-

rece que está de acuerdo con ellos para perderme. El temor solo de cometer un perjurio me ha impedido hasta ahora hacer esta confesion contra mi conciencia; pero los males y los tormentos que me hacen sufrir son tan grandes y tan crueles, que la muerte es mil veces mas tolerable que la vida que tengo; y así estoy resuelto para librarne de ellos á confesar delitos que jamás he cometido, y que con tanta ansia parece que el juez inhumano desea que yo confiese.

Esto es lo que pasa en la mayor parte de los tribunales y cárceles de las naciones de la Europa. ¿ Se debe atribuir este desorden á los jueces ó á las leyes? Creo que á éstas y á aquéllos. Estas respetan poco la dignidad del hombre, su libertad personal, y la seguridad que la sociedad civil

le ha prometido. Aquéllos por lo comun, llenos de orgullo y fiereza, no están contentos sino quando hacen gemir á la humanidad agoviada con el peso de la miseria. Estos males se corregirian si los legisladores, como han adoptado mil leyes inútiles y aun perjudiciales de los Romanos, copiáran en los códigos criminales las que la sabiduría Griega y Romana habia establecido con una prudencia consumada sobre esta materia, que al paso que hacian tanto honor á su humanidad favorecian infinito á la libertad civil.

El método que seguian estas dos sábias naciones sobre la notificacion de la acusacion al acusado, y la seguridad de su persona, es sencillísimo reducido á los términos siguientes. Acusado un Romano ó un Griego de algun

delito se le hacia saber esta acusacion, y se le obligaba á comparecer delante del juez competente; veía á su acusador y la acusacion que le ponía; el juez le preguntaba sin ningun misterio si era verdad lo que se decia contra él, y sin ninguna parcialidad concedía igual tiempo al acusado para defenderse, y al acusador para probar su acusacion: no había ningun acto extrajudicial, ninguna altercacion entre el juez y el reo, ninguna violencia, ninguna asechanza, ningun misterio ni obscuridad; nada de lo que hace tan abominable el sistema criminal, y tan odiosa la práctica del día, todo lo qual debiera abolirse y volver á la sencillez antigua. No se debía exigir de los reos el juramento que no sirve para descubrir la verdad, sino para ocasionar infinitos perjurios,

y para que se mire con poco respeto el vínculo mas fuerte que tiene la sociedad.

Ni proceder á la prision del reo, sino quando se sospeche que ha de huir, ó quando haya despreciado la autoridad legítima del juez; y dejarle libre bajo la fianza correspondiente, quando la ley no tenga señalada la pena de muerte ú otra corporal contra el delito de que es acusado; y aun en el caso de haberlo de poner en la prision, que ésta no sea indigna de un inocente ni de un ciudadano que todavía no está convencido de delito. Que se pongan los reos convencidos de sus delitos en una prision enteramente distinta de los que solamente son acusados, para que el ciudadano no pierda su fama hasta que esté convencido; pues la opinion pública pone una especie

de infamia á la prision, la qual se podria corregir con la distincion de las cárceles que hemos dicho.

Con esta separacion se evitaria la corrupcion de costumbres que suele resultar de estar los inocentes juntos en una misma cárcel con los malvados llenos de iniquidades que tienen gusto en contarles sus atentados y desórdenes; con cuya relacion, siendo frecuente, se suele perder el horror al vicio, y despues se cae fácilmente en él; y así sucede que los que entran inocentes en las cárceles suelen salir de ellas convertidos en monstruos. En fin todos los vicios que hay en esta parte del proceso se corregirian si los legisladores adoptasen las leyes sábias de los Griegos y de los Romanos.

El contumaz entre los Roma-

nos era castigado solamente con la pérdida de sus bienes, sin perder el derecho precioso de la vida y de su defensa; mas en los códigos modernos el infeliz, que no teniendo confianza en el juez, ni hallando un asilo en el seno de la justicia, lo busca en la fuga hasta esperar mejor ocasion para poderse defender, si no obedece á los llamamientos del juez, por mas justos que sean sus temores y los motivos que tiene para no presentarse, es reputado como reo convencido del delito de que es acusado, y se pronuncia la sentencia condenándolo á la pena que la ley tiene determinada, y en algunas naciones se ejecuta en estatua; y si pasado algun tiempo no se presenta, pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, y ya no le queda al infeliz ninguna defensa, y él y su

familia quedan cubiertos de oprobio y de infamia, y en algunos países se pone en venta su cabeza y se dá facultad á todo el mundo para matatarle impunemente; y esta práctica tan absurda, tan contraria á los principios de la moral, de la razon, y de la política, se ha adoptado ciegamente y se observa con la mayor religiosidad. Estos vicios que se hallan en la notificacion de la acusacion no pueden corregirse sino imitando las leyes de los Griegos y de los Romanos, y suavizando las penas.

El método que se sigue para las pruebas é indicios de los delitos, que es la tercera parte del proceso criminal, es todavía mas intrincado, y está mas lleno de vicios que el de las dos precedentes. Á la confusion de las leyes recogidas de las de los Romanos, del

derecho canónico, y de la legislacion de los tiempos bárbaros, se han añadido las opiniones absurdas, ó por mejor decir los delirios de los doctores, que por desgracia de la humanidad se han mirado en los tribunales con el mismo respeto que las leyes por unos hombres ineptos que no sabian hacer uso de la razon. En las opiniones absurdas y extravagantes de estos doctores de tinieblas, encontraban los jueces y abogados medios fáciles para salvar á los mayores delincuentes, y exponer á todo el rigor de la ley á los inocentes.

La jurisprudencia Romana, que en esta parte ha servido de fundamento á las leyes modernas, está llena de errores que han sido recibidos en nuestros tribunales con la mayor veneracion, y han dado origen á otros mas fu-

nestos. Quando se trata de probar los delitos, las leyes Romanas unas veces están llenas de misericordia, otras de ferocidad; unas veces se pesan las pruebas con la mayor escrupulosidad, y otras se buscan de un modo tiránico é injusto. Quando el magistrado debe juzgar algun reo acusado, le manda la ley que no le condene si el hecho ó el delito de que es acusado *no se prueba con testimonios idóneos, ó documentos públicos, ó argumentos que no tienen réplica, y que son mas claros que la luz.* Esta sentencia que en pocas palabras comprende todas las reglas que deben arreglar el juicio de los jueces en esta materia, es sencilla, clara, justa y muy conforme á los principios de la libertad civil; mas quando se hace la aplicacion de ella á los hechos, las leyes de

este mismo código están llenas de contradicciones.

Justiniano que hizo un cuerpo informe y monstruoso de legislación, juntando las leyes que se resentian de la libertad republicana con las que no respiraban sino la ferocidad del mas inhumano despotismo; los edictos y decretos de los Emperadores mas humanos con los de los tiranos mas feroces, sin orden, sin método, y con la mayor confusion, presentó á los siglos futuros un depósito donde el filósofo y el tirano hallan ideas análogas á sus principios. Si se consultan las leyes relativas á los testimonios, á los tormentos y pruebas judiciales, se vén en ellas por una parte un exceso de delicadeza, y por otra de ferocidad. El legislador excluye de la confianza de la ley todos los testigos que podian

tener con el acusado, ó con el acusador, relaciones de parentesco, de amistad, de odio y de dependencia. También excluía la ley á los que por su mala conducta no eran ya acreedores á la confianza pública, y no recibía el testimonio de los que por su edad ó su incapacidad podían ser seducidos y engañados. Tanto cuidado pusieron los legisladores Romanos en defender la seguridad de los acusados contra la mala fé de los testigos.

Por otra parte, estos legisladores, al parecer tan prudentes y tan ocupados en proteger la seguridad de los acusados, la destruían con otras excepciones. ¿Quién hubiera creído que unos hombres tan ilustrados se habían de persuadir que los tormentos eran medios eficaces para descubrir la verdad oculta en el cora-

zon de los hombres? Estos legisladores no quieren que se dé fé al testimonio de los esclavos y de los infames; pero si han dado su testimonio en medio de los tormentos ya merecen la confianza del juez, como si el tormento que despedazaba sus miembros les hubiera ennoblecido y quitado toda sospecha de infidelidad en la opinion pública. Concede al acusador que pueda hacer atormentar infinitas víctimas inocentes que no han tenido parte en el delito porque no son capaces de decir la verdad, segun esta ley bárbara y feroz, si su cuerpo no es atormentado cruelmente.

Un hombre de bien que no era noble, ni decurion, ni soldado, llamado delante del juez para dar testimonio sobre algun delito, ni su honradez, ni su integridad de costumbres, ni su libertad,

(XLII)

no le libraban de los tormentos si habia estado vacilante en sus declaraciones; siendo así que la ignorancia que es causa de que el hombre no pueda explicar con claridad y precision sus ideas, le hace caer en contradicciones; y el temor de alterar la verdad en una alma delicada, la pone en tal confusion que sus ideas parecen contradictorias y equívocas, sin que por esto dejen de ser muy hombres de bien.

En tratándose de delitos de lesa magestad, todos estaban expuestos á la terrible pena de los tormentos: así satisfacía un tirano cruel sus mal fundadas sospechas. En los de poca consideracion, estas absurdas leyes no admitian el testimonio de los esclavos contra sus señores; mas en los mas graves en que son necesarias mayores pruebas, se tenía

(XLIII)

confianza en sus dichos: de aquí ha nacido la máxima absurda y cruel adoptada en los tribunales de la Europa que ha sacrificado millares de inocentes á la imbecilidad y estupidez de los jueces, *que en los delitos atroctísimos bastan las mas ligeras congeturas para que el juez se desentienda de la ley, ó la traspase.* De manera, que los derechos de seguridad que la ley le concedia en los delitos menos graves, quando es acusado de un delito muy atroz, los pierde por solo el motivo de la atrocidad.

Esta práctica absurda fundada sobre este principio es la mas contraria á la sana razon. ¿Por qué se aparta el hombre de los crímenes? Por tres motivos; es á saber, primero por el horror que naturalmente le inspira una accion contraria á la justicia; se-

gundo porque el público la desaprueba y condena; tercero por el temor de la pena que la ley tiene decretada contra el delincuente que la comete: luego quanto mayores sean estos motivos, tanto mas se apartará el hombre de los crímenes y será mas difícil que los cometa; y así serán necesarias pruebas mas claras y mas convincentes para probar la acusacion de los delitos mas graves que de los otros. Siguiendo estos principios luminosos, algunos legisladores en tiempo de la barbarie exigian por sus leyes mayor número de testigos y mayores pruebas para convencer al reo quanto mayor era el delito de que se le acusaba.

Y que no se diga que los delitos atroces se cometen con mas precauciones y son mas difíciles de probar, y que por esta razon

es necesario admitir qualquiera especie de pruebas para que no queden impunes. Porque en primer lugar es un principio sentado que nadie puede ser castigado sino es convencido de haber cometido el delito. Si las pruebas que se admiten en los delitos atroces dejan la mas leve duda, ya no convencen ni al delincuente ni al juez; y estando éste en duda, ¿cómo le podrá condenar sin exponerse á castigar un inocente? ¿y no vale mas dejar cien mil culpables impunes que castigar un solo inocente? En segundo lugar la impunidad no ofende al público quando se ignora el autor del delito, ni es funesta al Estado, porque los malvados con este ejemplo no pueden hacerse mas audaces para cometer sus desórdenes, puesto que esta impunidad no nace de debilidad ó de

indulgencia del gobierno, sino de ignorancia del autor del delito, y son pocos los que puedan prometerse que sus delitos quedarán ocultos por mas precauciones que tomen quando los cometan.

Por estas reflexiones, que son tan claras y tan sencillas, se conoce que es absurda la máxima de los criminalistas que se sigue en la práctica de casi todos los tribunales donde todavía no han penetrado las luces de la filosofía y de la razon; y que las leyes que hacen la division de los crímenes en ordinarios y privilegiados por razon de que en éstos por su atrocidad no son necesarias tantas pruebas para convencer á los reos como en aquéllos, son injustas, contrarias á la razon, á los principios del Estado social, y á la seguridad de los ciudadanos; y solo son favorables

al despotismo, á la tiranía, y á la arbitrariedad de los jueces.

No es menos viciosa la legislacion moderna sobre la confesion libre y forzosa de los reos. Los legisladores modernos no han hecho mas que copiar las leyes defectuosas de los Romanos. La naturaleza inclina los hombres con una fuerza muy poderosa á buscar su felicidad y la conservacion de su existencia; y este deseo que hallan gravado en su corazon es el que cierra la boca al reo, quando el juez le pregunta, para que no descubra lo que le ha de hacer perder su existencia, ó una parte de su felicidad.

Por esta razon el reo nunca confesará su delito sino tiene en su corazon un impulso mas fuerte que el que la naturaleza puso en él, ó por una ilusion que le haga ver que por la pérdida de

una de las cosas sobredichas ha de adquirir un bien superior. Es imposible que haya en el hombre una inclinación mas fuerte que la de su felicidad, pues ésta domina á todas, y es siempre el resorte mas poderoso de todas sus acciones libres. La confesion que nace de una ilusion no merece mas aprecio que la de un loco, de un mentecato, ó de un hombre que está privado de la razon, puesto que como hemos dicho solamente está fundada en el error y la pre-ocupacion.

La experiencia misma nos manifiesta la solidez de estas razones. Jamás ningun reo ha hecho por sí mismo la confesion de un delito sino quando estaba ya convencido, ó lo podia ser por la publicidad de él habiéndolo cometido delante de infinitas gentes, y que por consiguiente sería inútil

negarlo por el terror de los tormentos, y las incomodidades de una prision que le hacen molesta é insoportable la vida, ó por un trastorno de la cabeza, ó por la seduccion y artificios del juez y sus ministros, que por medio de promesas falsas de impunidad se la arrancan de su boca. Así la ley no deberia exigir la confesion del reo, ni darle jamás ningun valor.

Los legisladores Romanos quando consultaban con tranquilidad la razon para dictar sus leyes, conocieron esta verdad sentando como un axioma legal *nemo testis contra seipsum*, que nadie es testigo contra sí mismo; y las otras leyes que sirven de regla á los jueces para formar su juicio sobre los delitos de los reos, en las quales se les previene que no presten fé á la confesion que hace

(L)

un hombre de algun delito si éste no está probado.

Las leyes que parece que son contrarias á éstas, y de las quales se ha abusado torpemente para apoyar la práctica contraria, solo hablan de los juicios civiles, en los quales no hay inconveniente ninguno de que al que confiesa se le tenga por convicto, y sin buscar mas pruebas, el juez pronuncie la sentencia y se le condene; mas en los juicios criminales todo juez debe tener siempre en su boca, en su memoria, y en su corazon, el célebre dicho de un jurisconsulto, *tememos condenar como reo á un hombre que quizas no es sino un frénético.*

Conforme siempre al mismo principio, establecieron que la confesion hecha por el reo fuera del juicio no le perjudique, porque puede ser efecto de vanidad, ó

(LI)

de una necia estolidez, que pone una especie de gloria en los mismos delitos haciendo la relacion de ellos estando fuera de la presencia de los que le pueden castigar; que despues de la confesion la pueda revocar el reo como errónea; que la confesion hecha en un juicio no le dañe en otro; que la confesion de un delito menor para defenderse de otro mayor, sea de ningun valor en el caso de ser acusado del delito confesado; que el juez no debe condenar al reo por sola su confesion no estando por otra parte convencido, porque la confesion no es una prueba evidente del delito.

La jurisprudencia Romana ha sido constante en seguir la máxima que no se debe dar fé á la confesion libre del reo en muchos casos, y por una contradiccion

monstruosa ha resuelto que se di-
 era fé á la confesion arrancada de
 la boca del reo á fuerza de tor-
 mentos, autorizando esta prácti-
 ca bárbara y feroz que despues
 se admitió ciegamente en casi to-
 dos los tribunales de la Europa,
 la qual expone la inocencia á los
 mayores peligros, y favorece al
 mismo tiempo la impunidad de
 los delitos.

Al principio solo se expusieron
 á esta prueba cruel los esclavos,
 respetando las leyes que prescri-
 bian el tormento los derechos de
 la libertad, al mismo tiempo que
 violaban los de la humanidad y
 de la justicia. Destruida la liber-
 tad de los Romanos, y sentado
 el despotismo en el trono, se mu-
 dó la legislacion, y se acomodó
 al nuevo sistema de cosas; y así
 las leyes que por una parte pro-
 tegian la seguridad de los ciuda-

danos, por otra protegian las vio-
 lencias, las sospechas, y la ambi-
 cion de los tiranos. Siendo tan
 opuestos estos dos objetos, era
 preciso que tambien lo fueran las
 leyes; y así desde esta época em-
 piezan á verse leyes contradicto-
 rias en la jurisprudencia Romana.

Las leyes que prescriben el
 valor que se debe dar á la confe-
 sion libre de los reos, defienden la
 seguridad de los ciudadanos; y
 las que extienden á las personas
 libres, y en algunos casos hasta
 las mas ilustres el uso del tormen-
 to, protegen la violencia y la usur-
 pacion de los tiranos y déspotas.
 La célebre ley Julia de la mages-
 tad, despues que los Césares ocu-
 paron la autoridad suprema, fué
 la primera que insultó la seguri-
 dad y libertad de los ciudadanos,
 estableciendo que para probar los
 delitos comprehendidos en ella

se les pudiera dar tormento aunque fueran de los mas ilustres. Así como Sylla suprimió las penas contra los calumniadores para que por medio de las delaciones mas falsas y mas inicuas fueran sacrificados sus enemigos, los Emperadores establecieron el tormento para poder sacrificar por este medio tan cruel con algun color de justicia á los ciudadanos que les eran sospechosos.

El uso del tormento se extendió con mucha facilidad para probar casi todas las especies de delitos, aun aquellos que era mejor sepultarlos en el silencio, como los de los *adivinos*, de los *magos*, y de los *intérpretes de los sueños*. Esta práctica cruel que se interrumpió mucho tiempo, y se desenterró de los tribunales como absurda, contraria á la razon y al espíritu de otras muchas leyes,

substituyéndosele en los tiempos bárbaros *los juicios de Dios*, fué restablecida en su antiguo vigor por la influencia de los Papas, y canonizada por un tribunal espantoso, que á la sombra de la obscuridad y del misterioso silencio, puede ocultar los mayores atentados.

Desde esta época se substituyó en los tribunales el tormento para descubrir la verdad, á *las pruebas de los duelos, del agua hirviendo ó fria, del hierro encendido, y otras semejantes*. Esta práctica abominable de qualquier modo que se considere, siempre se hallará que es injusta, perniciosa, y opuesta á los intereses de la sociedad. ¿Por qué motivo se dá el tormento al reo? Sin duda alguna para arrancar de su boca la confesion del delito, ó para conocer los cómplices que lo han

cometido. ¿Mas con qué derecho se hace esto? Supongamos que el reo es verdaderamente el autor del delito de que es acusado, y que para poderlo condenar en falta de otras pruebas se necesita su confesion. En esta suposicion, ¿tendrá derecho el magistrado de exigir del reo la confesion de su delito? Si tiene este derecho, es preciso que haya en el reo obligacion de descubrir su delito, porque el derecho siempre supone la obligacion y depende necesariamente de ella, de manera que sino hay obligacion es imposible que haya derecho; y así para que el magistrado tenga derecho para exigir del reo esta confesion, es necesario que haya obligacion en éste de descubrir su delito; ¿y cómo cumplirá entonces con la obligacion natural que tiene de conservar-

se? ¿cómo pueden conciliarse obligaciones tan opuestas? Porque si el reo confiesa un delito que no se puede probar, y por su confesion es condenado á la muerte, es evidente, que si tiene obligacion de confesar su delito, esta obligacion tiene por objeto su destruccion, y la otra de la ley natural su conservacion; luego estas dos obligaciones son contradictorias, y no pueden subsistir á un mismo tiempo; luego si el hombre está obligado por la ley natural á conservarse, como es evidente, no estará obligado á hacer aquello que destruye su sér ó su existencia; y así no deberá hacer la confesion de su delito, ni el magistrado tendrá derecho para pretenderla.

Tampoco se puede decir que está obligado por el pacto social, porque este pacto es posterior á

la ley de la naturaleza, y siendo contrario á ella no puede tener ningun vigor. Si el pacto social impusiese esta obligacion á los contrayentes, en cometiendo un delito todo ciudadano deberia presentarse delante del magistrado para confesarlo y descubrirlo, y sufrir la pena que la ley establece.

¿Ha habido jamás en ninguna sociedad del mundo nadie que haya hecho esto? ¿Se ha obligado en alguna á los ciudadanos á que lo hagan? ¿Se ha publicado sobre esto alguna ley? Luego no es ésta la mente de los contrayentes, ni el espíritu primitivo de la convencion; luego tampoco está obligado por el pacto social el reo á hacer la confesion de su delito; luego el magistrado no tiene derecho de exigirla; y quando se vale del tormen-

to para obligarle, se sirve de este medio violento para hacerle quebrantar la ley natural. Si quando el reo verdaderamente es delincuente no puede el juez valerse de este medio tan cruel y tan injusto para exigir de él la confesion, mucho menos podrá quando no lo es, por mas indicios que haya para hacerlo sospechar delincuente.

Mas dirá alguno, convengamos en que no se pueda dar tormento al reo para obligarle á que confiese su delito; pero se le podrá dar para obligarle á que descubra los cómplices de él, pues en virtud del pacto social todos los ciudadanos se han obligado á cooperar para la conservacion del orden público, y dar al gobierno todos los medios convenientes para este fin. El descubrimiento de los cómplices, quando el reo está

ya confeso y convicto, parece que es uno de estos medios necesarios para la conservacion de la tranquilidad pública; luego en este caso tendrá obligacion el reo de descubrirlos, y el magistrado un derecho para obligarle por la fuerza quando se resista á hacerlo. A mí me parece que efectivamente el reo en la hipótesi sobredicha, y por los motivos que se expresan tiene obligacion, y el magistrado un derecho para exígir esta confesion ó descubrimiento de los cómplices, ¿mas lo podrá hacer por la tortura? ¿es este un medio justo? Yo no lo creo.

Por que, ó el reo está resuelto á descubrir los cómplices, ó no. Si está resuelto es inútil el tormento, porque el magistrado sin este medio tan violento conseguirá lo que pretende preguntándose lo al reo; si está determinado á no

descubrirlos, este medio es pernicioso, porque ó sufrirá los tormentos sin descubrirlos, y con esto no se consigue sino estropear á un infeliz sin que de ello resulte algun bien, ó nombrará como cómplices los que no lo son; y así la ley expone los inocentes á sufrir injustamente una pena tan horrorosa por solo el dicho de uno, que siendo un verdadero delincuente, ha perdido el derecho á que se le crea. Hay muchos egemplos de reos que en los tormentos han declarado, con el fin de vengarse, ó por otros motivos, que eran cómplices en el delito personas inocentes que no habian tenido ninguna parte en él. Por donde se vé que la tortura para descubrir los cómplices es injusta, inútil, y perniciosa.

Tampoco puede considerarse la tortura del reo para obligarle

á confesar su delito, que es la que mas comunmente se usa como una regla segura para averiguar la verdad, porque este medio no tiene conexi3n alguna con ella, sino con las fuerzas 3 robustez del cuerpo. El que es fuerte y robusto, por mas delincuente que sea, sufrirá los dolores; y sabiendo que persistiendo en la negativa queda libre, negará siempre el delito; mas un hombre débil, de pocas fuerzas, y mucha sensibilidad, aunque sea inocente preferirá la muerte á este suplicio, y confesará un delito que no ha cometido. ¿Pero no les impedirá hacer esta confesion falsa el temor de la infamia, que suele ser mas poderoso que el de la muerte? No ciertamente, porque el que sufre el tormento ha perdido ya su reputacion, y por consiguiente el temor de la infamia no tiene ni

puede tener ninguna fuerza en él.

Los progresos que han hecho las luces de la filosofia y de la razon ya han desengañado á las gentes, y han mudado la opinion pública sobre este objeto. En otro tiempo se creía que la tortura era un medio infalible para descubrir la verdad; hoy todo el mundo cree que solo descubre la mayor 3 menor robustez del reo, y que si lo llevan al suplicio solamente porque se le ha arrancado esta confesion por unos medios tan crueles y tan injustos, la opinion pública le tiene por inocente, se llena de compasion por él, y de ódio y de indignacion contra los jueces inhumanos que se han servido de esta práctica para quitar la vida á un hombre, y de desprecio contra la ley injusta que la autoriza.

La ley misma que autoriza el

tormento confia muy poco en la eficacia de este medio para averiguar la verdad, porque en muchos casos dá derecho á los jueces para que en el mismo auto de tortura determinen que sea sin perjuicio de las pruebas del delito que resultan de los autos contra el reo; y en virtud de esta reserva, el juez no deja de condenar al reo por mas que en el tormento haya persistido negando el delito á otras penas distintas de la muerte. ¿Pero no será la tortura útil á lo menos para purgar la infamia que habia resultado contra el reo por las sospechas y los indicios del delito? Así lo han creido los magistrados y los jurisconsultos antiguos, que contentos con seguir la práctica que hallaban establecida en los tribunales, siempre entraban en el santuario de la ley con los ojos de la razon cerrados.

Estos hombres ciegos, que no hacian uso de la razon, creían que la tortura era un medio infalible de descubrir la verdad; y así el que sabia sufrir con firmeza el tormento, era absuelto y declarado inocente; y en concepto de estos bárbaros magistrados, esta declaracion le purgaba de la infamia que habia contraído por haber sido puesto en juicio por delitos infamantes, y restablecido en su honor desde el momento que recobraba su libertad. Creyeron que la ley sola arreglaba y determinaba la infamia, y ella sola la destruía.

Si hubieran consultado la experiencia y la razon, hubieran conocido que la infamia depende de la opinion pública; que por mas que la ley declare infame á alguno, si en el concepto del pueblo no se reputa por tal, y no ra-

tifica la determinacion de la ley, nunca pasará por infame: como por el contrario, si la ley absuelve á alguno de la infamia, de nada le servirá si la opinion pública por el mismo hecho lo tiene por despreciable y sin honor. Por donde se vé que la tortura no puede servir ni al malvado ni al inocente para recobrar su opinion, sino que entrambos sufriendola con constancia sin confesar el delito, en el concepto de las gentes se quedan infames; con esta diferencia, que en el inocente, á la infamia del delito que ha contraído por haber sido acusado en juicio, se le añade la infamia de la prueba; y así se le hacen sufrir injustamente tres gravísimos males, el de los tormentos, y los de las dos infamias.

A todo esto se añade, que sin saber si el reo es delincuente ó no

se le hace sufrir una gravísima pena, y se le castiga descoyuntando sus miembros, y haciéndole inútil para la patria y para su familia, extendiendo esta horrible práctica su injusticia y su ferocidad sobre sus padres, su muger, y sus hijos, que quizas no tenían otro medio para poder subsistir.

Finalmente, para conocer la injusticia y la inutilidad de la tortura, no hay mas que detenerse un momento sobre esta verdad que es muy obvia, es á saber; que el tormento añade un nuevo motivo al delincuente para no confesar el delito, y al inocente otro muy poderoso para que confiese que es reo del delito que no ha cometido. El primero sabe que no le queda otro arbitrio, para librarse de la pena que merece el delito de que le acusa su conciencia, que sufrir el tormento con cons-

tancia y negarlo; el inocente satisfecho de que su conciencia no le remuerde nada, confesará el delito esperando que tarde ó temprano se descubrirá su inocencia, y evitará la pena de muerte. Esta esperanza será mucho mas vigorosa quando se vea próximo á sufrir los tormentos, porque la experiencia nos enseña que el hombre prefiere un mal mas grave, quando es futuro é incierto, á otro menos grave que es presente y cierto. Es evidente, pues, que el inocente preferirá á los horribles dolores de presente que el tormento le hace sufrir la confesion de un delito que no ha cometido, la qual le expone á la muerte futura; pero tan incierta, que su misma inocencia le hace creer que la ha de evitar. Y así la tortura destinada para averiguar el delito y castigarlo, es el medio mas poderoso

para hacer que se oculte con mayor esfuerzo, y quede sin castigo el delincuente; y es un motivo muy poderoso para que el inocente confiese el delito que no ha cometido, y sufra la pena infame de la muerte.

¿ Es menester mas que esta sola consideracion para mirar con el mayor horror una práctica tan cruel, tan injusta, tan inhumana, y tan inútil para el fin que la ley se propone? ¿ Y se conservará todavía contra todas las luces de la razon en los tribunales de las naciones cultas y civilizadas de la Europa? Las luces de la filosofía y de la razon que ván disipando por todas partes las tinieblas, es de esperar que por fin llegarán á penetrar á los gabinetes de los Soberanos; y haciéndolos mas humanos y sensibles, se compadecerán de los males que hace sufrir

á la humanidad en su libertad, su honor y su vida *esta práctica tan horrorosa*, y desterrarán para siempre de los tribunales este monstruo feroz, proponiendo un nuevo método claro y sencillo para averiguar la verdad en los juicios criminales.

El legislador debe procurar evitar con el mayor cuidado en la teoría de las pruebas judiciales que debe establecer de nuevo para sustituirla á la antigua, que hemos visto que está llena de errores y contradicciones, dos extremos enteramente opuestos, es á saber; la impunidad del delincuente, y la condenacion del inocente.

Para condenar á la pena á un ciudadano, es necesaria una certeza moral de que ha cometido el delito que la ley prohíbe con tal pena. Sin esta certeza no se le

puede hacer sufrir la pena de la ley sin cometer una injusticia y una violencia. En este principio todos convienen, los antiguos y los modernos. Pero ¿qué reglas se han establecido para dirigir el entendimiento á fin que llegue á esta certeza moral? ¿Ha determinado hasta ahora la ley cómo se debe exáminar la verdad de un hecho? ¿Nos ha dado una idea clara y precisa de lo que es esta certeza moral? Pues sin estos conocimientos y estas reglas no es posible proceder con acierto al exámen del valor de las pruebas judiciales.

Para proceder con algun órden en esta materia, fijemos ante todas cosas la idea de la certeza moral. La certeza moral es el estado de seguridad en que se halla nuestro entendimiento de que una proposicion que contiene ideas

morales, ó hechos humanos, es cierta, como el valor de los testimonios, de los indicios, monumentos &c., importa poco de que la cosa en sí lo sea ó no. La certeza de la cosa no es lo que constituye la certeza moral, porque puede ser la cosa en sí cierta, y yo dudar de ella; puede ser falsa en sí, y yo tenerla por cierta: así esta certeza moral solo es el estado de seguridad en que se halla mi alma, que es el resultado de algunas razones que la han convencido de que la cosa era cierta. La verdad ó falsedad está en la proposición; mas la certeza ó la incertidumbre, y la duda, está en el ánimo; y está varia en mas ó menos grados, según las diferentes disposiciones en que se halla.

Un hombre puede estar cierto de la verdad de un hecho, y éste ser falso; puede dudar de él, y

éste ser verdadero; puede dudar de un hecho, y otro estar cierto de él; y puede estar cierto de él, y otro dudar.

Para condenar un hombre á una pena es necesario estar cierto que ha violado la ley, pues si le condena no estando cierto comete una injusticia, falta á su deber, y le hace un agravio notorio, porque le castiga como delincuente no siéndolo, ó á lo menos no constándole que lo sea. Pero supongamos que esté cierto moralmente que ha cometido el delito, si solo con esta certeza moral puede condenar á un reo, nuestra vida, nuestra libertad, y nuestra honra, dependerán del capricho de un hombre. Porque esta certeza hemos dicho que consiste en la disposición del ánimo que está seguro de que el hecho es cierto, siendo así que puede tener esta

certeza aunque el hecho sea falso; y así podrá suceder que tres jueces juzguen del mismo hecho de diferente manera segun las diferentes disposiciones de su ánimo; el uno podrá tenerlo por cierto, otro por dudoso, y otro por falso. El primero condenará el reo á la pena decretada por la ley, el segundo suspenderá su juicio, y el tercero le absolverá. Para evitar estos inconvenientes y el peligro á que estaria expuesta la libertad, la vida, y el honor de los ciudadanos, y precaver la arbitrariedad de los jueces que sería suma é ilimitada si pudieran juzgar y determinar la verdad de los hechos por sola su certeza moral, es necesario que el legislador establezca por sus leyes esta certeza moral para evitar todos estos inconvenientes; de manera que el juez no pueda formar certeza moral de algun hecho, si-

no quando haya juzgado de él segun las leyes que el legislador haya propuesto para formar este juicio sobre la verdad ó falsedad de él.

En todo código criminal deben ponerse las leyes que arreglen las pruebas legales, de modo que toda prueba que no esté hecha conforme á estas reglas no debe tener ninguna fuerza, y el delito no debe suponerse bien probado; y los jueces que exáminen la verdad de la acusacion, no deben responder sino *que la acusacion es cierta, que es falsa, ó que es dudosa*; y en consecuencia en el primer caso debe condenarse el reo á la pena de la ley, en el segundo absolverle enteramente, y en el tercero suspender el juicio restituyéndole la libertad.

La ley debe establecer que para declarar verdadera la acusa-

cion debe haber certeza moral en el juez, y las pruebas del delito deben ser como la ley determina. Estando de este modo unida la certeza moral con el criterio de la ley, no se debe temer ni la arbitrariedad del juez ni los peligros á que de otro modo estarían expuestas la vida, la libertad, y el honor de los ciudadanos. Para declarar falsa la acusacion, no debe haber ni certeza moral en el juez ni pruebas legales; y para declararla dudosa, basta que una de las dos cosas falte á la acusacion.

Con esta combinacion se ponía un freno á la arbitrariedad de los jueces, se hacía tranquila su conciencia, y se ponía en seguridad la libertad, la vida, y el honor de los ciudadanos. Porque ni la certeza moral del juez serviría por sí sola para absolver ó conde-

nar al reo, ni tampoco las pruebas legales, sino que para este efecto era preciso que las dos cosas se combinasen; pero cada una de por sí tendría bastante fuerza para defender la inocencia y no para oprimirla.

Si el juez fuese muy corrompido no podría causar otro daño que dejar la acusacion y al acusado *sub judice*, que es el mínimo de los males en estos juicios. Si el acusado verdaderamente fuese delincuente, abandonaría inmediatamente su patria por no exponerse á sufrir otro juicio presentando nuevas pruebas el acusador, porque en este caso no podría estar en ella con tranquilidad. Si la teoría de las pruebas se estableciese de este modo por la ley, tendría ciertamente muchas ventajas sobre el sistema antiguo, y no estaría sujeto á los vicios y errores que se hallan

en él. Los jueces, según este plan, no podrían quando falta la prueba plena del delito imponer penas arbitrarias; abuso enorme que compromete la libertad de los ciudadanos, dejándola dependiente, no de la ley, sino de la voluntad de un particular.

Las reglas que deben determinar el criterio legal, es necesario que estén fundadas sobre este principio: *que la inocencia debe estar con toda seguridad, y el delito no debe quedar impune*, el qual es una consecuencia de la naturaleza de la sociedad civil. No hay cosa mas horrenda que un inocente puesto en manos del verdugo por la ley, que es la que debe proteger la inocencia de los ciudadanos, su vida y su libertad, siendo víctima del fraude y de la calumnia; y así todos los medios que se tomen por el legisla-

dor para asegurar la libertad y tranquilidad de los ciudadanos, que son el objeto de la ley y de la sociedad, nunca serán bastantes; y si no hace uso de la autoridad que la sociedad le ha confiado para este fin, hace un abuso intolerable y funesto de ella.

Al mismo tiempo que se debe asegurar por todos los medios posibles la inocencia, la libertad, y tranquilidad del ciudadano, es preciso que no quede impune ningún delito, porque esta impunidad destruye la libertad dejando libres las pasiones; y por el contrario, la pena que la ley establece contra los delitos, y la ejecución de ella por la fuerza armada, las refrena; y el malvado no se atreve á insultar al hombre de bien, ni á turbar el orden público que es el que conserva la tranquilidad y seguridad. Y así las prue-

bas legales no deben pedirse con tanta delicadeza y escrupulosidad que sea absolutamente imposible probar ningun delito, porque en este caso los delitos quedarian impunes y se perderia la seguridad de los ciudadanos, y las leyes serian consejos y no sanciones penales emanadas de la autoridad pública. La demasiada seguridad en los procesos destruye la seguridad de los ciudadanos.

Por tanto, las reglas del criterio legal deben fijarse de manera que dejen al inocente la seguridad mayor que sea posible de no ser condenado, y al delincuente la esperanza menor que sea posible de no ser castigado. Conforme á los principios que dejamos sentados, el legislador podrá establecer las reglas siguientes para fijar el criterio legal sobre las pruebas judiciales de los hechos.

1.^a Todo hombre que no tiene interés en alterar ú ocultar la verdad, y que está en su sano juicio y no es estúpido ni imbecil, y tiene expedito el uso de sus sentidos, puede ser testigo idóneo en la prueba testimonial; mas el juez determinará sobre la credibilidad de cada testigo.

2.^a Un testigo solo nunca formará una prueba legal; y quanto diga el reo contra sí no tendrá ningun valor ni fuerza. Francisco Becerra

3.^a Dos testigos de vista uniformes sobre un hecho hacen una prueba legal; sobre los dichos la harán tambien si son uniformes en las palabras, en el sentido de ellas, y en las circunstancias que pueden alterar ó modificar el significado; mas el testimonio sobre los dichos nunca será una prueba legal sobre los delitos de hecho.

4.^a El testigo antes de declarar

rar jurará decir verdad; y el presidente del tribunal le hará saber que la ley condena á la misma pena al testigo falso que al calumniador. Hará su declaracion á presencia del tribunal y del reo; y éste podrá interrumpirle, alterar con él, hacerle preguntas y reconvencciones; y todo lo que se diga por una y por otra parte se escribirá con las mismas palabras.

5.^a Los testigos á favor del reo depondrán en la misma forma y con la misma solemnidad. El reo y acusador se hallarán presentes, y éste podrá interrumpirles, alterar con ellos, reconvenirles, y hacerles varias preguntas. En igualdad de prueba la favorable al reo debe siempre prevalecer.

6.^a Los testigos que produce el reo para que tenga valor y fuerza deben deponer un hecho positivo, de donde pueda deducirse la

prueba para destruir la acusacion. La deposicion sobre no hechos es nula.

7.^a Los testigos que producen el acusador y reo serán compellidos á venir al juicio á deponer bajo la pena establecida por la ley.

8.^a El juramento se exigirá siempre de los testigos del acusador y de los jueces, pero nunca del reo.

Estas son las reglas que deberian seguirse en la prueba de los testigos para fijar el criterio legal, y llegar á formar el juez la certeza moral. Para fijar el criterio legal sobre la prueba de escrituras, y otros documentos, podrán servir las reglas siguientes para las pruebas escriturarias.

Primera. Una escritura auténtica que prueba inmediatamente el delito, y el autor del delito con su propia fé y autoridad será

prueba legal. Si no es auténtica la confrontacion de caracteres hecha por peritos nunca será una prueba legal, porque los peritos juzgan, pero no son testigos; dicen, estos caracteres nos parecen semejantes, mas no son los mismos; su juicio puede ser falso, porque hay algunos que saben imitar perfectamente la letra de otros.

Segunda. Si la escritura misma no es el cuerpo del delito, ó no manifiesta inmediata ó directamente el delito, si no que presta solamente argumentos para demostrar el hecho, por mas auténtica que sea nunca será una prueba legal.

Sobre las pruebas de indicios se podrán establecer las reglas siguientes.

Primera. Un indicio nunca hará prueba legal sino está ne-

cesariamente conexo con el hecho.

Segunda. Quando muchos indicios concurren á probar un solo indicio, ó quando muchos argumentos de un hecho nacen de un solo argumento, como la multitud de ellos no tienen mas fuerza que aquel solo y único de donde nacen, no se pueden reputar sino como un solo indicio, y así no harán jamás prueba legal.

Tercera. Los hechos accesorios que suministran los indicios ó los argumentos para el hecho principal no deben ser probados con otros indicios, sino con la prueba testimonial.

Quarta. Para formar una prueba legal de indicios debe haber muchos indicios distintos, de manera que no tengan dependencia unos de otros, sino que todos deben concurrir á demostrar con evidencia el hecho principal, y

que cada uno de ellos esté apoyado sobre el testimonio de dos testigos idóneos.

Quinta. Un testigo solo de vista, y la confrontacion de la letra hecha por expertos, no forma una prueba legal; pero sí un indicio que junto con otros puede formar una perfecta prueba de indicios.

Sexta. La prevaricacion del acusador solicitada por el reo, despues de haberse empezado la acusacion, forma un indicio contra el reo.

En los delitos que dejan vestigios despues de haberse cometido, que se llaman de hecho permanente, ninguna prueba tendrá valor legal sino existe el cuerpo del delito.

Estas reglas deben fijar el criterio legal, y servir de escudo á la libertad y seguridad de los ciudadanos contra la ignorancia ó

la malicia de los jueces. Sin embargo de la prueba legal, un juez ilustrado y recto podrá opinar que el reo debe ser condenado, no obstante la falta de prueba legal ó su existencia, estando cierto por otra parte que el reo es ó inocente ó culpable. Quando su certeza moral se opone al criterio de la ley, tiene en su mano el *non liquet*, ó la acusacion es incierta. Al paso que esta facultad que se deja á los jueces puede ser utilísima á la libertad y seguridad de los ciudadanos, su abuso puede causar gravísimos perjuicios al Estado; y para precaverlos, el legislador deberá tomar algunas precauciones, de las cuales hablaremos en el discurso siguiente.

INDICE

de los capítulos contenidos
en este quarto tomo.

	Páginas.
Cap. I. <i>Introduccion</i>	i
Cap. II. <i>Primera parte del juicio criminal. De la acusacion judicial entre los antiguos</i>	10
Cap. III. <i>De la acusacion judicial entre los modernos</i>	37
Cap. IV. <i>Nuevo sistema que debe seguirse en la acusacion criminal</i>	62
Cap. V. <i>Reforma que debe hacerse en el método de proceder por pesquisa</i>	81
Cap. VI. <i>Segunda parte del proceso criminal. La notificacion al acusado, y la seguridad de su persona.</i>	90

Cap. VII. Reforma que debe hacerse en esta parte del proceso criminal.	110
Cap. VIII. De las condenaciones en rebeldía.....	116
Cap. IX. Tercera parte del proceso criminal. De las pruebas, y de indicios de los delitos.....	125
Cap. X. Continuacion del mismo asunto. De la confesion libre, y de la confesion que se arranca con violencia.....	145
Cap. XI. Paralelo entre los juicios de Dios de los tiempos bárbaros, y el tormento.....	159
Cap. XII. Principios fundamentales, de los quales debe depender la teoría de las pruebas judiciales.....	207
Cap. XIII. De la certeza moral.....	208
Cap. XIV. Resultados de los principios precedentes.....	217
Cap. XV. Cánones de judicatura que	

deberian determinar el critero legal.....	224
Cánones de judicatura para las pruebas testimoniales.....	231
Idem para la prueba por escrito.....	241

TOMO II.

<i>Páginas.</i>	ERRATAS.	CORRECCION.
XVIII.....	Es caso.....	<i>es acaso.</i>
CXXII....	ó le destruyen.	<i>ó la destruyen.</i>
CXXVIII.	una especie de gobierno.....	{ <i>una misma especie de comercio.</i>
CLI.....	ojos puestos al código.....	{ <i>ojos puestos en el código.</i>
CLIII.....	y reducido.....	<i>y reducidos.</i>
7.....	pero la de un..	<i>pero el de un.</i>
Idem.....	ó la de un.....	<i>ó el de un.</i>
13.....	poder ser castigos.....	{ <i>poder ser testigos.</i>
29.....	las sieras vecinas.....	{ <i>las tierras vecinas.</i>
95.....	duarnte.....	<i>durante.</i>

TOMO III.

Páginas. ERRATAS. CORRECCION.

XLVII.	excede.....	exceden.
27....	del fausto.....	el fausto.
74....	y las ha.....	y la ha.
87....	le impunidad....	la impunidad.
114....	poder dar á su dicho.....	{ dar fé.
168....	suficientes.....	insuficientes.
177....	le quedan.....	les quedan.
178....	gustaría.....	gustará.
192....	en.....	un pueblo.

TOMO IV.

Páginas. ERRATAS. CORRECCION.

4...	abolidos.....	abolidas.
11...	quia hac.....	quia hoc.
14...	y se obligaba....	y se le obligaba.
154...	en esta.....	á esta.
193...	que nace.....	la que nace.
269...	se considera co- mo una pena.....	{ se considera me- nos como una pena.
idem.	y un mandato....	{ que como una inspiracion y un mandato.

Francisco Becerra

CIENCIA
DE LA LEGISLACION.

LIBRO TERCERO.

PARTE PRIMERA.

De las leyes criminales.

DEL JUICIO CRIMINAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

Introduccion.

Las leyes políticas y económicas, de las cuales se ha hablado extensamente en el libro anterior, tienen por objeto la conservación de los ciudadanos; y las criminales su tranquilidad. Es inútil prescribir al ciudadano lo que debe hacer y

lo que no debe hacer si no interviene el interés personal sancionando las mismas leyes. El interés personal de todo hombre es conseguir algún bien, ó evitar algún mal. Por consiguiente la esperanza y el temor son los dos apoyos de las leyes. La legislación criminal no debe manejar sino la última de estas dos pasiones. Las penas con que amenazan las leyes llenan de terror al que quisiera quebrantarlas, y defienden por este medio la tranquilidad de los demás ciudadanos, que sabedores del peligro á que se exponen los que se atreven á turbarla, viven tranquilos bajo la protección de las leyes. Esta conciencia y esta tranquilidad es la que se llama libertad civil: la verdadera y única libertad que puede conciliarse con el estado social.

Más no son las penas solas establecidas contra los delitos las que hacen que la legislación criminal sea propia para inspirar esta preciosa tranquilidad y libertad cívica. Si no protegen al inocente contra el calumniador; si al mismo tiempo que quita toda esperanza de impunidad al que es verdaderamente reo, no asegura la inocencia contra las fal-

sas acusaciones de un impostor astuto, llegará á ser una espada igualmente espantosa al ciudadano que desea violar la ley, y al hombre de bien que la observa religiosamente. Las penas que entónces se impongan al delincuente dejarán siempre lugar para dudar de su justicia. En medio del vano espectáculo de los suplicios, la desconfianza y la compasion preguntarán siempre, si el que se inmoló es inocente ó culpable. Lejos de tener aquella complacencia y alegría que la protección de las leyes inspira en el momento que manifiestan su fuerza, y ejercen su imperio, el tímido ó inocente espectador experimentará entónces aquel terror que produce la sospecha de haber sido abandonado.

Debe, pues, combinarse en la legislación criminal el temor del malvado con la seguridad del inocente.

Por desgracia de la Europa las leyes criminales en la mayor parte de las naciones no llegan á conseguir ninguno de estos dos objetos. Los vicios casi universales del juicio criminal, la mezcla monstruosa de los principios de la jurisprudencia Romana con los de la legis-

lacion de los bárbaros, del sistema feudal y de las leyes canónicas, que en parte están abolidos, y en parte se conservan; algunas máximas contrarias á la libertad del hombre, destructivas de los derechos mas preciosos del ciudadano, nacidas en algunas circunstancias, en que acaso una necesidad imperiosa ó la ignorancia de los tiempos podia, si no legitimarlas, á lo menos excusarlas, adoptadas despues como otros tantos cánones de judicatura en nuestros tribunales, donde se transmiten con una estúpida veneracion los antiguos errores y rancias preocupaciones, se conservan como una herencia fideicomisaria en la misma familia por muchas generaciones. En fin, la dialéctica de las escuelas que la filosofía aristotélica, comentada, ó por mejor decir, alterada por los Arabes, y llevada por los Sarracenos á la Palestina y España, introdujo en la religion y en la política, y que inundando la Europa, confundiendo todos los ingenios, y sacrificando la realidad de las cosas á una pueril nomenclatura, hizo que la divinidad, no ménos que la legislacion, pasase por los filos sutilísimos de las distinciones lógi-

cas, y de las sutilezas metafísicas con una prodigiosa destreza, que no servia sino para mostrar la sagacidad del espíritu humano aun en el momento que abusa de sus fuerzas: todas estas causas han contribuido para llenar de tantas tinieblas aquella parte de la legislacion que debería ser la mas sencilla y la mas clara, es á saber, la que está destinada á arreglar el juicio criminal; de modo que podemos afirmar con toda certeza, que no hay delito por manifesto que sea que no pueda quedar impune con el auxilio de este método de proceder absurdo y complicado, ni hombre de bien que no pueda ser inquietado por conocida que sea su inocencia.

Así, pues, los dos objetos generales de esta parte de la Ciencia legislativa relativa á las leyes criminales, son hallar ánte todas cosas el método mas sencillo que sea posible de proceder, y despues examinar las penas que deberían prescribirse á los diversos delitos proporcionándolas á su *cualidad* y á su *grado*, es á saber, á todas aquellas circunstancias que los hacen mas ó menos graves, mas ó menos perjudiciales, mas ó menos horro-

rosos (1). Algunos hombres benéficos y sensibles han ilustrado un poco la parte penal de este ramo importantísimo de la legislación. Los aplausos del público, algunas reformas saludables que se han hecho en algunos estados por sus instrucciones, y las bendiciones sinceras de aquellos pocos hombres que se interesan por el bien de sus semejantes, han coronado sus escritos y premiado sus útiles trabajos (2). Pero la otra parte de estas leyes, la mas difícil de repararse, y la mas interesante, ha quedado en su antigua obscuridad. El clamor universal contra la irregularidad del modo actual de enjuiciar, no ha hecho nacer hasta ahora algun nuevo método que pueda substituir-

(1) Estas expresiones se comprenderán en toda la extension y precision con que yo las uso, quando se llegue á la segunda parte de este libro.

(2) Espero que quando el lector llegue á la segunda parte de este libro, que está destinada para arreglar el código penal, conocerá el inmenso espacio que quedaba por ocupar. ¿Lo correré yo enteramente? El lector lo juzgará.

se al antiguo. La filosofía se ha detenido en exâminar algunas de sus partes, que son notoriamente las mas viciosas; mas no habiendo extendido aun su vista sobre toda la máquina, sus esfuerzos han sido hasta ahora inútiles. Un sistema vicioso en el todo, hace necesarios los vicios mismos de sus partes; y se aumenta el desórden quando se quiere reparar alguna de éstas sin remediar el todo.

Dejemos, pues, estas invectivas parciales, y exâminémos el sistema del juicio criminal en toda su extension: recorramos todas las partes de que se compone y todos sus vicios; pero no mostremos al huésped tranquilo la espada que está pendiente sobre su cabeza, sin indicarle la impenetrabilidad del escudo que debe defenderle: propongamos al mismo tiempo la pintura de los males, y los remedios mas propios para curarlos. Este mos de buena fé con nosotros mismos en esta segunda operacion, que es la mas difícil; esforcémonos en superar todos los obstáculos que se presentan, sin ocultar los que no háyamos podido vencer; hagamos de modo que el lector conozca nuestra fuerza y nuestra debilidad; ma-

manifestémosle los mas ocultos defectos de nuestro plan si no hemos podido evitarlos, pero no recurramos al fraude con que algunos escritores superficiales procuran hacer ilusion mas bien que instruir á sus lectores; procuremos convencernos nosotros mismos ántes de pensar en convencer á los otros, y hagamos un exámen profundo de la legislación de todos los pueblos y de todos los tiempos. Si la luz de la razon nos guia en este exámen, podremos encontrar en las leyes viciosas y corrompidas el gérmen de las buenas. Consultemos, pues, la antigüedad, y veamos si entre los fragmentos que nos ha conservado la memoria de los tiempos sobre el modo con que procedian en los juicios criminales los Griegos, los Romanos y las naciones mas cultas y mas libres, podemos adoptar algun expediente saludable, y acómodar algun otro al estado presente de las cosas; veamos si la oposicion que hay entre el método de los antiguos y el nuestro es necesaria ó abusiva; si estos dos métodos opuestos podrian combinarse entre sí de modo que el uno diese al otro una nueva fuerza; aprovechémosnos de las luces que nos ofrece el código

criminal de cierta nacion de la Europa (1), que si en la parte penal es tan vicioso como los otros, es admirable al mismo tiempo en la que tiene por objeto la formacion del proceso; en una palabra, exáminémos todo lo que se ha hecho y lo que se hace, para ver al mismo tiempo lo que deberia hacerse para quitarle quanto sea posible el temor al inocente, la esperanza al reo, y la arbitrariedad á los jueces.

Para ejecutar mas fácilmente esta empresa, para dar cierto orden á mis ideas, y proceder en materia tan confusa y complicada con aquella claridad que debe ser inseparable de toda discusion política, dividiré el juicio criminal en seis partes. La 1.^a tiene por objeto la acusacion. La 2.^a la citacion del acusado y la seguridad de su persona. La 3.^a las pruebas y los indicios del delito. La 4.^a la division de las funciones del juez, y la eleccion de los jueces del hecho. La 5.^a la defensa del reo; y en fin la 6.^a la sentencia.

Empecémos por la acusacion (2).

(1) La Inglaterra.

(2) Antes de entrar en materia suplico

CAPÍTULO II.

PRIMERA PARTE DEL JUICIO CRIMINAL.

De la acusacion judicial entre los antiguos.

La libertad, ó por mejor decir, el derecho de acusar ha sido una de las prerogativas de la ciudadanía en muchas naciones y por espacio de muchos siglos. El interés comun é igual que tie-

al lector que no se admire del Injo aparente de notas que hallará en esta parte de mi obra. Las invectivas que hacen los doctos contra las obras de los modernos, que parecen enemigos de ilustraciones y citas, me han determinado á precaver estas reprecensiones que por otra parte no son del todo injustas. El que quiera fiarse de mi palabra podrá omitir la lectura de las notas que solamente se han puesto para los lectores mas suspicaces y desconfiados, y de este modo podrá seguir mas fácilmente el curso de mis ideas, y comprender el enlace que tienen entre sí.

nen todos los individuos de una sociedad en la conservacion del orden público, en la observancia de las leyes, en la disminucion de los delitos, y en el terror de los malvados, ha hecho creer á los mas sábios legisladores que no podía negarse á un ciudadano el derecho de acusar á otro. Esta opinion análoga á todos los principios sociales fué adoptada por los Hebreos (1), Egipcios (2),

(1) Deuteron. 19. v. 17. y 25. v. 1. Sisonio *lib. 6. cap. 7. de Republic. Hebræorum*, prueba evidentemente que entre los Hebreos en los juicios ordinarios criminales no se conoció otro modo de proceder sino el de la acusacion, y nos ha conservado la fórmula por la qual el acusador intentaba su acusacion, y designaba la pena que creia se debia imponer al reo. *Judicium mortis est vivo huic, quia hac, aut illud fecit.* Ibid. *lib. 6. cap. 4. y 5.*

(2) Entre los Egipcios no solamente era permitido á todos acusar, sino que estaban expresamente obligados en algunos delitos. Si por ejemplo, alguno veia cometer un homicidio, y no acusaba al autor ante el magistrado, era castigado. Véase á Diod. *lib. 1.*

Griegos (1), y Romanos (2).

En estos pueblos la tranquilidad pública, y la seguridad privada se afianzaban mutuamente con el recíproco cuidado de los ciudadanos, y con las rigurosas penas establecidas contra los calumniadores. Por una parte la libertad de acusar hacia difícil la ocultacion de los delitos, rara la impunidad, y menos frecuentes aquéllos; y por otra la severidad

(1) Véase á Lucian. *de non temere credendo calumniae*, version de Melanchton. tom. 1. pág. 818. Maxim. Tyr. *dissert.* 39. Tomas. *Dissert. de orig. Proces. inquisit.* La libertad de acusar entraba tambien en el plan de la célebre legislacion de Platon. Véase su tratado de *legibus dialog.* 11. donde habla del homicidio y del parricidio, de los testigos falsos, y de los litigantes turbulentos; y el *Dialog.* 12. donde habla de la pena que debe imponerse al acusador que no tuviese en su favor la quinta parte de los votos, &c.

(2) *L. 8. D. accusat.* En esta ley, y en las siguientes se manifiesta cuáles son las personas á las quales por una excepcion de la regla general, no era permitido acusar, y muy en breve hablaré de ellos. No refiero

con que era castigada la calumnia aseguraba la tranquilidad del inocente, y amedrentaba al que se hubiera atrevido á turbarla. Entónces no era una mano mercenaria la que por un levísimo indicio arrastraba un ciudadano á la cárcel; no se turbaba á tan poca costa la paz del hombre. El acusador debía estar bien seguro del delito, viendo que se exponia á que cayese sobre sí todo el rigor de la ley si su acusacion era calumniosa. Esta era pública, se hacia saber al acusado, é iba acompañada de las mas terribles promesas. Durante la libertad de la república, y en los tiempos felices del Imperio, el Romano que acusaba debia prometer no apartarse de la acusacion antes que el juez pronunciase la sentencia (1), y se obligaba á

aquí los delitos cuya acusacion no pertenecia sino á la parte ofendida, pues son bien conocidos. Véase á Sigonio *de Judiciis, lib.* 2. cap. 11.

(1) *L. 7. princip. & §. 1. D. de accusat.* No basta que el acusador prometiese no apartarse de la acusacion, sino que era necesario que diese fiadores. Véase *L. 2. C. qui accus. non poss.* y la *L. 1. y 2. C. ad SC. Turpil.* El fin de esta ley era evitar la

sufrir la pena del talion en el caso que fuese convencido de calumnia (1). Él era el que debía probar el delito, y la insub-

calumnia y la prevaricacion; pues si el acusador hubiese podido retirarse antes de la sentencia, hubiera podido librarse de este modo de la pena que la ley señalaba contra los calumniadores, ó transigir con el reo, y favorecer la impunidad de los delitos. Por la misma causa una ley de los Atenienses exigia igual promesa del acusador, como luego lo veremos. Si la acusacion era de algun delito capital, no bastaba la promesa y la fianza, sino que disponian además las leyes Romanas que el acusador se presentase en la cárcel, á no ser que su condicion asegurase al juez de toda sospecha de fuga. Véase la *L. 2. C. de exhib. reis.* y la *L. ult. C. de accusat.*

(1) *L. 2. C. de exhibend. & transmit. reis.* La fórmula con que se obligaba el acusador á la pena del talion era la siguiente: *Ego ille adversum te in rationibus publicis adsisto. Si te injuste interpellavero, & victus exinde apparvero, eadem pena, quam in te vindicare pulsavi, me consvingo, atque conscribo, partibus tuis esse damnandum. Et pro rei totius firmitate manu propria firmo, & honorum virorum iudicio roborandum dabo.* Véase á

sistencia de sus pruebas justificaba al acusado (1). La absolucion de este causaba ordinariamente la ruina del acusador. Bastaba que el Pretor pronunciase aquella ter-

Brissonio formul. lib. 5. Adviértase que he dicho que se usaba de este saludable método en Roma mientras duró la libertad de la república, y en los tiempos felices del Imperio. Porque es cierto que hubo tiempos en que dejaron de estar en uso estas sábias leyes. Sabemos que la máxima fatal pronunciada por Sila, es á saber, que no se debía castigar á los calumniadores, fué adoptada por los tiranos de Roma. Los premios concedidos á los delatores de que habla Tácito *in Ann. lib. 6.*, y Ciceron en la oracion *pro Roscio*, y el nombre de *Quadruplicator, Sectator*, &c. nos hacen ver la alteracion que tuvo en algunos tiempos en Roma esta parte de la legislacion. Mas en el reinado de los Emperadores mas moderados se reclamó muchas veces la observancia de las leyes antiguas, y se promulgaron otras de nuevo contra la calumnia. Se sabe que Tito, Nerva y Trajano pusieron el mayor cuidado en este objeto. Léase á Plinio *in Panegyrico*, á Suetonio *in vita Vespasiani*, y á Polet. *Hist. for. Rom. lib. 4. cap. 2.*

(1) *L. 4. C. de Edendo.*

rible fórmula con que declaraba la acusación calumniosa, para que cayese sobre el acusador la pena señalada por la ley al delito que imputaba al inocente, y para unir á la pena del talion la de la infamia (1).

(1) Si terminado el juicio y absuelto el reo, el Pretor decia al acusador *non probasti*, quedaba libre de toda pena, aunque debia pagar las costas del proceso: *argum. L. 3. C. de his quis accus. non poss.* Mas si pronunciaba aquella terrible fórmula, *calumniatus es*, se le declaraba entónces infame por el edicto pretorio. *L. 1. D. de his qui notant. infam.* y se le condenaba al mismo tiempo á la pena del talion. *L. Non potius 7. y la L. ult. de calum.* La pena del talion contra el calumniador es antiquísima. Diod. *lib. 1.* nos dice que estaba establecida desde tiempos muy antiguos entre los Egipcios. *Dionis. Halic.* nos ofrece una prueba clara de la antigüedad de esta pena no solamente entre los Romanos, sino tambien entre las otras ciudades latinas. Véanse sus *antigüedades Romanas, lib. 4.* donde habla de la calumnia urdida contra Turno Erdonio Latino por Tarquino el soberbio en una junta de las ciudades latinas. Las leyes de las XII Tabas es indudable que la prescribieron. Véase á Polet. *Hist. For. Rom. l. 4. c. 5.*

La ley Remmia fué la que añadió esta nueva pena á la antigua para asegurar mas la libertad civil (1). Aunque el ofendido mismo hubiera sido el acusador ó el magistrado en el juicio extraordinario, no quedaba impune la calumnia manifiesta. La ley se olvidaba en este caso de las excepciones hechas en favor del uno y del otro, y condenaba al talion

(1) Véase á Cujac. *in L. 1. ad SC. Turpillianum.* No ignoro las varias denominaciones dadas á esta ley, que unos la llaman *Memia*, otros *Mumia*, y otros *Rhemmia*; yo me he servido del nombre que se le dá en las ediciones vulgares de las Pandectas *L. 1. §. 1. D. ad SC. Turpill. L. 13. D. de Test.* Esta ley añadió á la pena del talion la de que se imprimiese con un hierro ardiente en la frente del calumniador la letra K, sin entrar en la discusion de si la letra que se imprimia era la C, ó la D mas bien que la K, deo estas averiguaciones minuciosas para los intérpretes filólogos. Véase lo que ha escrito Henrique Breneman en sus dos tratados que se hallan en el tesoro del derecho de Everardo Otton, de los quales el uno tiene por titulo: *Lex Rhemmia, sive de legis Rhemmia exitu liber*
Tom. IV. B

y á la infamia al acusador de mala fé (1). No contenta de las amenazas terribles con que había procurado alejar á los ciudadanos de este delito destructor de la seguridad civil, se sirvió de otro medio muy oportuno para hacer el suceso mas difícil. El acusado estaba autorizado por la ley para poner al acusador un guarda que expiase todos sus pasos, y la manera con que procuraba sostener la verdad de su acusacion (2). Ya conferenciase con los jueces, ya hablase con los testigos, el guarda tenia siempre derecho para asistir á sus conferencias. Era

singularis: y el otro: *Fata calumniatorum sub imperatoribus*. Léase además el erudito comentario del jurisconsulto Bernardo de Ferrante sobre esta ley.

(1) Véase Anton. Matth. *ad lib.* 48. *D. tit.* 17. *cap.* 3. §. 5. 6. 7. y 8. en donde este docto jurisconsulto concilia la aparente antinomia que se observa sobre este objeto entre las *LL.* 2. *C. de his qui accus. non possunt.* 2. *C. de his quib. ut indig.*, y la 14. *D. ad L. Juliam de adult. con las LL.* 2. y 4. *calumn.* *L.* 30. *C. ad Leg. Juliam de adult.* y 37. *D. de minor.*

(2) *Polet. Hist. Fori Roman.* l. 4. c. 7.

tan continua, dice Plutarco (1), la asistencia de este inspector, que el acusador por decirlo así no podia ni aun pensar alguna cosa que él no supiese.

A este remedio directo que por una parte atemorizaba al acusador de mala fé, y por otra aseguraba al acusado, añadieron las leyes Romanas otros indirectos, que servian mas bien para precaver las calumnias, que para castigarlas. Negaron el derecho de acusar á algunas personas sospechosas por su sexó, por su edad, por la bajeza de su carácter, por la indigencia, por el recelo de mala fé, ó por la opinion de su prepotencia. Las mugeres (2), los pupilos (3), los esclavos

(1) Véase á Plutarco. en la vida de Caton de Utica, y en el tratado de cómo se pueda sacar utilidad de la adversidad.

(2) *L.* 1. 2. y 8. *D. de accusationib.* *L.* 4. 5. 9. y 14. *C. qui accus. non poss.* *L.* 19. *C. ad L. Corn. de fals.* Por estas leyes se vé que las mugeres no podian acusar sino por sus propias injurias, ó las de los suyos. Tambien podian acusar los delitos en que se interesaba todo el cuerpo de la república. *L. in questionib. ad L. Jul. Majest.* *L.* 13. *de decurasionib.* *L.* 8. *D. ult.* §. *ult.* *D. ad Leg. Juliam de annon.*

(3) *L.* 2. y 8. *D. de accusationib.*

vos (1), los infames por delito ó por su oficio (2), los que estaban *sub judice* por algun delito de que se les habia acusado (3), los condenados á á alguna de las penas que les privaba de la patria, de la libertad, ó de la estimacion pública (4); los que habian acusado dos reos á un mismo tiempo, ó que habian recibido dinero para acusar ó no acusar (5); aquéllos cuya renta no llegaba á cierta cantidad

(1) Los esclavos á nadie podian acusar, y mucho menos á sus señores, excepto los delitos de *fraudata annona*, de *fraudato censu*, de *falsa moneta*, y de *lesa majestad*, en los quales podian acusar aun á sus mismos señores. Véase la *L. 7. §. 2. D. ad L. Jul. Maj. y la 53. D. de judiciis*, como tambien á los homicidas de sus señores. *L. 1. C. de precibus Imperatori offerendis*, y á sus mismos señores por haber ocultado las tablas del testamento en que se les mandaba su libertad. *L. 7. D. ad L. Cornel. de fals.*

(2) *L. 4. y 8. D. de accus.*

(3) *L. 19. C. qui accus. non poss. L. 9. §. 2. D. de accus.*

(4) *L. 5. D. de pub. jud.*

(5) *L. 8. D. de accus.*

determinada por la ley (1), ó que en un juicio público habian sido condenados como calumniadores, prevaricadores, ó falsos testigos (2); finalmente los magistrados, y todos los que ejercian algun cargo público (3), no podian ser acusadores si no en aquellos delitos que interesaban á todo el cuerpo de la república, ó que ofendian su persona, ó la de sus parientes (4).

Aun hay mas que esto. Si por evitar las calumnias algunos no podian acusar,

(1) *L. 10. D. de accus.*

(2) *L. 4. y 9. D. de accus.*

(3) *L. 8. D. de accus.*

(4) Obsérvense las citadas leyes, y mas que todas las 11. y 13. *D. de accus.* y adviértase que aquí se habla de los delitos de *majestad*. Á estas sábias leyes se debió, segun Plutarco, que el acusar fuese una accion honrosa entre los Romanos: *Id accusandi studium*, dice, *vel sine privata occasione haud ignobile videbatur: quinimmo plurima delectatione eos mirari lauderoque juvenes consuere, quos scelestis, ac flagitiosis hominibus ceu feris generosos catulos, acerrime cernerent incumbentes.* Vid. *Plut. in Lucull.*

por la misma razon otros no podian ser acusados. Los magistrados, los legados, y todos aquellos que *reipublicæ causa*, estaban ausentes de la patria, no podian ser acusados dé delitos que hubiesen cometido antes de ausentarse (1). La ley no queria que un enemigo se aprovechase de su ausencia para calumniarles; ni que la condicion del acusador fuese mejor que la del acusado; ni que el juez juzgase de un hombre que no podia justificarse personalmente.

Por un motivo igualmente razonable el padre no podia ser acusado criminalmente por el hijo (2), el patrono por su liberto (3); el hermano por el hermano (4), el marido por la muger (5), la

(1) *L. hos accusare* 12. *prin. D. de accus. L. 15. D. ad L. Fuliam de adult.* Véase tambien á Valerio Máximo *lib. 13. cap. 7.*

(2) *L. 11. §. 1. D. de accus.*

(3) *L. 8. §. ult. D. de accus. y la L. 21.*

C. qui accus. non possunt.

(4) *L. si magnum* 13. *L. si sororem* 18. *C. qui accus. non possunt.* La ley habla de delitos algo graves.

(5) Solamente podia acusarle de adulte-

madre por el hijo (1), ni el padre de familias por el que habitaba en su casa (2), ó habia sido educado en el seno de su familia (3). La ley veía un acusador sospechoso en aquel que no sabia respetar los vínculos sagrados de la sangre, ó las obligaciones de la gratitud.

Finalmente, el último sello que la ley ponía á la libertad del ciudadano, era la determinacion de cierto tiempo, pasado el qual quedaba prescrito el derecho de acusar. Si para asegurar la propiedad se debió establecer cierta prescripcion para las acciones civiles, parecia muy justo que para asegurar la vida, el honor, y la libertad del ciudadano, se estableciese otra para las acusaciones criminales. No hay cosa mas difícil que defenderse de una acusacion quando se intenta muchos años despues del delito. El tiempo, que

rio, ó lenocinio, si antes habia sido acusada como adúltera por él. *L. 13. §. 5. D. ad L. Fuliam de adult. L. 2. §. 5. D. eadem L. 1. Cod. eodem.*

(1) *L. 5. C. ad legem Corn. de fals.*

(2) *L. penult. C. qui accus. non possunt.*

(3) *L. iniquum* 17. *C. qui accus. non possunt.*

borró de la memoria las circunstancias que le acompañaron, priva al acusado de los medios de justificarse, y ofrece al calumniador astuto un velo para cubrir sus meditaciones imposturas. No se ocultaron á los sabios legisladores de Roma estas reflexiones de tanto peso; y así establecieron cierta prescripción para las acusaciones criminales, que en algunos delitos era de veinte años, y en otros de cinco, de dos, y de uno (1).

Pero no acaban aquí las disposiciones de los legisladores Romanos relativas á las acusaciones públicas. Si la tranquilidad de los particulares exigía que se adoptasen todos estos medios para precaver las calumnias, la tranquilidad pública pedía otros que impidiesen la prevaricación en los acusadores. Vieron que la colusión entre el acusador y el acusado

(1) *L. querela 12. C. ad L. Corn. de fals. L. 1. §. prescriptio, & seq. D. de jure fis. L. 5 y 28. C. ad L. Jul. de adult. L. 29. §. sex mensium & seq. D. eod. L. 1. §. accusationem D. ad SC. Turpilianum.* Véase también á Ant. Matt. in lib. 48. D. tit. 19. cap. 4.

podía frustrar el rigor de la ley, favoreciendo la impunidad del delito; que la libertad de acusar podía ser objeto de industria y de ganancia en manos de un acusador venal; que un ciudadano podía vender su silencio á un delincuente, ó que despues de haber intentado la acción podía ocultar las verdaderas pruebas del delito procurando por ambos medios el que lograrse la impunidad; y que las riquezas, el poder, las relaciones de amistad, ó de interés, podían librar á un delincuente de la sancion de las leyes. Para evitar tan funestos desórdenes no se contentaron con establecer las penas mas severas contra el acusador que prevaricaba, sino que hicieron que la prevaricación fuera funesta para el mismo acusado. Si el prevaricador habia transigido con el reo antes de la acusacion, si habia recibido dinero ó promesas, era castigado como *concusionario* y *extorior* (1); mas si la prevaricación era posterior á la acu-

(1) Véase la obra del célebre Noodt, que tiene por título: *Diocletianus & Maximianus, sive de pactione & transactione criminum. Lib. singul. cap. 12.*

sacion, entonces se añadía á la pena del acusador el peligro del acusado. Se continuaba el juicio, el magistrado hacia las veces del acusador, y desde aquel momento la ley consideraba al acusado como confeso de su delito (1). El acusador era condenado á la misma pena señalada por la ley contra el delincuente, que él habia llamado á juicio; y á la pena del talion se seguia la de la infamia (2).

Á este remedio directo los legisladores Romanos añadieron el indirecto de la divinacion. Si se presentaban muchos ciudadanos como acusadores del mismo delito y del mismo reo, entonces el magistrado debia preferir aquel que á los ojos de la ley parecia tener mayor interés en acusarle, ó que debiera merecer mayor confianza (3). Los otros acusadores firmaban la acusacion; y aunque no estaban obligados á comparecer en juicio, tenían

(1) L. 4. 20. y 34. D. de jur. Fisc. L. ult. de prævaric. y Vinnio Tract. de transact. cap. 7. num. 24. y 25.

(2) L. pen. D. de prævaric. L. 1. y L. 4. §. pen. D. de his qui not. infam.

(3) L. 16. D. de accus.

el derecho de suministrar al preferido las pruebas para el delito, y de velar su conducta. Regularmente el mismo acusador imploraba su auxilio; pero si se ocultaba de ellos, y el magistrado llegaba á sospechar de su mala fé, le obligaba á comunicar con los otros todos los pasos que daba, y á admitir no solamente su asistencia, sino á sujetarse á su cuidado y vigilancia (1).

De este modo se combinaba en Roma la libertad de acusar con la dificultad de calumniar ó de prevaricar, la pesquisa pública con la tranquilidad privada, la mayor seguridad de la inocencia con el mayor terror de los reos. Los mismos medios con poca diferencia producian iguales efectos en Atenas. Los pocos fragmentos que nos han quedado de la legislacion de

(1) Asconio in divin. argum. Gel. lib. 11, cap. 4. Cic. divin. cap. 16. Adviértase que Asconio interpretando un pasage de Ciceron, que dice: *Custodem Tullio me apponite*, cree que por *custodem* Ciceron no entiende el guarda que se ponía por el reo al acusador, sino el suscriptor que debia asistir al acusador preferido; y verdaderamente él merecia este nombre.

aquella célebre república, que fué la maestra de Roma, nos muestran bastante el sistema que se seguía en Atenas en la acusacion judicial. Un célebre escritor que nos ha transmitido una parte de las leyes y costumbres de aquel pueblo, refiriéndonos la vida de sus legisladores, nos ha conservado una ley de Solon por la que se permitía á todo ciudadano acusar al que habia ultrajado ú ofendido gravemente á otro (1).

Otra ley que refiere Demóstenes concede en algunos casos premio al acusa-

(1) *Cuius eum, qui alteri contumeliam intulerit, accusare permixsum esto.* V. Plut. *in vita Solonis.* En Atenas, del mismo modo que en Roma, habia dos especies de acusaciones, públicas y privadas; las primeras se llamaban *κατηγοριαί*, y las segundas *δικαίαι*. En aquéllas todos podian acusar, y en éstas solamente el que habia recibido el agravio. Isócrates nos ha mostrado claramente esta diferencia en la orat. *de Jug.* Las acusaciones públicas, llamadas *κατηγοριαί*, se subdividían en varias clases ó especies, cada una de las cuales comprendia un número cierto de delitos: *γραφην, φασίς, εὐδειξίς, απαγωγή, ἀφηναις, ἀνδροφονία, εισαγγελία,*

ζορ (1). Otra que refiere Andocides ponía al lado de la libertad y de los premios las penas mas espantosas contra la calumnia (2).

Otra que nos ha conservado el mismo Demóstenes exigía del acusador la promesa ratificada con juramento de no retirarse de la acusacion hasta que estu-

eran los nombres que correspondían á las varias especies de las acusaciones públicas. El doctísimo Sigonio en su tratado de *Republica Atheniensium lib. 3. cap. 1.* ha clasificado los varios delitos que correspondían á cada una de estas acusaciones. Me distraeria demasiado de mi asunto si quisiera trasladar aqui esta larga serie que el lector curioso podrá leer en la citada obra. Solamente advierto que la mayor parte de los delitos estaban comprendidos en estas clases, es decir, que la acusacion era pública en la mayor parte de los delitos. Véase Juan Potteri *Archæologia Græc. lib. 1. cap. 22.*

(1) *Doctrans bonorum, que fisco cedunt, illius esto, qui detulerit.* Demost. *in Theocrinem.*

(2) *Indici vera indicanti, impune; si falsa, capital esto.* Andocides *de mysteriis,* & Isocrat. *in orat. de antidosis.*

viese concluido el juicio (1), lo qual era tambien como poco antes se ha observado, un remedio contra la calumnia y contra la prevaricacion. Finalmente la última ley relativa á este objeto es la que ha conservado Filostrato, en la qual se ordenaba que el acusador que no tuviese en su favor la quinta parte de los votos pagase una multa de mil dracmas (2).

Por estas pocas leyes que conocemos, podemos juzgar de aquéllas que con el tiempo se han perdido; y es tambien de presumir, que una gran parte de las leyes de los Romanos, de que hemos hablado, se sacasen de esta fuente. En una república donde el objeto mas importan-

(1) *Accusator juramentum dato, se actionem prosequunturum &c.* Demost. in *Midium*. Los Romanos, como se ha observado, adoptaron este establecimiento de los Atenienses.

(2) Véase á Filostrato *lib. x. de las vidas de los Sofistas*, vida de *Eschines*. Este fué, como se sabe por el mismo autor, condenado á esta pena quando acusó á Ctesifonte. Demóstenes in *Aristoc.* habla tambien de esta disposicion de las leyes Aticas.

te de las leyes era defender la libertad del ciudadano, la direccion de las acusaciones judiciales debia llamar el primer cuidado del legislador. No debemos pues admirarnos, si encontramos sobre este objeto leyes tan sábias en Atenas y en Roma.

¡Mas quién lo creeria! Recorriendo todos los códigos de las naciones bárbaras, exáminando con la luz de la filosofia y de la razon este agregado prodigioso de reglamentos, que parecen los mas caprichosos y mas extravagantes, observados fuera de las circunstancias y de los tiempos en que se dictaron; pero que combinados con el Estado de aquellas sociedades, con la naturaleza de aquellos gobiernos, con la indole de aquellos pueblos, con los intereses, el carácter, preocupaciones, con la ignorancia y la supersticion de aquellos siglos, se hallan á lo menos acompañados de aquella oportunidad necesaria, desconocida en los códigos modernos de la Europa; observando, digo, la legislacion de aquellos tiempos que nosotros llamamos bárbaros, hallaremos la acusacion judicial mas bien arreglada y dirigida en aquellas naciones, que

lo está al presente en los pueblos mas cultos de la Europa. El código de los Visigodos, el edicto de Teodorico, el código de los Longobardos, el de los Alemanes, la ley Sálica, los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico, nuestras constituciones Fridericianas, todo está lleno de sabios reglamentos sobre este objeto.

Despues de haber examinado menudamente todas estas legislaciones, en ninguna he hallado que se niegue al ciudadano el derecho de acusar (1), y donde no se haya pensado en combinar la liber-

(1) Éste no solamente era un derecho entre los Francos, sino que en ciertos casos era tambien obligacion. En la colección de las leyes Sálicas, y particularmente en el pacto *pro tenore pacis dominorum Childeberti, & Clotarii Regum cap. 3.* se castiga como ladrón al que sabiendo el autor de un hurto no le acusaba. En los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico se establece que el juez no pueda juzgar á nadie si no hay un acusador legitimo. Véanse los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico, *lib. 5. cap. 248. de non judicando quemquam absque legitimo accusatore.* Véase tambien el edicto de Teodorico, *cap. 20.*

tad de la acusacion con la dificultad de calumniar. En todas partes he hallado castigada y precavida la calumnia; en algunas puesto el calumniador en poder del acusado, y condenado á la pena del talion como en Roma (1); en otras, obligado el acusador á presentarse en la cárcel, y á sufrir la misma pena si no podia probar la verdad de su acusacion (2); en algunas, expuesto al furor

(1) Véase el código de los Visigodos, *lib. 6. tit. 1. de accusationibus criminis* *cap. 6. Qualiter ad regem accusatio deferatur.*

(2) Véase el célebre edicto de Teodorico, *cap. 13.* Adviértase que no se establece solamente la pena del talion contra el acusador calumnioso en el código de los Visigodos y en el edicto de Teodorico, sino que se halla tambien impuesta la misma pena contra el mismo delito en los capitulares de Cárlo Magno, y en nuestras constituciones Fridericianas. Véanse los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico, *lib. 6. cap. 329. De his, qui innocentes apud Principem, vel apud alios accusaverint.* Y en el *lib. 7. cap. 180. Quod eundem penam passurus sit accusator, si convincere accusatum non po-*

del acusado, á quien la ley daba un derecho bárbaro, pero que no dejaba de intimidar al acusador de mala fé (1); y en otras castigado con una multa muy superior á todas las otras penas pecuniarias, con las cuales eran castigados todos los delitos en muchos de estos códigos (2).

Además de esto he hallado prohibida toda acusacion secreta (3); prohibido al

tuerit, quam reus passurus erat. Véanse tambien nuestras constituciones Sicilianas, que contienen la ley de Federico, y especialmente el *lib. 2. tit. 14. de pœna calumnie contra calumniantes stabilita.*

(1) Véase el código de los Alemanes, *cap. 44.*

(2) En la ley Sállica se ordenaba que el que acusaba á otro de un delito grave, si se hallaba ser falsa la acusacion fuese condenado á la pena de 200 sueldos, y de 62 si el delito era de poco momento, pena muy fuerte si se compara con las otras establecidas en esta misma ley contra los demás delitos. *L. Sállica tit. 20. §. 11.*

(3) Véase el edicto de Teodorico *cap. 30.* donde dice: *Occultis secretisque delationibus nihil credi debeat, sed eum, qui aliquid*

juez juzgar en ausencia de una de las partes, ó antes que el acusado hubiese oido del mismo acusador la acusacion que contra él intentaba, y altercado con él (1); adoptado el uso de Roma y de Atenas de obligar al acusador á no apartarse de la acusacion antes de la sentencia, para que ésta pudiese decidir de su suerte en el caso de quedar absuelto el reo (2); excluidos del derecho de acusar los que habian dado pruebas de su mala fé (3); los que por la bajeza de su condicion, ó por sus delitos, no podian merecer la confianza de las leyes (4); finalmente prohibido al juez dar fé al esclavo que acusaba á su señor, al familiar que acusaba al padre de familias, y

defert, ad iudicium venire convenit, ut si, quod detulit non poterit adprobare, capituli subjaceat ultioni.

(1) Véanse los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico, *lib. 7. cap. 145. y 168.*

(2) Véanse las dos constituciones de Federico en la coleccion de las constituciones de Sicilia *lib. 2. tit. 13. y 15.*

(3) Véase el código de los Longobardos, *lib. 2. tit. 51. de test. §. 8.*

(4) Véanse los capitulares de Cárlo Mag-

al liberto que acusaba al que le habia dado la libertad (1).

Estas pocas leyes sacadas de los códigos de las naciones bárbaras, y otras muchas que dejo de referir, me sugieren muchas reflexiones que sacrifico con gusto á la brevedad, á la qual me he propuesto inmolar todo lo que me parece en algun modo extraño al objeto que me he propuesto. Ruego al lector que no lleve á mal esta economia de mis pensamientos en una obra en la qual si el autor quisiera extenderse sobre todos los objetos que de necesidad se le han de ofrecer, llenaria con solos sus escritos una biblioteca. Contentémonos con haber observado cuál haya sido el sistema de la acusacion criminal en una gran parte

no y Ludovico, *lib. 1. cap. 45. de accusatione vitium personarum: lib. 6. cap. 144. de non credendo servo, si super dominum suum, vel super alium liberum crimen injecevit; y lib. 6. cap. 298. de illis, qui quum diversis sceleribus implicati sint, ad accusationem, vel ad testimonium non admittuntur.*

(1) En la excepcion hecha por la ley á

de las naciones, y por espacio de muchos siglos. Considerémos ahora el sistema que en el dia se sigue. La imparcialidad del paralelo hará al lector juez de la preferencia, y facilitará al escritor la explicacion de muchas ideas importantes.

CAPÍTULO III.

De la acusacion judicial entre los modernos.

Un concurso de varias causas obscuras y despreciables que la mayor parte deben su origen á la supersticion y al despotismo, ha dado nueva forma á este primer eslabon del juicio criminal en casi todas las naciones de Europa. Larga y peligrosa sería la historia de esta mutacion. Paso en silencio su origen, y me contento con exáminar su estado (1).

En otro tiempo, segun hemos observado favor del señor, del padre de familia, y del patrono, se comprendian tambien sus respectivos hijos. Léanse el *cap. 48. y 49.* del edicto de Teodorico.

(1) Véase á Tomasio en su disertacion

vado, la acusacion entraba en la suma de los derechos del ciudadano. Hoy se ha quitado al ciudadano esta prerogativa, y no puede acusar sino sus ofensas y las de sus mas próximos parientes; y en muchos países no puede solicitar sino la reparacion de los daños que se le han causado (1). La ley destina una persona pública para perseguir los delitos, y hacer la parte del fisco para que se castigue á los reos; y el juez que debe dar la sentencia es el que debe averiguar y descubrir el verdadero autor del delito, indagar las circunstancias que le han acompañado, y formar la tela judicial del proceso.

Esta operacion inquisitorial, de la qual pende el éxito del juicio, se ejecuta con el mayor secreto; y se confia en gran parte á las manos venales de los ministros subalternos del juez, que sin este auxilio no podria desempeñar su comision.

En otro tiempo todo era público. En

de origine processus inquisitorii; y la obra de Boemer, intitulada: *Fus ecclesiasticum protestantium &c. lib. 5. tit. 1. §. 80 & seq.*

(1) En Francia la parte ofendida se llama por este motivo parte civil.

Grecia, en Roma, y entre los mismos bárbaros, el acusador intentaba la acusacion á presencia del acusado (1); los testigos deponian en su presencia, el juez les preguntaba en su presencia, y el acusado respondia al acusador, á los testigos y al juez; interrumpia sus relaciones, y les hacia sus preguntas; altercaba con ellos, y exponia al juez los motivos de las recusaciones de los testigos que eran sospechosos, las excepciones que podia producir contra el acusador, y los indicios de su inocencia (2). Entre los Romanos

Francisco Becerra

(1) Hallamos tambien en los Hechos de los Apóstoles una prueba de la precision con que las leyes Romanas prescribian que el acusado viese al acusador, y que la acusacion se produjese en su presencia. Véase en los *Actos de los Apóstoles el cap. 25. §. 2. v. 16.* Véase tambien á Cujacio *in lib. 9. C. tit. de Quasi.*

(2) Tenemos infinitas pruebas en el cuerpo del derecho, y en los escritores antiguos, de que el acusado asistia á las deposiciones de los testigos. Véase la *L. si postulaverit 27. §. quæstioni D. ad Leg. Jul. de adult.* la *L. 16. y penult. C. de test.* la *L. 18. C. de fid. inst.* y la *Nov. 90. cap.*

podia además tener á su lado un abogado que le aconsejase, y que hablase por

ult. donde se ordena que no sean examinados los testigos sin estar presentes ambas partes.

Además de esto tenemos un lugar de Ciceron *in orat. pro Flac.* por el qual vemos que el arte del orador consistia en preguntar bien á los testigos, en impropiedades sus dichos quando obscurecian lo que podia favorecer á su cliente, &c. Un pasage de Asconio *lib. 2. in Ver.* nos manifiesta que no se podia empezar á hablar antes de haber sido preguntados los testigos, y que éstos lo eran por aquel contra quien se presentaban. Plinio *lib. 3. epist. 9.* dice: *Concipere animo potes, quam simul fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum, tam multi testes interrogandi, sublevandi, refutandi.* Lo mismo refiere Quintiliano *lib. 5. Inst. Orat. cap. 7.* He querido presentar todas estas autoridades, porque la escuela comun de los doctores, interpretando mal las palabras de la *L. nullum 14. C. de testib.* que dicen: *testes intrare judicii secretum &c.*, cree que los testigos eran examinados en secreto entre los Romanos, de donde quizá ha tenido origen el uso bárbaro recibido en una gran parte de los tribunales de Europa, de

él (1). Todo lo contrario sucede en nuestros dias. Exceptuada la Inglaterra, donde el juicio criminal es muy semejante al de los Romanos, en todas las demás naciones los primeros y mas importantes pasos de nuestros juicios van acompañados de un misterioso y arbitrario secreto. Ya sea que el delito llegue á noticia del juez por relacion de los comisionados del gobierno, ó por aviso de un denunciador, ó por la acusacion de la parte ofendida, la averiguacion es siempre secreta. El ciudadano sobre quien recae la acusacion de la parte, la denuncia del denunciador, ó la sospecha del juez, igno-

que el acusado solamente oiga el juramento de los testigos, pero no sus deposiciones. Adviértase que la palabra *secretum*, que es causa de la equivocacion, significa en esta ley el asiento del juez, en cuyo sentido se toma en otras varias leyes. *Intrare secretum*, para decir hablan secretamente, no sería expresion latina. Por lo que respecta al sistema que se seguia sobre este punto en los tiempos bárbaros, véase lo que hemos dicho en el capítulo antecedente, y léase á Beaumanoir *cap. 61. pag. 315.*

(1) V. Polet. *Hist. For. Rom. lib. 4.*

ra lo que se trama contra él, y si está inocente no puede ni aun sospechar la tempestad que le amenaza.

Si su condicion es tal que se pueda temer la fuga, ó si el delito de que es acusado es grave, basta un simple indicio para privarle de su libertad, de su familia, y de su honor. Una mano armada vá á sorprenderle, á ultrajarle, y á conducirle á una cárcel donde se le priva de toda comunicacion. Este es el primer momento en que conoce que ha sido acusado ó calumniado; mas aún ignora, y no sabrá en mucho tiempo lo que se ha tramado contra él. Deben pasar muchas semanas, y tal vez meses, antes que quede en parte satisfecha su curiosidad. La multitud de negocios no permiten al juez hacerle comparecer tan presto en juicio, y alguna vez se añade á las distracciones de su cargo la de sus placeres.

La situacion del acusado en este tiempo es un estado de violencia y de tormento. Si su conciencia no le recuerda de algun delito, no por eso deja de affigirle su imaginacion y llenarle de terror. La obscuridad de su prision, las cadenas

que le rodean, la privacion de sus amigos y de sus padres, la soledad tan funesta en los peligros, todo le anuncia la muerte. Se acuerda de que tiene enemigos; sabe quán bien suele la impostura tramar sus asechanzas; su memoria le representa la série y el número infinito de los infelices que han sido sus víctimas. Sus soliloquios, interrumpidos por el llanto, no hacen mas que recordarle la desgracia de los hombres gobernados por leyes tan funestas. Dirige la palabra á la justicia que su acalorada imaginacion personifica y reclama ante esta fantasma impotente los derechos que le dá su inocencia para conservar la libertad, la seguridad, y el honor. Le muestra un pan regado con sus lágrimas y rodeado de insectos inmundos, que son los únicos séres que la ley le permite ver. Le descubre las llagas que la dureza y la estrechez del suelo en que está condenado á dormir han hecho nacer en su cuerpo aniquilado. Le cuenta su vida, y en su narracion nó hace sino apologia de su conducta. Á la historia de sus desgracias une la del envilecimiento, de la desesperacion, y de la miseria de su familia. Le

pinta con los mas vivos colores á sus viejos padres detenidos delante de la puerta de un juez, que no es accesible sino á la opulencia y á la grandeza; á sus amigos que buscan un protector, y solamente encuentran orejas sordas y rostros helados; á sus parientes ultrajados por sus enemigos que triunfan; á sus hijos ya próximos á morir de hambre; y á su virtuosa esposa agitada entre la pérdida de la vida y la de su honor. En este instante se acuerda que está solo, advierte que todo lo que tiene en torno de sí está mudo y sordo; que sus discursos no hacen mas que acalorar su imaginacion que los ha producido; calla y empieza de nuevo á exáminar quién ha podido ser su acusador, y cuál su acusacion. Esta incertidumbre le atormenta y aflige, desea salir de ella, pero teme la presencia de los jueces. No sabe qué preguntas le harán, ni cómo debe responder: teme, usando el language de la verdad, confirmar los indicios que hay contra él, y poner el sello á sus desgracias. La condicion del verdadero reo es mejor en esto que la suya; porque el que sabe el delito que ha cometido, y las circunstancias que le han

acompañado, puede fácilmente preveer lo que se habrá probado contra él, y eludirlo con sus respuestas. Luego la inocencia misma debe llenar de terror en estas circunstancias al inocente.

Hé aquí cuáles son las primeras consecuencias funestas del método absurdo y feroz que solo podia idearse por el despotismo, difundirse por la supersticion, adoptarse y sostenerse en una gran parte de los tribunales de la Europa por la ignorancia de algunos siglos y la indolencia de los gobiernos. Reservando para los capítulos siguientes el exámen de los otros vicios del proceso criminal moderno, en éste solo hablaré de la simple acusacion. Observo dos contradicciones principales entre el método antiguo y el nuevo sobre este objeto. 1.^o Veo permitida la acusacion entre los antiguos á todos los ciudadanos. 2.^o Veo que se notificaba al acusado desde el instante en que se intentaba. Uno y otro lo hallo abolido entre los modernos. Procuro exáminar si esto es consecuencia necesaria de aquel principio que pone la bondad de las leyes en su relacion con el diferente estado de las naciones á quienes se dán, y hallo que

el autor del *Espíritu de las leyes*, el qual declama con razon contra la segunda de estas dos contradicciones, halla despues en la diversidad de los gobiernos un motivo para defender la primera. Exámino la fuerza de su proposicion, y la encuentro derivada de un falso principio, y apoyada sobre algunos hechos que nada prueban. "En Roma, dice, era permitido á todo ciudadano acusar á otro, y esto era análogo al espíritu de la república, donde todo ciudadano debe tener un celo sin limites por el bien público, donde se supone que todo ciudadano tiene en sus manos todos los derechos de la patria. Se conservó bajo los Emperadores la máxima de la república, y se vió luego comparecer cierta especie de hombres perjudiciales, una turba de delatores. El que tenia muchos vicios, mucha sagacidad, una alma baja, y un espíritu ambicioso, buscaba un delincuente cuya pérdida podia ser agradable al Príncipe, y éste era el camino que los elevaba á los honores y á la fortuna; lo que no sucede entre nosotros, pues al presente tenemos una ley admirable que ordena que

„el Príncipe, constituido para hacer ejecutar la ley, deba crear en todo tribunal un magistrado que en su nombre persiga los delitos; de modo que el oficio de delator es desconocido entre nosotros, y si se llegase á sospechar que este vengador público abusaba de su ministerio, se le obligaria á que descubriese al denunciador (1).”

Permitaseme exáminar con los ojos de una sana crítica, esta manera de discurrir de este autor célebre, y júzguese despues si esta opinion merecia hacer tantos prosélitos como tiene. Yo venero aun los errores de este grande hombre; pero quando me parecen perjudiciales al género humano me creo obligado á manifestarlos, y los impugno con mayor zelo á medida que veo que han hecho mayor impresion en el ánimo de los hombres.

Creer que la libertad de acusar sea útil en una república y perjudicial en una monarquía, porque en la república todo ciudadano debe tener por el bien público un zelo sin limites, y en la monarquía podria abusar de este derecho

(1) *Esprit des Loix, lib. 6. cap. 8.*

para favorecer las miras del Príncipe; atribuir á esta libertad el origen de los delatores en Roma; fundar sobre esta razon la apologia del sistema que han adoptado casi todas las naciones de Europa de destruir esta libertad, para encargar á una persona pública que haga las veces de acusador; asegurar finalmente que el oficio de delator es desconocido entre nosotros, es lo mismo que destruir los mas sanos principios de la política; es confundir las ideas mas distintas entre sí; es mostrar la mayor ignorancia de la jurisprudencia antigua y moderna; es deducir de un principio una consecuencia opuesta á la que naturalmente debería inferirse de él. Y para demostrarlo discurro de esta manera.

Si la libertad de acusar llevase consigo la facilidad de calumniar, la ley no podría conceder al ciudadano este bárbaro derecho en una república ni en una monarquía. Las consecuencias de esta concesion serian igualmente funestas en todos los gobiernos, y estaria igualmente expuesta la tranquilidad del ciudadano. Roma libre, y Roma esclava, igualmente se hubieran resentido de es-

te abuso destructor de la libertad civil. Quando se habla, pues, de la libertad de acusar, se supone siempre que está combinada con la mayor dificultad de calumniar. La severidad de las penas, y los muchos remedios de que se valieron los legisladores de Roma y Atenas para castigar y precaver la calumnia, nos hacen ver bastantemente la poca confianza que tenían en aquel zelo del bien público, sobre el qual Montesquieu establece la libertad de acusar en una república. Suponiendo, pues, la libertad de acusar combinada con la mayor dificultad de calumniar, no sé cómo ésta pueda ser útil en la república y perjudicial en la monarquía, y cómo pueda ser en el gobierno de uno solo una arma y un instrumento de opresion. No confundamos la monarquía con el despotismo. En la primera el Príncipe que ha establecido la ley no puede dejar de hacerla ejecutar; y en el último, ó la voluntad arbitraria del Príncipe es la única ley, ó si hay leyes, la facultad de hacerlas ejecutar se halla en las manos del mismo déspota que las ha dictado, y que puede hacer tengan fuerza quando quie-

ra, y que callen quando le parezca. No sucede así en una monarquía. Si la ley castiga al calumniador; si quiere que absuelto el acusado exámine el juez la conducta del acusador; si su terrible decreto condena á la pena del talion y á la infamia al acusador de mala fé, la libertad de acusar no podrá llegar á ser pernicioso en ningun caso: será una arma inútil en manos del que quiera abusar de ella. El vil ambicioso podrá con menos riesgo, y con mayor seguridad, servirse de la espada para matar á la persona que es sospechosa al Príncipe, que abusar de la libertad de acusar para turbar su tranquilidad y ofender su inocencia con una acusacion calumniosa. El primero de estos atentados podria quedar impune si quedase oculto; ¿pero podria el segundo tener la misma suerte? Su delito cometido á la vista de la ley, y á la presencia del juez; su delito comprobado con todas aquellas solemnidades que deben acompañar una acusacion jurídica; su delito fácil de probarse quando la publicidad de los juicios destruyese el misterio de la inquisicion, ¿podria por ventura exímirse del rigor

de la ley? ¿Los jueces podrian sin escándalo dejarle impune? ¿Podria por ventura el Príncipe á vista de las leyes que prescriben el castigo, y del inocente acusado que pide justicia, absolver al reo sin destruir la autoridad de aquellas leyes de las cuales es el autor y el conservador, sin alterar la constitucion del Estado, sin atraerse la desconfianza pública, y sin exponer su mismo trono á los mayores riesgos?

La historia de Roma es prueba de esta verdad. Quando Sila, Augusto, Tiberio, Calígula, y otros tiranos del Imperio buscaron delatores entre los Romanos, fué necesario suspender el rigor de las leyes que castigaban al acusador de mala fé; separar la libertad de acusar de la dificultad de calumniar; dejar libre la acusacion, y sin castigo la calumnia (1). La autoridad omnipotente de la

(1) Véase la nota del capítulo antecedente, pág. 39. núm. 2. La ley Cornelia publicada en la dictadura de Sila, relativa á los delitos de magestad, contenia esta espantosa determinacion: *Calumniatoribus nulla pena sit. Majestas est*, escribe Ciceron á Atico, *ut Sylla voluit, ut in quemvis*

cabeza del Imperio, que disponia arbitrariamente del Senado, de los magistrados, del pueblo, y de las leyes, podia premiar el delito, castigar la virtud, y legitimar lo que era opuesto á las leyes; podia en una palabra hacer que su voluntad momentánea fuese la sola norma de los juicios, y el único código de la nacion (1). ¿Pero podria esto suceder en una monarquía regular? ¿Ha habido por ventura en la tierra despotismo mas extendido que el que reynó en Roma bajo los primeros Césares? Si la libertad de acusar debe producir bajo el gobierno de uno solo aquellas funestas consecuencias que le atribuye Montesquieu, ¿por qué no las produjo en los tiempos posteriores bajo esta forma de gobierno, y en la misma Roma? Quando Tito por la primera vez, y Nerva por la segun-

impune declamare liceat. Esta ley de magestad se insertó por César y por Augusto en las leyes Julias; y esta es la razon por qué en el *Dig.* y en el *CoL.* no hay título alguno sobre ella.

(1) Para persuadirse de la verdad de este hecho remito el lector á la historia

da, restablecieron la observancia de las antiguas leyes contra los calumniadores; quando por mas de noventa años la administracion pública fué arreglada por los talentos de Trajano, de Adriano y de los dos Antoninos; quando la crueldad del despotismo se cambió entre las manos de estos Príncipes virtuosos en la moderacion de una monarquía templada; quando en su feliz imperio se buscaron nuevos remedios para defender la seguridad privada de la envidia y de la calumnia, ¿la libertad de acusar combinada otra vez con la dificultad de calumniar, no dejó acaso de ser perjudicial? ¿No llegó á ser tan útil como lo habia sido durante la libertad de la república? (1).

de un Emperador, cuyo nombre ordinariamente no se coloca entre los mas fieros tiranos de Roma. Léase la enumeracion que Elio Sparciano hace de los senadores, y otros personajes de distincion, que hizo morir Septimio Severo *sine causa dictione*, y se verá hasta dónde habia llegado la omnipotencia despótica de estos tiranos. Elio Sparciano *in Severo* 12. 14. y 15.

(1) Véase á Julio Capitolino *in M. Ant. Philos. XI.*, y lo que sobre este lugar añade el

No es, pues, el gobierno de uno solo en general, sino el despotismo, el que puede hacer nociva la libertad de acusar, así como puede hacer que sean nocivos los demás derechos y prerrogativas que competen al ciudadano. En manos de la esclavitud todo degenera, se altera, y se corrompe. El mejor esclavo del mundo es aquel á quien se dejan menos prerrogativas; porque estando dispuesto á abusar de todo, es menos perjudicial á medida que tiene menos materiales para serlo. Entre dos despotismos el peor es aquel en el que la esclavitud está cubierta con la capa del derecho de ciudadano; éste era el despotismo de Roma quando florecian en ella los delatores.

célebre Casaubon *in Hist. Aug. tom. 1. página 331. num. 1. edic. 1671*, y principalmente á Plinio en el panegirico de Trajano, donde despues de haber insinuado lo que habian hecho sobre este objeto Tito y Nerva, expone con la mayor elocuencia lo que hizo Trajano. Me ha parecido copiar aquí sus palabras para manifestar los efectos que produjeron los benéficos cuidados de este Principe: *Quam juvat cernere ararium silens, & quietum, & quale ante delatores*

Pero sigamos un poco las huellas de Montesquieu: confundamos las ideas mas opuestas entre sí, y sin distinguir la monarquía del despotismo, supongamos que la libertad de acusar sea en todo gobierno donde reyne uno solo un instrumento nocivo, dispuesto siempre á favorecer las miras opresivas del Principe; y en esta suposicion exáminemos si puede admitirse la apología que hace del método casi generalmente adoptado en Europa, de suprimir esta libertad, y substituir en su lugar un vengador público que haga las veces de los acusadores.

Pregunto, ¿quién es este vengador público? Un magistrado creado y pagado por el Principe, á quien debe lo que tiene, y puede perderlo quando quiera pri-

erat, nunc templum illud, nunc vere Deus, non spoliatorum civium cruentarumque prædaram sævum receptaculum, ac toto in orbe terrarum adhuc locus unus, in quo optimo Principe, boni malis impares essent. Manet tamen honor legum, nihilque ex publica auctoritate convulsum, nec pœna cuiquam remissa, sed addita est ultio, solumque mutatum, quod jam non delatores, sed leges timentur. Y hablando de las penas contra los

varle de ello. Dignidad, honores, fortuna, todo lo debe al favor del Soberano, y de todo puede despojarle la mano misma que le ha honrado. Ahora bien, si el interés es el gran móvil del corazón de los hombres, quiero me diga el autor del espíritu de las leyes, si un ciudadano que no tiene todas estas relaciones con la cabeza de la nación, podría, abusando de la libertad de acusar, tener mayor disposición para favorecer las miras del Soberano, que la que se halla en este vengador público, que por su propio interés debe considerarse mas bien como vengador del Príncipe? Son infinitos los hechos que podrían confirmar esta reflexión; pero dejo á cada uno de los lectores el cuidado de aplicar los que han llegado á su noticia.

delatores, dice: *Contigit desuper intueri delatorum ora supina, retortasque cervices agnoscebamus, & fuebamus, cum velut piculaves publicæ sollicitudinis victimæ supra sanguinem in noxiarum ad lenta supplicia gravioresque pœnas duceventur.* Lo mismo sucedió en el corto reinado de Pertinax, como puede verse en el citado Julio Capitolino *in Pertin.* 6. 7. 9. y 10.

Me ocurre otra reflexión. Los Romanos distinguían dos especies de calumnia: la calumnia propiamente dicha, y la calumnia manifiesta. En la una y en la otra era necesario que interviniese dolo, esto es, mala fé; pero en la última ésta debía ser mas clara y mas manifiesta. La diferencia dependía de los grados de la evidencia. Si, por ejemplo, no había sino levísimas sospechas contra el acusado, pero argumentos muy fuertes que probaban su inocencia, y sin embargo del conocimiento que el acusador tenía de estos argumentos intentaba la acusación, ésta se llamaba simple calumnia; pero si no había aquellas levísimas sospechas, la calumnia era manifiesta. Había algunas personas privilegiadas, según los principios de la jurisprudencia Romana, las cuales no podían ser castigadas sino por la calumnia manifiesta. Entre ellas se contaba el abogado del fisco, y el magistrado que acusaba *ex officio* (1). Nuestras leyes, que

(1) Véase Ant. Matt. *in Comm. ad lib.* 48. *D. tit.* 17. *cap.* 3. §. 7. También se comprendían en este número todos aquellos que en los procesos extraordinarios acusaban

se han apartado tanto como hemos visto, de la jurisprudencia Romana en lo relativo á la acusacion judicial, han adoptado religiosamente lo que es menos favorable á la libertad civil. No basta la simple calumnia, es necesaria la calumnia manifiesta para conseguir que la mala fé del *vengador público de Montesquieu* sea castigada y condenada. Pero el que sepa quán poco se necesita para hallar, aun en la inocencia mas clara, un ligerísimo indicio de delito, conocerá quán fácil puede ser á este magistrado calumniar con la mayor seguridad á un infeliz.

Si por otra parte se atiende á la dignidad de su cargo, á su poder, y á su influencia, se hallará que éste magistrado tiene muchos mas medios y muchos menos obstáculos para abusar de su ministerio, que los que tendría un ciudadano privado si estuviese en todo su vigor la libertad de acusar.

de oficio como los *Curiosos, Estacionarios, &c.* Arg. *L. ex quidem 7. C. de accus. L. 1. C. de Curios. & Station. L. 6. §. nuntiatores D. ad SC. Turpil. L. Divus 6. in fin. D. de custod. & exhib. reor.*

Finalmente, para persuadirse de la extravagancia de la moderna jurisprudencia por lo que hace á este punto, basta observar que al mismo tiempo que se ha abolido la libertad de acusar, se ha permitido la de denunciar. No puedo acusar al que ha ofendido á cierta persona que me es estraña; pero puedo denunciarle. La diferencia entre la acusacion y la denunciacion, consiste en que aquélla es pública, y ésta oculta. La acusacion es un duelo que se hace á pecho descubierto y con armas iguales; y la denuncia es un golpe dado á salvo por una mano oculta que deja en el ánimo del infeliz que lo ha recibido la curiosidad de saber quién se lo ha asestado (1). En aquélla el acusador debe sostener su acusacion, comparecer en juicio, y suministrar las pruebas contra el acusado; pero

(1) El ilustre ciudadano que en los felices tiempos de Roma llamaba á juicio á otro ciudadano poderoso, mostraba en el foro aquel valor de que habia dado pruebas en la campaña. Su patriotismo era premiado por la ley y la opinion, al paso que el vil delator era un monstruo á los ojos de sus concitadanos. Véase á Suet. *in Jul. cap. 4. á*

en ésta el denunciador, hecha la denuncia se retira, y no tiene ya mas parte en el juicio. Su nombre no se manifiesta en autos, no firma su acusacion, y puede aún ser testigo del mismo delito. Este es el modo mas cómodo de turbar la paz de un hombre; pero tambien es el modo de destruir la confianza que debe haber entre ciudadano y ciudadano. Cualquiera que puede sospechar que otro sea su delator, vé en él un enemigo. ¡ Infelices de los hombres cuando están condenados á semejante desconfianza !

No hablo de las penas de los calumniadores. Nuestras leyes, que se resienten de toda la ferocidad de los tiempos en que fueron dictadas, cuando se trata de castigar los otros delitos, muestran una indulgencia perniciosa é inoportuna con respecto á los calumniadores. Á esto se

Cic. *Divinat. cap. 20. pro Cæl. cap. 7. y 30. ad Quint. lib. 3. epist. 1. y 2.* El mismo Ciceron *orat. pro Balb. cap. 25.* dice: que el premio del acusador que hacia condenar á otro por el crimen de manejo ó intriga, era obtener el derecho de votar en la tribu del que habia sido juzgado.

agrega la impresion que ha hecho una máxima despótica, que se ha abrazado como axioma de política y como cánón de jurisprudencia en nuestros tribunales, donde los usos y el modo de pensar de los jueces tienen mas fuerza que las leyes. Si se castigan los calumniadores, dicen algunos autómatos animados del espíritu de Sila y de Tiberio, no se hallarán denunciadores. ¡ Qué diferencia entre el modo de pensar de nuestros jurisconsultos y el de los legisladores de Roma ! Éstos quisieron que la condicion del delator fuese peor que la del acusador. La ley castigaba en muchos casos al delator, aunque no fuese culpable de calumnia. Bastaba que fuese abusado aquel á quien habia llamado á juicio para hacer punible la denuncia (1). ¿ Qué denunciador

(1) *L. 2. pr. §. Divus Pius L. 15. §. 1. y 2. L. 22. §. ult. L. 23.* y especialmente la *24. de jure Fisc.* Hemos observado en el capitulo antecedente que quando el magistrado que presidia proferia simplemente *non probasti*, el acusador no quedaba expuesto á pena alguna (Nota 2. del capitulo antecedente); pero no sucedia lo mismo con el delator. El Emperador Cons-

convencido de calumnia ha sido castigado entre nosotros?

Estas reflexiones, que no he hecho mas que insinuar, espero que serán suficientes para demostrar la necesidad que hay de reparar este primer paso del proceso criminal. En el capítulo siguiente expondré lo que he pensado sobre este objeto.

CAPÍTULO IV.

Nuevo sistema que debe seguirse en la acusacion judicial.

Si la libertad de acusar, como me parece haber demostrado, no solamente no es perniciosa en qualquiera especie de

tantino el Grande llegó á prohibir que fuesen oídos los delatores. Nosotros no podemos, decia, sospechar de la inocencia de un hombre contra quien no se ha manifestado acusador alguno mientras que no le ha faltado enemigo. *L. 6. C. Teod. de famosis libellis.* Véanse tambien las demás leyes dadas por él y por sus sucesores contra los delatores, y particularmente las 1. 2. 8. y 10. *C. Teod. de petition. & ultro dutis, & delator.*

gobierno quando está bien combinada con la dificultad de abusar de ella, sino que es útil y necesaria, como que establece una inspeccion recíproca entre los ciudadanos, hace que los delitos sean menos frecuentes, mas difícil su ocultacion, y mas rara su impunidad; si esta libertad (sirviéndome de la expresion de un célebre político) *ofrece un medio para arrojar aquellos humores que se forman y se aumentan en las ciudades de qualquier modo que sea, y contra cualesquiera ciudadanos* (1), si no hay cosa que dé tanta firmeza á un estado como ordenarlo de manera que la alteracion de estos humores que le agitan tengan un medio de desahogarse dispuesto por la ley; en una palabra, si la libertad de acusar es una prerrogativa que no puede separarse del derecho de ciudadano sin incurrir en los mas graves desórdenes, el primer objeto de la reforma del juicio criminal deberia ser restituir este derecho al ciudadano, y el segundo combinarlo con la dificultad de abusar de él. Para conseguir el primero basta-

(1) Maquiav. en los discursos sobre la primera década de Tito Livio, cap. 7.

ría una concesion general; mas para lograr lo segundo es necesario valerse de varios medios. Entre los que nos ofrecen las legislaciones antiguas sería necesario adoptar algunos, corregir otros, y acomodar los demás al estado actual de las cosas.

Las disposiciones de las leyes Romanas contra el prevaricador deberian adoptarse sin ninguna alteracion, como tambien las establecidas contra el calumniador, á excepcion de la marca que se imprimia en su frente con un hierro ardiente. El talion y la infamia deberian ser la pena contra el uno y contra el otro; mas la frente del calumniador no deberia estar sujeta á esta ignominia indeleble sino en solos aquellos casos en que esta pena estuviese prescrita contra el crimen del qual habia acusado á un inocente.

El lector conocerá el motivo de esta correccion quando llegue á la segunda parte de este libro que contiene el sistema penal. Tambien me reservo exponer mis ideas sobre el tiempo, modo y orden con que deberia procederse en el juicio de prevaricacion y de calumnia en la última parte del juicio criminal, quando trate de los apéndices de la sentencia absoluto-

ria. La novedad de mi plan no me permitirá adoptar sin alguna modificacion el método antiguo relativo á este objeto. Pero no debo decir lo mismo por lo tocante á las personas que pueden acusar, y ser acusadas.

En Roma, como hemos observado, no podian acusar todos, ni tampoco ser acusados. Habia algunos que solamente podian acusar sus propias ofensas, ó las maquinaciones que se tramaban contra el Estado (1); á otros nadie los podia acusar (2); y otros solamente podian ser acusados por ciertas y determinadas personas (3). Así creó que respecto de unos y otros no debe añadirse, ni quitarse nada á lo que con tanto acierto determinaron aquellos sábios legisladores.

No refiero aquí estas excepciones por

(1) Las mugeres, los pupilos, los esclavos, los infames, &c. Véanse las pág. 19 y 20.

(2) Los magistrados, los legados, y todos aquellos que estaban ausentes *Reipublice causa*, no podian ser acusados por delitos cometidos ántes de su ausencia. Pág. 21 y 22.

(3) El padre no podia ser acusado criminalmente.

no repetir inútilmente lo que ya se ha dicho (1), las cuales no son mas que una multitud de remedios contra la calumnia, que deberían abrazarse en todos los países restablecida la libertad de acusar. Entre las personas exceptuadas de la libertad de acusar, había una clase de hombres que por fortuna no existe en el día, éstos eran los esclavos. Tenemos una clase semejante de individuos que lleva el mismo nombre en Italia, aunque no está sujeta á la misma desgracia, que por lo comun está manchada con los vicios de la esclavitud, aunque conserva las prerrogativas de ciudadano, que vende por algun tiempo su libertad personal aunque conserva la civil, y por consiguiente no debe merecer la confianza de la ley aunque tenga derecho como las demás para reclamar su proteccion. Esta es la clase de nuestros

minalmente por el hijo, el patrono por su liberto, &c. *ibid.*

(1) Ruego al lector que vuelva á leer la citada pág. 22 y siguientes, y verá las excepciones y los motivos por los cuales se establecieron.

criados asalariados, los cuales deberían como los esclavos de los Romanos, de los Griegos, y de los bárbaros, ser excluidos del derecho de acusar, excepto sus propias ofensas (1), ó los delitos que se cometen contra el cuerpo entero de la sociedad.

Á las excepciones de las personas añadieron los Romanos, como es notorio, las que eran relativas á los delitos. Había algunos que no podían ser acusados sino por la parte agraviada. Tales eran todos los que se llaman privados (2). No debería despreciarse esta distincion; y en la segunda parte de este libro quando se trate de la division de los delitos, demostraremos quáles deberían llamarse públicos, esto es, en los que todo ciudadano podria ser acusador; y quáles privados, esto es, aquellos en que soia la parte ofendida debería tener este derecho.

(1) Téngase presente, que quando hablo de ofensas propias, quiero tambien comprender bajo este nombre las de los parientes mas cercanos.

(2) Véase *Ant. Matt. de Crimin. comm.*

El otro remedio que debería adoptarse es la promesa que debería hacer el acusador de no apartarse de la acusación antes que se finalizase el juicio. Ya hemos observado los motivos y las ventajas de esta promesa, que las leyes de los Romanos y de algunas naciones bárbaras exigían al acusador (1).

A esto debería añadirse la precisión, la claridad, y el uso de algunas fórmulas para intentar las acusaciones. No hay exactitud que baste quando se trata de turbar la paz de un hombre. A medida que la acusación toma una forma mas precisa, la inocencia adquiere mayor seguridad, la calumnia se hace mas difícil, la voluntad del juez menos arbitraria, y el calumniador es mas fácilmente convencido y castigado. Por una fórmula de inscripción que nos ha conservado el célebre juriconsulto Paulo, podemos conocer hasta dónde llegaba la vigilancia de los legisladores Romanos

ad lib. 47. D. Proleg. cap. 4. y Sigonio de judiciis lib. 2.

(1) Véase la pág. 18, 29 y 33.

sobre este objeto (1). Por ella se vé que el acusador debía anotar el año y el día que intentaba la acusación, su nombre, el del acusado, el lugar, el mes, y el nombre de los cónsules de aquel año en que se habia cometido el delito, su naturaleza, y la ley relativa á él. Todas estas solemnidades se requerían para que fuese válido el libelo de la acusación. En Inglaterra se exige aun algo mas.

La acusación debe contener el nombre, el apellido, el estado, y la condicior

(1) Referiré aquí las palabras de este juriconsulto: *Coss. illis, die illo, apud illum prætozem, proconsulem, L. Titius professus est, se Mævium lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum C. Sejjo in civitate illa, domo illus, mense illo, consulis illis adulterium commisisse.* Véase la L. 3. D. de accus. y á Sigonio de judiciis lib. 2. cap. 10. lib. 3. cap. 7. De los nombres diversos de las acciones publicas halladas por el célebre Sigonio en su tratado de *Repub. Atheniensium*, se puede deducir que los legisladores de esta república no fueron menos diligentes que los de Roma sobre este objeto. Véase la obra citada lib. 3. cap. 1.

del acusado; la ciudad, la villa y el condado donde habita; el día y el lugar donde se ha cometido el delito; si es homicidio debe señalarse la anchura y profundidad de la herida, el instrumento con que se ha hecho, y el tiempo que ha corrido desde la herida hasta la muerte. En algunos delitos es preciso además servirse de ciertos términos de tal modo determinados por la ley para dar una idea precisa, que ninguna otra palabra por mas análoga que parezca podría ponerse en lugar de ellos (1). Estas menudencias

(1) En el delito de traicion, por ejemplo, es preciso decir que se ha cometido alevosamente, y contra la fé jurada. En otro tiempo se decía en latin *proditorie*, & *contra ligeantia suæ debitum*. En la acusacion de homicidio debe decirse que el delincuente mató al otro como homicida. No basta decir ha dado la muerte á fulano: la expresion latina de la baja latinidad era *murderavit*. En la acusacion de felonía debe usarse del adverbio *deslealmente*. En el rapto es necesaria la palabra inglesa *ravished*. En el hurto son absolutamente indispensables los términos ingleses *feloniously took and carried away* (ha tomado y transportado con felo-

acaso parecerán superfluas á algunos espíritus superficiales; mas los hombres inteligentes para quienes escribo conocerán bien su importancia (1).

La prescripcion de las acusaciones tambien es un remedio que se debería adoptar. La de los Romanos era demasiado larga, pues hemos observado que en muchos delitos era de veinte años (2). En Inglaterra es de tres (3). Es mucho

nía). Véase el *estat.* 1. de Enrique V. *cap.* 5. y Blackston *comm.* sobre el código criminal de Inglaterra *cap.* 23.

(1) Quando se hable de la division de las funciones judiciales, se deshará la dificultad que pudiera ocurrir aquí sobre el medio que debería tomarse para instruir al acusador de la fórmula de la acusacion que corresponde al delito sobre el qual llama al juicio al reo.

(2) Véase la pág. 20. de este libro. En aquellos delitos en los quales la prescripcion no llegaba á los tres años, adoptaremos el tiempo prescripto por las leyes Romanas.

(3) El *estat.* 7. de Guillermo III *cap.* 3. prohibe perseguir en juicio los delitos de qualquiera especie en el caso que el libelo de la acusacion no se haya presentado den-

mas difícil defenderse de una calumnia despues de veinte años que despues de pasados tres, y por esta razon deberia preferirse el método de los Ingleses.

Pero ¿qué dirémos de la parte ofendida que acusa? En Roma, quando el mismo ofendido acusaba, no podia en muchos casos ser castigado sino por la calumnia manifiesta: la simple calumnia no bastaba para que incurriese en el rigor de la ley (1).

tro de los tres años despues de cometido el delito. Solamente se exceptuan los atentados contra la vida del Rey.

(1) El padre que acusaba la muerte del hijo, y el hijo que acusaba la del padre, no eran castigados por simple calumnia. *L. 2. y 4. C. de calumn. L. ult. D. de publ. Jud. L. in SC. 15. §. eos D. ad SC. Turpill. Ni la muger que perseguia en juicio las ofensas hechas á su persona, ó á la de los suyos. L. de crimin. 12. C. qui accus. non poss. Ni el heredero extraño, que por mandato del testador, aliquem beneficii accusabat. d. L. 2. C. de calum. Ni el marido que dentro de los sesenta días *jure mariti* acusaba á su muger adúltera. *L. quamvis 30. C. ad leg. Jul. de adult.* Ni los tutores y curadores que*

La misma indulgencia se tenia como hemos visto con el abogado del fisco, y con todos aquellos que acusaban *ex officio* (1). Parcialidad funesta, perjudicial y contraria á la seguridad civil. Mientras haya en el Estado alguna persona que pueda calumniarme impunemente, mi libertad está en peligro; la proteccion de las leyes no es bastante fuerte para afianzarla; la espada de la justicia, á la qual he confiado mi custodia, no es bastante terrible para atemorizar á qualquiera que intente ó se atreba á turbarla. Indicios cavilosos, sospechas momentáneas, y conjeturas metafísicas, no deben ser bastantes para suministrar á un impostor de mala fé los materiales para calumniar impunemente mi inocencia (2). Mas es necesario, dicen los jurisconsultos, disimular los ímpetus del dolor; y

acusaban en vez de sus pupilos. *L. 2. C. de his qui accus. non poss. L. 2. C. de his quib. ut indig.*

(1) Véase lo que poco antes digimos sobre el abogado del fisco.

(2) Este es el caso de la calumnia que los jurisconsultos llaman simple.

¿por qué no se absuelven, pregunto, los impetus de la venganza? ¿Por qué se castiga al padre que quita la vida al matador de su hijo, y se absuelve al padre que acusa á un infeliz como matador de su hijo, de quien tiene razones muy poderosas para creerlo inocente? ¿Por qué se castiga al marido que mata al amante de su muger quando no le ha sorprendido mientras consumaba el delito, y se le absuelve despues quando calumnia á su muger sin tener alguna razon para creerla infiel? ¿Por qué se castiga al magistrado que abusando de su ministerio no respeta las leyes, y se le absuelve despues quando calumnia? ¿No son estas unas contradicciones monstruosas que manifiestan la necesidad que hay de abolir excepciones tan contrarias á la inalterable uniformidad de la justicia, y á la imparcialidad necesaria de la ley?

La calumnia es siempre un delito; luego debe ser siempre castigada. El único desahogo que podria concederse á la parte ofendida, sería permitirle recurrir al juez querellándose del agravio que ha recibido, y obligarle á indagar el autor siendo desconocido á la parte. Ésta no

sería entonces una acusacion formal, sino una simple queja que no ultrajaria ni expondria á nadie á algun peligro. Quando el delito es cierto y se ignora el autor; quando hay delito, pero falta acusador; quando la parte ofendida se queja, pero no acusa; entonces deberia ser de cargo del gobierno descubrir y llamar á juicio al delincuente. Este procedimiento por via de pesquisa sería entonces necesario, y tenemos ejemplos en la misma Roma. Así en las provincias como en la capital fué necesario recurrir á valerse de este modo extraordinario de perseguir los delitos en que no habia acusador (1). Diga lo que quiera Tomasio (2), nosotros sabemos cuál era en las provincias el oficio de los presidentes (3), y de los ma-

(1) Véase Ant. Matt. *comm. ad lib.* 48. *D. tit.* 20. *cap.* 1.

(2) *De orig. process. inquisit. diss.*

(3) Ulpian. en la *L.* 13. *princ. D. de offic. præsid.* dice: *Congruere bono & gravi præsidii curare ut pacata, atque quieta provincia sit, eumque id non difficile obtenturum, si solícite agat, ut malis hominibus provincia careat, eosque conquirit: nam & sacrilegos, latrones, plagarios, fures conqui-*

gistrados subalternos llamados (1) *Irenarcas*, *Curiosos* y *Estacionarios*. Sabemos cuál era en Roma misma la inspeccion del prefecto de la ciudad (2), y no ignoramos las varias leyes que nos ofrecen vestigios nada equívocos de estas pesquisas (3). Sabemos lo que sucedió con

re debet, & prout quisque deliquerit in eum animadvertere, receptatoresque eorum coercere. Véase tambien la *L. 4. §. 2. D. ad leg. jul. pecul.*

(1) Su oficio era descubrir los reos de delitos notorios, contra los cuales no habia comparecido acusador alguno, prenderlos y enviarlos al magistrado competente, juntamente con sus relaciones que se llamaban *elogia*, *notoria*, *nuntiationes* &c. El magistrado los oía *ex integro*, y el *Irenarca* debia presentarse para probar lo que habia afirmado y escrito contra ellos. Véase la *L. ea quidem 7. C. de accusat. L. divus 6. D. de custod. & exhib. reor. L. 1. C. eod. L. 1. C. de curios. & station. L. 6. §. nuntiatores D. ad SC Turpill.*

(2) *L. 1. §. quier. D. de offic. pr. urb. L. pr. de custod. reor.*

(3) Además de las leyes citadas relativas al oficio del presidente, á las funciones de los *Irenarcas*, *Curiosos*, *Estacionarios*, y

motivo de la sedicion de Catilina, las medidas que tomó Ciceron para convenecer y castigar á los cómplices de un delito contra el qual no habia ningun acusador privado (1); sabemos que este procedimiento inquisitorio bastó para condenar á muerte á muchos ciudadanos que se hallaron implicados en este delito (2); sabemos finalmente que César, que entonces era pretor y amigo de Catilina, queriendo salvar la vida á los que estaban convencidos de complicidad, peroró en el Senado contra el decreto que les condenaba á muerte; recordó á los Senadores que, para legitimar un acto seme-

al oficio del prefecto de la ciudad, podrán unirse las siguientes: *L. 2. §. si public. D. ad leg. jul. de adult. L. jubemus. C. de probat. L. nullum C. de test. L. 19. C. de calumn.*

(1) Véase á Salustio *in Bell. Catil.*, y á Ciceron en la 3. *Catil.* Por estos escritores se conoce claramente que el modo de proceder que tuvo en esta ocasion el cónsul fué por via de pesquisa.

(2) Véase á Salust. *ibid. num. 41. 52. 53. y 55.*

jante contra la vida de un ciudadano Romano, era necesaria la autoridad del pueblo; que no tenía el Senado este derecho terrible; que era cosa peligrosa ponerle en posesion de una prerrogativa de que podria abusar fácilmente; que empunada una vez la espada con un decreto del Senado contra un ciudadano Romano, causaria antes de envaynarse muchos estragos en la patria (1); expuso, digo, todas estas razones contra el decreto de muerte, pero jamás se atrevió á condenar como ilegítima la pesquisa que habia hecho entonces el cónsul por falta de acusador.

Quando se cometia, pues, algun delito, y no habia acusador privado que acusase al delincuente, se recurría en Roma á la pesquisa (2). Este es puntualmente el

(1) *Ubi hoc exemplo per senatus decretum consul gladium aduxerit; quis illi finem statuere, aut quis moderabitur?* Salust. *ibid.* n. 51. donde refiere todo el discurso de César que fué pronunciado despues del voto de muerte dado por el cónsul Silano cólega de Ciceron.

(2) Hay quien crée que despues del es-

sistema que convendria adoptar en el dia. El modo ordinario de proceder deberia ser por acusacion, y el extraordinario por pesquisa. ¿Pero esta pesquisa deberia practicarse como se practica actualmente? ¿Deberian acaso ser los mismos los actos de que hoy se compone, y fiarse á las mismas manos? ¿La razon, la justicia y la humanidad tendrian tan poca parte

tablecimiento de las cuestiones *públicas* y *perpetuas* de las cuales habla Pomponio en la *L. 2. §. 32. D. de orig. jur.*, y de las otras que anteriormente fueron establecidas en el año *ab U. C.* 604, de que habla Ciceron *in Brut.*; hay, digo, quien crée que los pretores encargados de estas cuestiones reunian á su funcion ordinaria de recibir las acusaciones, y conocer de los delitos comprendidos en sus respectivas cuestiones, el encargo de inquirir y averiguar los autores de estos mismos delitos quando no habia acusador. Balduino en sus *comment. ad edict. vet. princip. de christian.* comentando una carta de Trajano, en que respondia á Plinio que le habia preguntado sobre los negocios de cristianos, sostiene esta opinion, y parece que tambien la ha abrazado el célebre Gerardo Noodt, como puede verse en su tra-

como en el día tienen? ¿No se podría hallar el modo de aproximar la pesquisa á la sencillez de la acusacion? ¿No se podría substituir en la una y en la otra la publicidad al secreto, el respeto debido al ciudadano á los ultrajes que al presente se hacen á su dignidad, y la seguridad de la inocencia á los terrores á que está expuesta? ¿No se podría subs-

tado *de transactione & pactione criminum cap. II.* A la autoridad de estos escritores se agregan algunos hechos, entre otros el de César que hallándose *judex questionis de sicariis*, se valió de la autoridad de su empleo para citar á su tribunal, y condenar como sicarios ó asesinos á los que habían sido instrumento de la proscripción de Sila, y recibido dinero para matar algun ciudadano Romano. Esta citacion no fué precedida de acusacion privada. Plut. en la *vida de Ciceron*, y Suet. en la *vida de César. n. 2.* Pero es menester advertir que hay algunos juriconsultos que impugnan esta opinion. Entre otros Boemero en su obra *jus ecclesiasticum protestantium lib. 5. tit. 1. §. 81. & seq.* y Tomasio en su disertacion *de orig. process. inquisit.*; pero es preciso confesar que lo hacen con mucha debilidad.

tituir al número infinito de los ministros subalternos de justicia que llenan los tribunales de Europa, infestan la sociedad, y turban la paz pública, una magistratura respetable que fuese al mismo tiempo el instrumento de la justicia pública, y de la seguridad privada? Esto es lo que voy á examinar antes de poner fin á la teoría de la acusacion.

CAPÍTULO V.

Reforma que debe hacerse en el método de proceder por pesquisa.

Establecida la libertad de la acusacion; restituida al ciudadano esta prerrogativa preciosa; adoptado el sistema de los pueblos mas libres de la antigüedad relativo á este objeto, se vé fácilmente que serian pocos y extraordinarios los casos en que cometido un delito faltase acusador. Pero basta que estos accidentes sean posibles, para que las leyes procuren precaverlos con el mayor cuidado. Si puede haber casos que por falta de acusador sea necesario recurrir á la pesquisa, la seguridad del ciudadano exige que se purgue

de todos aquellos vicios con que la ferocidad de la supersticion le habia contaminado, y la negligencia de los gobiernos los deja todavía subsistir. Para proceder con método, veamos primeramente quáles son los principales inconvenientes de este modo de proceder en el estado que tiene al presente, y luego exáminaremos cómo podrían repararse.

Después de una larga meditacion sobre tan importante objeto, he conocido que algunos de estos vicios nacen de la naturaleza misma de la pesquisa que hoy se practica, y otros de las manos á quienes está confiada. He visto que un método de proceso en que el mismo juez debe hacer las funciones de acusador es vicioso por sí mismo: que siendo el fundamento de la pesquisa, como es, la denuncia secreta, ó la pública voz y fama, sirviéndome de las voces del foro, es un fundamento equivoco, peligroso, é incierto: que de este modo están expuestas la libertad, la quietud y el honor del ciudadano á la perfidia de un sicofanta indigno, ó á los efectos del descrédito que la maledicéncia de un enemigo, ó la inconsiderada locuacidad de un novelero pue-

de derramar contra su reputacion (1): he observado que segun el curso regular del espíritu humano, el error particular produce el error general, así como el general produce el particular; que este paso se hace con mucha rapidéz, que es como un fuerte grito dado en una profunda caverna por un hombre que pasa, y se repite fuera inmediatamente con un horrible sonido. He visto que esta cueva es el público; el eco es la voz y fama; y el hombre que pasando por la cueva ha dado el grito espantoso, es el error de la calumnia. He observado que esta pública voz y fama, rara vez constante en sus juicios, solamente lo es en la debilidad de los fundamentos en que se apoya; que ésta envenenó á Sócrates, hizo morir á Anaxágoras, y ha conducido al patibulo ó al oprobio tantos inocentes, tantos sábios, y tantos héroes. He visto además que las manos á que está confiada la mayor parte del proceso criminal son las mas venales; las

(1) *Famam atque rumores*, dice Quintiliano, *pars altera consensum civitatis, & velut publicum testimonium vocat; altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum,*

mas viles, y las mas desacreditadas: que la ley pone ciegamente la suerte de los ciudadanos en manos de las personas enteramente privadas de la opinion y confianza pública; que el ministerio mas delicado, el mas importante, y que exige mas precauciones, está confiado á los mas viles ministros de justicia; y que el éxito de la pesquisa depende en gran parte del arbitrio de hombres tan indignos de influir en la tranquilidad pública y privada. Moviéndose de reflexiones tan humillantes para los que gobiernan, y tan espantosas para los que son gobernados, he buscado un remedio que pudiese destruir á un mismo tiempo esta doble cadena de desórdenes que acaban enteramente con la libertad civil. Si el fuego sagrado del bien público que acalora y atormenta mi imaginacion, no me hace confundir las cosas, creo haberlo encontrado en el sistema de los Romanos, haciendo algunas modificaciones indispensables.

cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas, quod nulli non innocentissimo possit accidere, fraude inimicorum falsa vulgantium. Instit. orat. lib. 5. cap. 3.

En este pueblo, como hemos visto, se recurria á la pesquisa quando no podia tener lugar el proceso ordinario; pero la pesquisa de los Romanos era enteramente diversa de la nuestra. En aquella el juez no hacia las veces del acusador; y si faltaba acusador privado lo habia público; si faltaba el libelo de acusacion, estaba la denuncia del magistrado á quien se habia confiado la funcion de inquirir, mas no la de juzgar; la de acusar, mas no la de castigar. Este magistrado era una persona que no tenia la desconfianza del pueblo, ni la ciega confianza de la ley. Su condicion era respetable; su cargo bastante ilustre, su ministerio era venerado; y sin embargo de todo esto, la ley no consideraba sus elogios y sus acusaciones mas que el libelo del acusador privado. Estos magistrados eran los *Curiosos*, los *Estacionarios* y los *Irenarcas*. Estos estaban encargados de descubrir los autores de aquellos delitos en que no habia acusador privado, remitir á los tribunales competentes las informaciones hechas, los reos que habian descubierto, y los motivos en que fundaban sus conjeturas. Despues debian comparecer como otro qualquier acusados

privado para sostener lo que habian escrito y afirmado (1).

Despues de haber estudiado el método de los Romanos, voy á proponer el plan de reforma que he pensado. Este se reduce á dar á la pesquisa toda la sencillez de la acusacion. Sería necesario establecer para este objeto una nueva magistratura compuesta de algunos *magistrados acusadores*. Para darle honor se deberian elegir las personas mas distinguidas, y de mayor probidad, á quienes se señalase un crecido sueldo para hacerla apetecible: la condicion, las facultades, y los requisitos que se exigirian en los que hubiesen de aspirar á ella, deberian liberarlos de toda sospecha de venalidad y prevaricacion. Estos magistrados acusadores deberian estar repartidos por todo el Estado, señalando á la vigilancia de cada uno de éstos un cierto distrito.

Establecido sobre este pie el nuevo tribunal, la obligacion de sus ministros

(1) Véase la nota primera del capítulo antecedente, pág. 84, y obsérvense las palabras de la *L. ó. D. de cust. & exhibit.*

deberia ser averiguar los autores de aquellos delitos en que no hay acusador privado; descubrirlos, acusarlos, y citarlos á juicio; intentar contra ellos la acusacion con las mismas fórmulas y solemnidades que lo haria el acusador privado, y sostenerla hasta que se terminase el juicio; hacer las mismas promesas, y exponerse á los mismos peligros. En estos magistrados, á diferencia de los de Roma, deberia castigarse no solamente la calumnia manifiesta, sino tambien la simple; y se añadiría este nuevo sello á la confianza que el pueblo deberia tener en su espantoso ministerio, y un obstáculo necesario contra el abuso que podian hacer de su autoridad.

¿Mas cómo combinarémos, se me preguntará, esta nueva magistratura con la jurisdiccion feudal? Confieso que esto sería imposible; pero tambien es preciso confesar que no podrá conseguirse reforma alguna en el sistema criminal, mientras que el esqueleto de este monstruo que ha devastado por tanto tiempo la Europa no sea reducido enteramente á cenizas. La antorcha de la razon ya le ha aplicado el fuego; los suspiros de los pue-

bolos, y los escritos vigorosos de los filósofos han alimentado la llama. A los gobiernos toca dar á este sagrado fuego la última actividad que se requiere para su total combustion. Quiera Dios que mi pluma pueda gloriarse algun dia de haber acelerado á la humanidad este beneficio. La pérdida de muchos amigos, la adquisición de muchos enemigos poderosos, los clamores del fanatismo, y las calumnias de la ignorancia, serian compensadas con el triunfo de la justicia, de la razon, y de la preciosa libertad del hombre, á la que podria gloriarme de haber contribuido animosamente.

Por no alterar el orden de mis ideas me reservo exponer mis pensamientos sobre este objeto para quando trate de la quarta parte del juicio criminal. Volvamos ahora al punto de donde hemos partido.

Por lo que queda dicho me parece se puede ver fácilmente que abrazándose el método propuesto por mí, desaparecerian los inconvenientes de la pesquisa; el juez ya no haria las veces del acusador; el juez ó sus venales ministros no serian los averiguadores del delito; no tendria lu-

gar la denunciacion secreta; la pública voz y fama, tan equívoca, tan expuesta al error, ó á la intriga de un astuto impostor atrevido, no sería ya un pretexto ó motivo legítimo para privar al hombre de su libertad. Tanto en la pesquisa como en la acusacion tendríamos un acusador legítimo y una acusacion solemne; la una no se diferenciaria de la otra sino en la diversa condicion política de los que deberian intentarias. En ambos modos de proceder el acusador deberia producir las pruebas que hay contra el acusado, y sería el verdadero investigador sin que el juez tuviera que hacer mas que examinar el valor de las pruebas y sentenciar; todos los actos posteriores á la acusacion serian perfectamente semejantes; el curso de la administracion de justicia podria ser siempre regular y uniforme, y sus pasos se sucederian con el mismo orden. El primero de éstos debería ser la notificacion al reo, acompañada de la seguridad de su persona.

CAPÍTULO VI.

SEGUNDA PARTE DEL PROCESO CRIMINAL.

La notificación al acusado, y la seguridad de su persona.

Intentada legítimamente la acusación por el magistrado acusador, ó por algun ciudadano privado, debería seguirse inmediatamente á este primer acto del proceso criminal la notificación al reo. En Roma iban ordinariamente juntos estos dos actos. El acusador conducía ante el pretor al acusado, y en su presencia intentaba la acusación (1). Pero si el acusa-

(1) *Reum fieri*, dice Asconio, *est apud prætorem legibus interrogari: cum in jus ventum esset, dicebat accusator apud prætorem reo: ajo, te sículos spoliasse; si tacuisset, lis ei æstimabatur, ut victo, si negasset, petebatur à magistratu dies inquirendorum ejus criminum & instituebatur accusatio.* Este método se observaba igualmente en los juicios civiles y criminales, con sola la diferencia que el silencio del acusado

do se resistía á presentarse, y podía sospecharse de su fuga si se hallaba ausente, la ley, que no exigía del acusador mas de lo que podían sus fuerzas, acudía á socorrerle, y prescribía el método que debía seguirse en estos diversos casos.

Si el reo estaba ausente, se le citaba por tres veces, mediando nueve días

en los primeros bastaba para que quedase convencido, pero no en los segundos; pues en estos, como luego observaremos, ni aun bastaba la confesion clara por si sola para hacer plena prueba. Así quando Asconio, dice: *si tacuisset lis ei æstimabatur, ut victo*, habla de los efectos civiles que producía el silencio, pero no de los efectos penales, supuesto que la ley, á mas de la restitution en el delito de que habla, imponía la pena de destierro. En una palabra, en el caso de que habla Asconio, el silencio del acusado hacia que la acusación criminal se convirtiese en acusación civil; y como en ésta el silencio ó la confesion del reo bastaba para hacer una plena prueba, así procedía el pretor en la decision de la causa; pero si el acusador insistía sobre la pena, es de presumir que no obstante el silencio del acusado era necesario continuar el juicio para poderlo con-

de la una á la otra citacion (1). Si pasados treinta dias desde la primera citacion no se presentaba al magistrado, le secuestraban sus bienes, y solamente podia purgar su contumacia en el discurso de aquel año; el qual fenecido, el tesoro público se apoderaba de ellos, y el contumaz no podia recobrarlos en pena de su desobediencia, aunque en el discurso del tiempo probase su inocencia (2).

denar. Los doctos jurisconsultos quizás no desaprobarán esta conjetura mia, que me contento con haberla insinuado, aunque podria producir muchos argumentos para sostenerla.

(1) Por esta causa se llamaba *citatio per trinundinum*. *L. 1. § seq. D. req. vel absent. damn.* y la 10. *D. de publ. judic.*

(2) Esto se halla establecido en las leyes siguientes: la 1. y 2. *D. de requirendis, vel absentibus damnandis.* 1. 2. y 3. *C. de requirendis reis.* 2. *C. de exhib. & transmit. reis.* En Atenas se practicaba lo mismo con poca diferencia. *Pollux L. 8. cap. 9.* Lo mismo tambien se ordenaba en el código de los Longobardos, y en los capitulares de Cárlo Magno y Ludovico, exceptuando que pedian una citacion mas, y el intervalo que mediaba de una

En estos límites se contenia la severidad necesaria de la ley contra los contumaces; pero no se atrevian á condenarlos sin oírlos (1). Este uso bárbaro del qual hablarémos en breve, es muy posterior á la jurisprudencia de los Griegos y Romanos, y debe su origen á las circunstancias particulares de algunos tiempos (2), y no se conserva actualmente en la Europa sino por la negligencia abominable de los que la gobiernan.

Mas la citacion no era siempre el me-

á otra era mayor. Código de los Longobardos *lib. 2. tit. 43.*, y capitulares de Cárlo Magno y Lud. *lib. 3. cap. 45. de manumissione secundum legem ad malum.* Véase tambien lo que la ley Sálica *tit. 1.*, y el código de los Visigodos *lib. 2. tit. 1. cap. 18.* establecen sobre este objeto.

(1) *L. 3. D. de absent. L. 5. D. de pænis. L. 1. D. de requir. vel absent. damn.* Las palabras de Marciano en esta ley son las siguientes: *hoc jure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quenquam damnari æquitatis ratio patitur* &c. Véase tambien lo que dice Gordiano en la *L. 6. C. de accusat.*

(2) Constituciones Sicilianas de Federico *lib. 2. tit. 3.*

dio de que se valia la ley para hacer que se presentase al juicio el acusado, y para notificarle la acusacion. Si era llamado legítimamente á juicio, y se resistia á comparecer, ó si el delito de que se le acusaba era de tal naturaleza que la pérdida de sus bienes y la privacion de la patria pudiesen disuadirle de la fuga, entonces la ley permitia al magistrado que ordenase la prision para que el delito no quedase impune (1); pero no llegaba á dar este paso violento, aunque necesario, sino en pocos casos, á saber, quando el delito era muy grave, ó manifiesto el desprecio de la autoridad legítima. Esta era una guerra que el interés público hacia á la libertad privada; pero en ella se respetaban los principios de la justicia, y el ciudadano que se hallaba en este conflicto se acordaba siempre que la mano que le perseguia era la de un padre y no la de un tirano.

Se confirmaba en esta justa y agradable opinion quando se le presentaba

(1) *L. 7. D. de cust. & exhib. reor.*, y la citada *L. 2. C. de exhib. & transmitt. reis.*

ante el magistrado competente. Allí encontraba á su acusador, oía la acusacion, y respondia al interrogatorio que le hacia el magistrado sobre la verdad de quanto se decia contra él. Esta notificacion judicial estaba acompañada de la sencillez, claridad, y respeto que se debe al ciudadano (1). Si negaba, ó declaraba falsa la acusacion intentada contra él, se señalaba igual número de dias á ambas partes, al acusador para que probase la verdad de su acusacion, y al acusado para que se defendiese (2). Si se custodiaba su persona en algunos casos y se

(1) *L. Divus 6. D. de cust. & exhib. reor.* Podia tambien oponer las excepciones dilatorias con respecto á la persona del acusador sino tenia derecho de acusar, á las que miraban á la incompetencia del juez, á la irregularidad que se hallaba en el libelo de la acusacion, á no poder ser acusado, &c. Estas excepciones podian oponerse ántes que el acusado entrase en el número de los reos, es decir, ántes de la contestacion de la causa. *L. 15. §. 7. D. ad leg. jul. de adult. L. 33. C. ad leg. jul. de adult.*; pero no tenian fuerza despues de la contestacion.

(2) *Sigonio de Judiciis lib. 2. cap. 10.*

le llevaba á la cárcel, esta prision no era indigna de un inocente, ni suponía una ciega desconfianza que se tuviese de él. Veía que el acusador estaba sujeto á la misma suerte, y que la ley era imparcial (1). Ordinariamente se le dejaba libre bajo la palabra de un fiador, ó se encargaba su custodia á algun personage distinguido (2).

La ley mas favorable á la libertad personal del hombre que los Romanos acaso tomaron de los Ateníenses (3), y los Ingleses de los Romanos, es la que prohibía al magistrado de-

(1) *L. 2. C. de exhib. & transmitt. reor. L. ult. C. de accusat.* Estas leyes establecen que la persona del acusador fuese puesta en custodia igualmente que la del acusado, si á éste amenazaba peligro de pena capital.

(2) *L. 1. D. de cust. & exhib. reor.* Sabemos que los cómplices de Catilina quando fuéron descubiertos por el Cónsul, y llamados al Senado, fuéron despues entregados á diferentes senadores, aunque su delito debia ser castigado con pena de muerte despues del juicio. *Salust. in conj. Catil.*

(3) La ley de los Ateníenses que nos

tener en la cárcel al acusado, quando hallaba éste un ciudadano que respondiese de su persona. No exceptuaba de este beneficio sino á los reos de los mas graves delitos (1); pero estos mismos eran tratados como ciudadanos, hasta que eran convencidos. «Nuestra justicia (dice un Emperador en una ley) que nunca podria ser bastante rigurosa con los reos, y nuestra clemencia que nunca sería bastante benigna con los inocentes, no permiten que un infeliz acusado sea estrechamente atado y rodeado de pesadas cadenas, ni quieren que la profun-

ha conservado Demóstenes es la siguiente: *Fus ne esto senatui Atheniensium aliquem vincire, si sponsores tres dederit ejusdem census; nisi quis ad urbem prodendam, aut popularem statum evertendum conspiraverit. Demost. in Timocrat.* Los magistrados quando tomaban posesion de su empleo, debian prometer con juramento la observancia de esta ley. *Pottero Archaeolog. Græc. lib. 1. cap. 18.*

(1) *Ulpian. lib. 7. de officio proconsulis,* dice: *Divus Pius ad epistolam Antiochenium græce rescripsit non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare pa-*
Tom. IV. G

»didad de las cárceles los prive de la
 »luz. Mandan, pues, y exigen, que éstas
 »no sean subterráneas ni oscuras, que
 »los infelices detenidos en ellas sean con-
 »ducidos al anochecer á los vestíbulos
 »de estas cárceles donde la respiracion
 »es mas libre y sana, y que al acercarse
 »el dia vean el cielo y respiren el aire
 »despejado y templado con los primeros
 »rayos del sol (1).»

Legisladores de Europa, estas son las leyes de un pueblo, que sin embargo de la pérdida de su libertad, exigia aún el respeto de sus señores. ¿Por qué funes-

ratus est: nisi tam grave scelus admisisse eum constet ut, neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat: verum hunc ipsam pœnam ante supplicium sustinere. L. 3. D. de cust. & exhib. reor. Esto es puntualmente el *habeat corpus* de los Ingleses. Véase Blakst. *Cod. crimin. cap. 22.*

(1) *L. 1. C. de cust. reor.* Véanse tambien las otras leyes que ordenaban no se alargasen los juicios de los reos detenidos en las cárceles. *L. 1. §. 1. C. de cust. reor. L. 5. C. eod. L. ult. C. ut int. cert. temp. crim. quæst. term.*

ta suerte están condenados vuestros pueblos á verse privados de aquélla y de éste? Si nuestra bajeza y humillacion son indignas de vuestras miradas, á lo menos tened compasion de nuestras desgracias en medio de la opulencia y de la grandeza, entre el lustre del trono y de los placeres de palacio, porque entre la fingida alegría de los cortesanos y del armonioso canto de los músicos, no serán jamás oídos los suspiros de los infelices que gimen bajo el azote de vuestras bárbaras leyes. El hombre sensible necesita haber experimentado los males, ó que los haya conocido para sentirlos. El corazon de los Reyes tiene ordinariamente la desgracia de estar privado de estos dos auxilios. Reparad, pues, la desgracia de vuestra misma grandeza: abandonad por un momento vuestros placeres; y trasladados á las cárceles donde yacen y se consumen millares de vuestros súbditos por los vicios de vuestras leyes, y por la negligencia de vuestros ministros, tended la vista sobre estos tristes monumentos de la miseria de los hombres. Acercaos á estas paredes espantosas donde la libertad del hombre está rodeada de cadenas,

y la inocencia confundida con el crimen. Despojaos de las insignias de la soberanía; vestid el traje de un ciudadano particular; y despues haced que os conduzcan por aquel laberinto obscuro, por el qual se entra en aquellos subterráneos donde jamás penetra la luz del sol, y vereis sepultado en él, no el enemigo de la patria, no el traidor ni el asesino, no el violador de las leyes, sino el ciudadano inocente, calumniado por un enemigo oculto que tuvo valor para sostener su inocencia ante un juez preocupado ó corrompido. Si el ruido de las cadenas, si los profundos y continuos gemidos que se oyen, si los hálitos pestíferos que se exhalan, no os lo impiden, haced que se os abra la puerta de este sepulcro. Acercaos al espectro que le habita, haced que una candela permita á vuestros ojos ver la palidéz mortal que se muestra en su rostro, las llagas de que está cubierto su cuerpo, los inmundos insectos que le devoran, los andrajos que cubren la mitad de sus carnes; aquella poca paja podrida que quizás se ha sustituido á una regalada cama en la qual habia abrazado á su esposa, dado muchos hi-

jos al Estado, y pasado tranquilas las noches bajo la proteccion de las mismas leyes que despues le han reducido á tan triste situacion (1). Visto todo esto haced que el alcayde que os ha conducido se aparte, y preguntadle despues á este infeliz la causa de sus desgracias. «Estoy seguro, os responderá, de no haber ofendido jamás á nadie; pero no lo estoy igualmente de que no tengo enemigo alguno. Yo gozaba de toda aquella tranquilidad que me inspiraba la íntima persuasion de mi inocencia, y la supuesta proteccion de las leyes, quando me ví arrancado del seno de mi familia y llevado á la cárcel. Desde este instante empezó mi turbacion, la qual se aumentó en extremo quando fui pre-

(1) *Luctus, & ultrices posuere cubilia curæ,
Pallentesque habitant morbi, tristisque senectus,
Et metus, & malesuada fames, & turpis egestas.*

Virg. *Æneid. lib. 6. v. 278. & seq.*

Parece que el poeta ha querido pintar en estos versos nuestras cárceles.

»sentado á un juez desconocido, que so-
 »lo con su vista me hizo experimentar
 »todas las angustias de la muerte. Sacá-
 »do repentinamente de las tinieblas y de
 »la soledad, deslumbrado con la luz del
 »día, aterrado con las funestas ideas que
 »se habían presentado á mi imaginacion,
 »todo trémulo, apénas me atrevia á fijar
 »mis ojos tímidos é inciertos sobre el
 »árbitro de mi suerte. Al verle hubiera
 »creído que era mi acusador, sino se
 »me hubiese advertido ántes que era mi
 »juez. La fiereza de su rostro, la rabia
 »y el despecho que manifestaba en sus
 »ojos, la aspereza con que hacia sus pre-
 »guntas, sus amenazas, y sus seduccio-
 »nes, me le presentaron como un enemi-
 »go, y me hicieron leer anticipadamente
 »en sus fruncidas cejas el decreto de mi
 »condenacion. Sin decirme el motivo por
 »qué me habia llamado á su presencia,
 »me hizo algunas preguntas vagas sobre
 »muchos hechos, de los cuales sabia al-
 »gunos, otros ignoraba. Sin poder pene-
 »trar el fin á que se dirigian sus pregun-
 »tas, ni la conexi6n que podían tener
 »entre sí, respondia desde el principio
 »á cada una de ellas con la mayor ver-

»dad, sin ocultar lo que sabia, ni lo que
 »ignoraba. Mas de una vez le ví enfu-
 »recerse, muchas alegrarse como si me
 »hubiera sorprendido, y otras echarme
 »en cara que mentía y me contradecía.
 »Quando respondia temblando, se atri-
 »buía mi temor á la conciencia de mi
 »culpa: si respondia con entereza y con
 »valor, esto se confundía con la estudia-
 »da osadía y con el descaro de un mal-
 »vado. Estas imputaciones y estas falsas
 »interpretaciones, que se daban á mis di-
 »chos y al tono de mi voz, contribuyeron
 »mas y mas á turbar mi memoria y mi
 »razon, confundida ya con la multipli-
 »cidad é inconexi6n de las preguntas que
 »me habia hecho. En aquel instante ya
 »no me acordé, ni de lo que habia di-
 »cho, ni de lo que ántes habia sabido.
 »Solamente advertí que cada una de las
 »preguntas que al principio tenia por in-
 »diferentes, llegaban despues á ser un
 »cargo capital. Tomé, pues, en las ulte-
 »riores el partido de la flojedad y del te-
 »mor: empecé á callar y á negar. No
 »acordándome ya de lo que habia dicho,
 »era muy fácil cogirme en contradiccio-
 »nes. Mas incomodado con mi inocencia,

„que lo estaria un delincuente conven-
 „cido de su delito, veía que quanto mas
 „se prolongaba mi exámen, tanto mas se
 „fortificaba la preocupacion del juez con-
 „tra mí, y mas materiales suministraba
 „para mi ruina. En pocas palabras, des-
 „pues de este largo y terrible altercado
 „fuí conducido al lugar donde me hallais
 „sin saber qué es lo que se ha tramado
 „contra mí, ni cuál será mi suerte.

„Una sola vez he visto abrir esta
 „puerta, quando se me condujo á la pre-
 „sencia del mismo juez para reconocer los
 „testigos, cuyas deposiciones se me ocul-
 „taron. Se me preguntó si los conocia, y si
 „tenia algun motivo legitimo para recusar-
 „los. Aquella era la primera vez que yo
 „habia oido pronunciar sus nombres y
 „visto sus rostros. Ignoro qué relacion
 „podrian tener con mi enemigo ó con mi
 „acusacion, porque no se me ha mani-
 „festado el calumniador, ni sé todavia
 „de qué se me acusa. Tuve que admitir-
 „los, porque siéndome desconocidos no
 „tenia que oponerles; ¿pero quién sabe
 „si se habrán conjurado contra mí? Yo
 „debo creerlo, porque sino hubiesen de-
 „puesto contra mí, no hubieran sido pre-

„sentados ante el juez, ni fuera necesari-
 „o llamarles para la solemnidad del ca-
 „reo. Mi imaginacion, pues, me hace ver
 „con razon ya concluida la tela que se ha
 „urdido contra mi, y que los tormentos
 „que ahora padezco son los precusores de
 „la muerte. Si mi confesion es necesaria
 „para dar la última mano al edificio de
 „mi ruina, no tardaré mucho en dar so-
 „corro á mis enemigos, porque no pue-
 „do resistir mas tiempo en el estado en
 „que me hallo. Lo hubiera ya hecho si
 „conociese las circunstancias del delito
 „sobre que debe recaer, y si la religion
 „hasta ahora no me lo hubiese impedido.
 „El carcelero que me ha conducido aquí
 „no hace mas que animarme á que dé
 „este último paso, y me ofrece todas las
 „instrucciones necesarias para ejecutarlo.
 „Me priva de una porcion del pan que
 „me concede la ley, me hace pasar dias
 „enteros abrasado de la sed, y alguna
 „vez viene á insultarme con las amena-
 „zas del tormento y con la esperanza de
 „un pronto alivio á la hambre y á la sed
 „que padezco, que se me concederá lue-
 „go que haya proferido la falsa confe-
 „sion, que segun él me dice no servirá

»sino para abreviar el curso del juicio,
 »pues aun sin ella no dejaria de estar
 »convicto.

» Á las amenazas del tormento añade
 »otra que me estremece mas. Me dice
 »que está preparada una cárcel cien ve-
 »ces mas horrible que esta en que me
 »hallo, á la qual seré conducido si abuso
 »de la paciencia del juez. Segun la pin-
 »tura que él me ha hecho, la altura de
 »esta cárcel no es mayor que la mitad de
 »mi cuerpo, y su longitud no contiene
 »sino el espacio necesario para sentarse
 »sin poder extender los pies. Para qui-
 »tar á mis brazos y manos la poca liber-
 »tad que ahora me dejan las cadenas de
 »que están rodeados, dice, que éstas se
 »enlazarán á los pies, y que será preciso
 »que una mano extraña ponga en mi bo-
 »ca las pocas onzas de pan y de agua
 »que solamente conservan mi vida para
 »padecer otros tormentos.

» No tengo motivo para creer falsas
 »sus amenazas, ó exâgerada su pintura.
 »El estado en que me hallo me dispone
 »á que crea susceptible de qualquier ex-
 »ceso tanto las leyes que dirigen á los jue-
 »ces, como éstos que las hacen ejecutar.

»Estoy, pues, dispuesto á proferir la con-
 »fesion falsa que me acelerará la muerte
 »que estoy invocando cada instante, y que
 »solo he dejado de conseguir hasta ahora
 »por no haber hecho el falso juramento
 »que la debe preceder.»

Legisladores, Reyes, Monarcas, Pa-
 dres de los pueblos, segun vosotros mis-
 mos os llamais en vuestros edictos, esto
 es lo que veriais, esto es lo que oiriais si
 fuéseis por un momento á visitar aquella
 porcion de vuestros hijos que apuran la co-
 pa del dolor suspirando por la libertad per-
 dida. La descripcion que os he hecho
 no está adornada con la elocuencia, ni
 animada con el entusiasmo; antes bien he
 ocultado algo de lo que se practica en
 algun pais de la Europa, temiendo no se
 introduzca en donde no es conocido.

Si estos escritos llegan á vuestras ma-
 nos, se vencerán los obstáculos que ale-
 jan la verdad de vuestros palacios y de
 vuestros tronos. Si el cortesano no se
 burla de ellos, ni el ignorante los ca-
 lumnia, ¿podreis dejar de avergonzaros
 viendo que todos los fenómenos de la ti-
 ranía se manifiestan aún en vuestras mo-
 narquías, las cuales si son moderadas por

vuestra virtud, son mas que despóticas por las leyes que reynan en ellas? ¿En un siglo en que se han multiplicado las luces y combatido con tanto vigor las preocupaciones, deberémos ser aún víctimas de las extravagancias funestas y horribles que la invencion mas mortífera de la supersticion ha introducido en la parte de la legislacion, que interesa mas la libertad del hombre y la seguridad del ciudadano? ¿Deberémos resentirnos aún de los golpes que ha dado á la humanidad la terrible Inquisicion en un tiempo en que esta fiera supersticiosa ha perdido aquellas uñas con las quales ha despedazado por espacio de cinco siglos la inocencia, la ignorancia, la filosofia, y la misma religion? Nosotros que hemos adoptado tantas leyes de los Romanos, muchas de las quales no son ya aplicables al estado actual de las cosas, otras inútiles, y muchas absurdas, ¿deberémos mirar con indiferencia las que favorecen tanto la libertad civil? ¿deberémos sufrir que el sistema creado por un Pontífice ambicioso, prevalezca al que estaba introducido por la sabiduria de los Griegos y de los Romanos en el se-

no de la libertad? ¿que la Inquisicion proscrita de la casa de los obispos conserve todavía su asiento en el templo de Temis? Quanto tendríamos que avergonzarnos leyendo los códigos de los tiempos bárbaros sobre muchos artículos del proceso criminal (1)! ¿Deberémos sufrir...? mas ¡ay! corramos por un momento el velo sobre esta pintura horrible de los peligros á que está expuesta nuestra libertad. En vez de afligirnos mas reflexionando sobre los males, ocupémosnos en buscar los remedios para curarlos, y consolémosnos con que sería muy fácil aplicarlos. Véamos cómo debería corregirse esta segunda parte del proceso criminal en que hemos observado todos estos vicios y horrores.

(1) Ya hemos observado en el cap. 2 de este libro las disposiciones de muchos de estos códigos relativas á la acusacion judicial. Hallamos tambien en algunos de ellos el sistema de la fianza de los Romanos ó el *habeas corpus* de los Ingleses. Véanse los capitulares de Cárlo Magno y de Ludovico,

CAPÍTULO VII.

Reforma que debe hacerse en esta parte del proceso criminal.

Si en alguna parte del proceso criminal debe adoptarse enteramente el sistema de la jurisprudencia Romana, es sin duda en la que pertenece á la intimacion del acusado, y á la seguridad de su persona. Hemos visto qu n sencillo era este método, y qu n favorable   la libertad del ciudadano. Citar   un hombre á quien se acusa de un delito, conducirle ante el magistrado competente, mostrarle su acusador, manifestarle la acusacion, preguntarle sin misterio sobre la verdad de lo que se ha afirmado contra él, no mostrar preocupacion á favor de ninguna de las

lib 4. cap. 29. y las Const. Sicil. lib. 2. tit. 10. de his qui fidejussores dare passunt ne incarcerentur. Me acuerdo tambien de haber leído en el código de los Visogodos una ley que establecía el sistema de la fianza, mas no me acuerdo en qué título estaba.

partes, conceder igual número de dias al reo para justificarse y al acusador para probar la verdad de su acusacion, abolir todos los actos extrajudiciales, todos los altercados indecentes entre el juez y el acusado, todos los terrores, violencias y asechanzas que hacen tan abominable, tan indigno y tan injusto el sistema actual; desembarazar la justicia de aquella obscuridad voluntaria en que se envuelve con el misterio de la pesquisa; abolir los juramentos inútiles que se exigen al acusado, y que solamente sirven de multiplicar los perjurios, y de debilitar un vínculo tan precioso que no conserva su fuerza entre los hombres sino quando se usa de él con economía; no recurrir en la citacion   la captura sino en aquellos casos en que se pueda sospechar la fuga del acusado,   que haya razon para castigar el desprecio hecho   la autoridad legítima (1); dejar libre su

Francisco Bec a

(1) Quando citado legítimamente rehusase comparecer. En el sistema presente al decreto de captura deben preceder algunos indicios llamados *ad capturam*: pero adoptándose el sistema de acusacion que hemos

persona bajo la palabra de un fiador, siempre que la naturaleza del delito ó la gravedad de la pena impuesta por la ley no exijan mayor seguridad; procurar que aun en estos casos la prision del acusado no sea indigna de un inocente; emplear parte de las rentas públicas en la construcción de cárceles, donde los depósitos de la justicia pública deben excitar la idea agradable de la moderacion y del respeto con que la sociedad custodia aún aquellos individuos que han merecido su desconfianza; en una palabra, tratar al acusado como ciudadano, hasta que esté en-

propuesto, esta es por sí sola un indicio suficiente, porque el acusador público ó privado no podría sin indicios muy fuertes exponerse á la pena del talion, que sería consecuencia necesaria de una acusacion caprichosa ó de mala fe; pero no debería llegarse á este paso violento de la captura sino en los casos propuestos, esto es, quando el acusado no quisiese obedecer á la citacion, ó quando la gravedad del delito, ó la condicion del acusado, siendo un hombre sin domicilio y sin honor, le hiciese sospechoso de fuga.

teramente probado su delito. Esto es lo que se conseguia con el método sencillo y libre de los Romanos, y lo que se conseguiria ahora si se pusiese en práctica. (1).

Deberia añadirse á esta reforma la distincion de cárceles de los acusados, y de las de los convictos. Un hombre que es acusado de un delito, hasta que esté convencido de haberlo cometido no debe perder el derecho que tiene á la opinion pública; y como ésta, fijándose mas en el modo que en la cosa, ha notado con cierta infamia la detencion en la prision, no hay otro medio para destruirla que recurrir á esta distincion. Otro mal quizás mayor se evitaria por el mismo medio, es á saber, el contacto del delito con la inocencia. Un acusado no es siempre criminal, pero puede llegar á serlo con este pestífero contagio. Encerrado en una misma caberna con los delincuentes ya condenados, no respira, por

(1) Todas las dudas que podrán ofrecerse al lector sobre este método quedarán desvanecidas en el discurso de este libro. No

decirlo así, mas que el olor del delito: una atmósfera viciada concentra allí estas terribles exálaciones, ¿y quién sabe hasta qué punto pueden éstas obrar sobre su espíritu, y alterar su corazón? ¿quién sabe si el infeliz que se vé obligado á recibirlas por todos sus poros, podrá resistir su malignidad?

El acusado que aun no está convencido, aunque sea reo, tiene interés en ocultar su culpa; pero aquel contra quien se ha decretado la pena, no tiene ya éste interés, y abre su corazón corrompido á sus compañeros, les comunica los placeres que le han proporcionado sus delitos, enciende su imaginación contándoles sus feroces y atrevidos atentados, y viene á ser ordinariamente el apóstol del vicio. El hombre se acostumbra á todo, y pierde seguramente el horror á los delitos oyendo hablar frecuentemente de ellos. La perversidad misma tiene su entusiasmo, que se comunica tarde ó temprano. Hace pro-

puedo decirlo todo de una vez. Sin esta economía me veria en la precision de faltar al órden, ó repetiría muchas veces las mismas cosas.

séritos como la virtud; y el terror no es ya un freno bastante poderoso para detener el corazón inflamado por ella, porque tiene tambien una especie de heroismo. Por lo qual es muy fácil, que el acusado que era un inocente antes de entrar en la cárcel, salga de ella hecho un monstruo. Luego la utilidad pública, el decoro de las costumbres, el respeto debido al acusado antes de ser convicto, el cuidado que debe tener de su honor y probidad, exigen la separacion que he propuesto. En todo lo demás quedaria perfecta la reforma de esta parte del proceso criminal, si se sustituyese el antiguo método al que hoy seguimos: bien que hay muchos monumentos que indican que ni aun este objeto se ocultó á la vigilancia de los legisladores Romanos (1). Dejo á los lectores el análisis mas circunstanciado de los motivos y ventajas de una reforma tan necesaria; y aun me basta haber observado

(1) Los Romanos hacian distincion entre lo que llamaban *liberæ custodiæ*, y las *carceles*. Parece que las primeras estaban destinadas para los acusados que no podian gozar del beneficio de la fianza, y las otras para los que estaban convencidos. Dán

los objetos sobre que debe recaer, y el modelo sobre el qual debería arreglarse. Pondria aquí término á esta teoria, si el órden de mis ideas no ofreciera á mi espíritu un abuso, que no he hecho mas que insinuar en el capítulo antecedente; pero que merece ser observado en toda su deformidad: éste es la condenacion del reo en rebeldía adoptada por todos los códigos criminales de la Europa, y admitida tambien en el de una nacion libre (1), que con asombro universal conserva aún esta reliquia monstruosa de su antigua barbarie.

CAPÍTULO VIII.

De las condenaciones en rebeldía.

En otro tiempo se castigaba á los rebeldes como rebeldes; pero ahora se les

lugar á esta conjetura un pasage de Salustio hablando de los conjurados de Catilina, otro de Livio citado por Sigonio en el *lib. 2. cap. 3. de jud.*, y una ley de Venuleyo, y otra de Scevola en el tit. *D. de cust. reor.*

(1) La Inglaterra.

castiga como rebeldes, y se les condena como reos. Hemos visto en el derecho Romano castigada la rebeldía con la pérdida de los bienes; pero no con la de los derechos preciosos de la vida y de la defensa (1). Estaba reservado á la legislacion moderna el dar este último golpe á la libertad civil, y á los principios imprescriptibles de la justicia y de la razon.

Las leyes Romanas prohibian, como se ha observado, la condenacion de los ausentes; y nosotros por la misma razon de estar ausente les condena-

(1) Véase lo que se ha dicho en el capítulo VI. No encontramos monumento alguno de esta ferocidad en las legislaciones antiguas. En Roma el rebelde era castigado como rebelde, pero no como reo del delito de que era acusado. Véase la coleccion de las leyes Aticas de Petit. *lib. 4. de judic. tit. 2. L. 2.* Sin embargo del sumo rigor con que los Hebreos perseguian á los delinquentes, tenemos una ley de aquella nacion que nos manifiesta que á nadie se podia condenar sin ser oido. *Núm. 35. v. 12.* Este abuso tuvo su origen entre las naciones bárbaras, como luego veremos.

mos (1). Si un infeliz huye amedrentado con los peligros á que está expuesta la inocencia mas evidente por los vicios que tiene en el dia el proceso criminal, y estando escondido ó lejos del pais no obedece á las repetidas citaciones; si á pesar de estar seguro de su inocencia no se atreve á exponerse á un combate, en que todos los peligros están contra él; si busca en la fuga un asilo que cree no puede hallar en el seno de la justicia, está seguro de que se le condenará sin ser oido.

La ley armada con la terrible pala-

(1) Muchos jurisconsultos se han atrevido á sostener que no era necesario que estuviere probado el delito para condenar al rebelde; que la fuga del acusado era prueba del delito; y que el desprecio que mostraba á la justicia, negándose á comparecer, merecia el mismo castigo que si se le hubiese convencido. Por estos principios se administra la justicia en una gran parte de los tribunales de Europa, donde á los errores de las leyes se añaden los delirios de algunos hombres sin voto en la materia, que solo han empleado su talento en hacerlas mas feroces y funestas.

bra de *rebeldia* le considera como reo. Su desobediencia dá á los jueces el derecho de declararle reo; y lo que aun es mas absurdo, el de pronunciar contra él las penas que establece la ley al delito, y de hacerlas ejecutar en la efigie del preterido delincuente. Si la ignorancia de lo que se ha tramado contra él, ó el temor de exponerse á todos los horrores de la revision de un proceso formado enteramente para su ruina, le impiden que se presente despues de la dccision en el tiempo que la ley ha determinado la sentencia, se tiene por difinitiva y no hay recurso para él, no se puede defender, se venden sus bienes, su persona y su familia quedan para siempre cubiertas de opróbio y de ignominia (1). Á esta injusticia se añade en algunos paises otra todavía

(1) He tenido que servirme de algunas expresiones generales hablando de esta condenacion en *rebeldia*; porque aunque en lo substancial sean uniformes los códigos de las naciones de Europa, sin embargo se diferenciaban en algunas solemnidades y en algunos objetos que era inútil referir, y no pertenecen á nuestro asunto. Habiendo observado

mayor. En ciertos casos se condena al rebelde y se concede á todos el derecho de matarle: se pone precio á su cabeza, y se recompensa de este modo un crimen que debería ser castigado. La ley rompe de un golpe los vínculos que unian al rebelde con los demás ciudadanos, y promueve un atentado que acostumbra á los hombres á despreciar la vida de los hombres, y á ver sin horror sus manos manchadas con su sangre. Esta feroz invencion se debe á los siglos de la barbarie, y nosotros que hemos ido en busca de lo que hay de mas inicuo y absurdo en los códigos de las naciones que nos han precedido, la hemos adoptado religiosamente, sin embargo de ser contraria á los principios de la moral y de la razon (1).

las pragmáticas de Francia, las constituciones de Saboya, los edictos de Ginebra, las constituciones de Nápoles, y el código criminal de Inglaterra, he visto adoptada en todos ellos la misma injusticia con algunas diferentes modificaciones.

(1) La ley de Federico comprendida en el título de las constituciones Napolitanas

¿Pero cómo corregiremos estos abusos sin reformar todo el sistema del proceso criminal? Acordémonos de lo que se ha dicho en la introduccion de este libro. Si hay vicios en el todo, es preciso que los haya en las partes: corregir alguna de éstas sin reparar el todo, es lo mismo que aumentar el desórden y multiplicar los inconvenientes. Mientras no se reforme el sistema del juicio criminal,

de *Forbannitis*, & *Forjudicatis*, subsiste aún por desgracia en toda su fuerza y vigor entre nosotros. En esta ley se concede á todos el derecho de matar al rebelde *Forjudicatus*, y se señala el premio que debe darse al que le mata. Véase la coleccion de las leyes bárbaras de Lintbregio *pág.* 762. En Inglaterra habia antiguamente la misma barbarie: en algunos delitos se consideraba que el contumaz tenia *caput lupinum*, cabeza de lobo, y que qualquiera tenia derecho para cortarla. Ahora está abolido este derecho, pero se conserva el sistema de condenar al contumaz como convicto del delito, por el qual ha sido llamado á juicio. Léase á Blakston *Código criminal de Inglaterra cap.* 24. Boemero refiere la terrible fórmula que se usa en la Germania quando se publica el bando

y solo el acusado esté expuesto á todos los peligros, su honor ultrajado, su persona afligida, y no se le faciliten los medios de defenderse; en una palabra, mientras no se mejore su condicion con los medios que hemos indicado, la ley que castiga su fuga ó su desobediencia con una condenacion tan feroz, es un mal necesario, y no puede ser abolida sin causar nuevos desórdenes (1).

de *Forjudica*. Causa horror el considerar que las leyes de pueblos que se llaman civilizados puedan usar de un language que causaría espanto en la boca de un Iroqués. Véase á Boemero *Elem. Jur. crim. sect. 1. cap. 17. §. 130.*

(1) Si en el estado actual de las cosas, la pérdida de los bienes fuese la única pena establecida contra el contumaz, como lo era en Roma, los estados se verían todos los días privados de buenos ciudadanos, que no teniendo bienes ni propiedades que perder (como infelizmente no los tienen la mayor parte de los hombres que actualmente constituyen el cuerpo social), preferirían la pérdida de su patria á los riesgos y desastres á que se expondrían presentándose. Corrijase el proceso, y adóptese el sistema de Roma.

Lo mismo debe decirse de la fianza, de la qual hemos hablado en el capítulo anterior. Este es uno de los medios mas eficaces para conservar en lo posible la libertad personal del ciudadano. ¿Pero cómo se combinará con el sistema actual del juicio criminal? ¿De qué serviría en una nacion, donde casi todos los delitos son castigados con pena de muerte, ó con la pérdida perpetua de la libertad? ¿No exige acaso el misterio de la pesquisa, que el reo esté detenida en la cárcel? Sin publicidad de los juicios criminales, ¿cómo se podrá dejar libre al acusado bajo la palabra de un fiador? Si la fianza no puede tener lugar sino en aquellos delitos, en los cuales la pena impuesta por la ley no puede mover al acusado á dejar su patria, ó hacer traicion á su fiador, y á sacrificar sus bienes; en esta justa hipótesis, quando el código penal de una nacion es tan feroz, que no hay delito que no sea castigado con una pena mas grave que la que resultaria de la fuga, ¿no sería por ventura inútil para esta nacion este remedio, que sería muy saludable para un pais donde las penas fuesen mas moderadas?

Así que, para abolir las condenaciones en rebeldía y adoptar el sistema de la fianza, é imitar en uno y otro punto el método de los Griegos y Romanos, sería necesario corregir todo el sistema del juicio criminal, y suavizar el código penal de las naciones (1). En este plan de reforma general he demostrado la correccion que debería hacerse en las dos primeras partes del juicio criminal. Ya es tiempo de que pasemos á la tercera, que quizás es la mas intrincada de todas: comprende como hemos dicho los indicios y las pruebas de los delitos. Esforcémonos, pues, á disipar las tinieblas que oscurecen esta parte del derecho, y busquemos en la humanidad y la filosofía el hilo que nos debe guiar en este espantoso laberinto.

(1) En Inglaterra se ha fijado la atención en el primero de estos objetos, pero se ha desatendido al segundo. Si se suavizase su código penal, que es uno de los mas feroces de Europa, en este caso el *habeas corpus* llegaría á ser infinitamente mas favorable á la libertad personal de los Ingleses. La razon es clara. Á medida que se multi-

CAPÍTULO IX.

TERCERA PARTE DEL PROCESO CRIMINAL.

De las pruebas, y de los indicios de los delitos.

En ninguna parte de la legislacion se manifiesta tanto la contradiccion, la imbecilidad, y la poca lógica de nuestros legisladores y de los intérpretes de nuestras leyes, como en la que arregla las pruebas y los indicios de los delitos. Por poco que se abran los infinitos volúmenes que contienen nuestra jurisprudencia criminal, compuesta, como hemos dicho en otro lugar, de una absurda é indigesta combinacion de una parte de las leyes Romanas con algunos principios legales del derecho canónico, mezclados con la

plicasen los casos en que el ciudadano pudiese gozar de este privilegio, se haría éste mas útil; y para multiplicar estos casos deberían moderarse las penas. No quiero dejar de advertir que el magistrado que recibe la acusacion contra el rebelde, debería

legislacion de los tiempos bárbaros, y alterados monstruosamente por las opiniones de los doctores, á cuyos delirios una práctica antigua ha dado fuerza de ley en nuestros tribunales; basta, digo, abrir estos libros del error y de la confusion para conocer como una sutileza metafísica y una lógica absurda y pueril, que favorecen por una parte la impunidad de los delitos, exponen por otra la inocencia á los mayores riesgos, dejando así en lo uno como en lo otro en manos de los jueces una arbitrariedad funesta y despótica.

Permítaseme, pues, dar principio á esta importantísima teoría con un exámen rápido de los errores en que está envuelta por todas partes, para establecer despues sobre los fundamentos inalterables de la razon y de la filosofía, las reglas y los principios con que debe ser dirigida.

La jurisprudencia Romana que nos ha

cuidar de que se registrasen solemnemente las pruebas y documentos producidos por el acusador, para poder hallarse en estado de abrir de nuevo el juicio siempre que el reo se presentase ó cayese en manos de la justicia.

servido de guia y norma en las dos primeras partes del juicio criminal, nos ofrece en ésta errores, tanto mas dignos de ser impugnados, porque ó han sido religiosamente admitidos en nuestros tribunales, ó han dado origen á otros mas funestos. Quando se trata de pruebas y de argumentos de los delitos, se halla en el cuerpo del derecho Romano una continua fluctuacion entre la piedad y la ferocidad, entre una delicadeza excesiva en apreciar el valor de las pruebas, y un método tiránico é injusto en buscarlas. Quando hay contradiccion entre dos leyes, esta antinomia se manifiesta pronto, y el legislador puede remediaria fácilmente; pero quando la contradiccion está en el sistema, quando está en el todo y no en las partes, quando está en el espíritu de la jurisprudencia y no en las palabras de la ley, entonces no se manifiesta á los ojos del jurisconsulto; solo el filósofo puede verla, y la correccion es mas difícil, porque debe caer sobre el todo y no sobre las partes.

Esto es lo que se observa en aquella parte de la jurisprudencia Romana, que determina el criterio de la verdad en los juicios criminales. Abriendo el códi-

go encontramos en el título *de probationibus* compendiadas las reglas que deberian determinar este criterio. "Sepan los acusadores, dice la ley, que el juez no puede deferir á su acusacion, si el hecho que contiene no está apoyado sobre la fé de testigos idóneos, ó sobre documentos públicos, ó argumentos incontrastables y mas claros que la luz (1)."

Esta regla es justa, clara, sencilla, y análoga á los sagrados principios de la libertad civil; pero por nuestra desgracia los legisladores de Roma no siempre siguieron su espíritu quando se trataba de explicarla ó de determinar sus ideas con mayor precision. Se necesitaba, por ejemplo, establecer cuáles eran los testigos que la ley llamaba idóneos, ó cuáles los argumentos en que el juez podia fundar su juicio; y sobre uno y otro artículo el derecho Romano nos ofrece contradicciones que no han observado nuestros jurisconsultos, mas se manifiestan con bastante claridad al que lee con la superioridad de la filosofia, y con la independencia de la razon, los libros tan venerados de las leyes Romanas. El im-

(1) *L. ult. C. de probationibus.*

becil Justiniano no reflexionando en la diversidad de los tiempos y de las circunstancias; mezclando sin orden ni distincion las leyes que aun se resentian de la libertad antigua de la república, con las que habia dictado el mas feroz despotismo; poniendo al lado de los establecimientos de los Emperadores mas humanos los de los tiranos mas fieros que ensangrentaron el Imperio; hizo un caos informe de la jurisprudencia, donde el filósofo y el tirano encuentran igualmente ideas análogas á sus principios opuestos.

Bastaria leer en el Digesto, en el Código y Novelas los varios títulos en que se contienen las leyes que tratan de los testigos, de los argumentos, y de las pruebas judiciales, para convencernos de esta triste verdad. Dando una ojeada filosofica á esta parte del derecho Romano, hallaremos exceso en los dos extremos opuestos; exceso de delicadeza por una parte, y de ferocidad por otra.

Empezando por los testigos, veremos que la delicadeza de los legisladores excluía de la confianza de la ley á todos aquellos testigos que podian tener con el acusador ó con el acusado re-

laciones de familia (1), de amistad (2), de dependencia (3), de odio (4), de servidumbre (5), de nacimiento (6), de patrocinio (7), ó de libertad (8); veremos excluidos á los que habian sido condenados, ó que estaban *sub iudice*, por se-

(1) *L. 3. de test. L. 24. D. eod.* Se comprendian en esta clase los que habitaban en la misma casa, y habian sido educados en la misma familia; en una palabra, todos los domésticos y familiares. *Mart. Comm. ad lib. 48. D. tit. 15. cap. 11. §. 10.*

(2) *L. 5. C. de test. lib. 3. pr. D. eod.*

(3) *Cit. L. 5. C. de test.*

(4) *L. 3. D. de test. y L. si quis 17. C. eod.*

(5) Los esclavos no podian ser preguntados contra sus señores. *L. 8. C. eod. L. 7. C. de quaestionibus. L. 1. §. 3. y L. 18. §. 6. D. de quaestionibus.* En Atenas eran enteramente excluidos del derecho de ser testigos; tenemos una prueba en el formion de Terencio *Act. 2. scen. 1.*

(6) *Lib. 6. C. de test. L. 9. D. eod.*

(7) El que habia patrocinado una causa civil ó criminal no podia ser testigo en la misma. *L. 25. D. eod.*

(8) Los libertos y sus hijos no podian ser testigos contra el que les habia dado la

guirse contra ellos algun juicio público (1); veremos excluidos los infames por delito (2) ó por oficio (3), los adúlteros (4) y las prostitutas (5); los que habian dado pruebas de mala fé (6), de su venalidad (7), de su perverso carac-

libertad. *L. 12. C. eod. L. 3. §. 5. D. eod.*

(1) *L. 3. §. 5. y L. 20. D. de test.* Sin embargo en las causas civiles se admitian como testigos los que estando *sub iudice* en un juicio público, no estaban presos; pero aunque gozasen de libertad, eran excluidos si se trataba de causa criminal.

(2) *L. 13. y L. 3. §. 5. D. de test. L. 6. §. 1. D. ad leg. jul. repet.*

(3) *Cit. L. 3. §. 5. y arg. L. 21. §. si ea rei D. de test.* En Atenas tambien estaban excluidos de ser testigos los infames. *Ignominiosi intestabiles sunt. Demost. in Neæram.* Un fragmento que trae Aulo Gelio de la ley de las XII Tablas en el *lib. 15. cap. 13.* demuestra que los Romanos tomaron esta ley de los Atenienses.

(4) *L. 14. D. de test.*

(5) *L. 3. §. 5. D. de eod.*

(6) *Repetundarum damnati. L. 15. D. eod.*

(7) Los que habian sido convencidos de haber recibido otras veces dinero para ser

ter (1), los que habian tenido parte en el delito (2), los que por su edad podian fácilmente ser engañados (3); últimamente, los que habian dado motivo para que se dudase de su imparcialidad, por haber depuesto contra la misma persona en otro juicio público (4). Todas estas excepciones nos muestran la excesiva diligencia de los legisladores Romanos en defender la seguridad del acusado contra la mala fé de los testigos. Vol-

testigos, ó para no serlo. L. 3. §. 5. D. eod.

(1) Estos eran los autores de los libelos famosos. L. 5. §. 9. D. de injuriis, y la L. 21. pr. D. de testibus.

(2) L. 11. C. de test. ¿Quién creería que segun las leyes de Nápoles no solamente puede ser testigo el compañero en el delito, sino que su deposicion contra el reo hace tanta prueba como la de otro qualquier testigo idóneo? Pragmat. 1. de exulib. Pragmat. 6. de receptat.

(3) En los juicios criminales no se admitian por testigos los menores que no tenían veinte años cumplidos. L. in testimonium 20. D. de test.

(4) L. 23. D. de test.

vamos ahora la medalla, y observémos el reverso; veamos como la destruían con otras excepciones, y como el edificio de esta seguridad levantado con una mano, se derribaba violentamente con la otra.

Es cosa escandalosa ver que los legisladores Romanos creyesen que los tormentos pudiesen ser los órganos de la verdad (1). Nosotros debemos á esta fatal opinion el primer origen del tormento, que aún está en uso en una gran parte de la Europa, sin embargo de la guerra vigorosa que le han declarado la filosofia y las luces del siglo. Las leyes Romanas, despues de haber excluido de su confianza á los esclavos y á los infames, ordenaron que el juez diese fé á sus deposiciones quando las hacian en medio de los tormentos, concediendo (2) de este

(1) *Quaestionem*, dice el juriconsulto Ulpiano, *intelligere debemus tormenta & corporis dolorem ad eruendam veritatem*. L. 15. D. de injuriis & famosis libel.

(2) L. 21. §. si ea rei. D. de test. L. 8. §. servis. C. de quaestion. L. 13. C. de test. Nov. 90. tit. 2. cap. 1. Acerca de la natu-

modo al acusador el derecho bárbaro de presentar en juicio un número infinito de inocentes para ser atormentados sin ha-

raleza de los tormentos que usaban los Romanos para este fin, léase á Val. Max. lib. 6. donde hablando del esclavo el orador Antonio dice: *Plurimis laceratus verberibus, eculeo impositus, candentibus laminis ustus, omnem vim accusatoris, custodita rei salute subvertit.* Adviértase que ántes de César solamente estaban sujetos al tormento los esclavos. El uso de hacerlo sufrir á los libres, y aun á los mismos ciudadanos, se introdujo como luego veremos en tiempo de los Emperadores, los cuales inventaron sucesivamente nuevos tormentos. Suetonio en la vida de Domiciano habla de los que usó este Emperador para descubrir algunos reos; y en la de Tiberio de una invencion de este tirano: *Excogitaverat inter genera cruciatus etiam ut larga meri portione per fallaciam oneratos, repente veretris deligatis, fidicularum simul, urinaeque tormento distenderet.* Véanse tambien lo que dice Séneca en el lib. 3. de ira. Valerio Máximo lib. 8. cap. 4. y Amiano Marcelino lib. 29. donde habla de los que se sirvió Valentiniano.

ber tenido parte alguna en el delito (1). Un esclavo, un gladiador, &c. que tenia la desgracia de presenciar un delito, estaban seguros de que habian de ver sus huesos dislocados, sus carnes expuestas al ardor del fuego, ó sus fibras y músculos violentamente estirados sobre un penosísimo potro, porque la ley creía que eran incapaces de decir verdad sino eran atormentados con los mas vivos dolores.

Igual injusticia se cometia con aquellos testigos que no eran esclavos ni infames; mas su condicion no merecia ser respetada por la ley en la jurisprudencia parcial de Roma. Si un hombre que no era decurion, noble ó soldado, y sino tenia en su familia el esplendor de la toga ó de las armas, era llamado á juicio

(1) Los inconvenientes que nacia de esta libertad ilimitada de presentar un número infinito de testigos en el juicio, fueron remediados en parte por las constituciones de los Principes, como se vé en la L. 1. §. 2. D. de testib. Un lugar de Valerio Máximo nos hace ver que en otros tiempos era permitido presentar en juicio hasta 120 testigos: *Scavrus, dice, adeo perditam defensionem in iudicium attulit, ut accusator*

como testigo de un delito, aunque no fuese delincuente, infame, ni esclavo, no le libertaban del tormento la integridad de sus costumbres, ni las prerogativas de su libertad quando estaba vacilante en sus deposiciones (1). La ignorancia, pues, que tantas veces produce contradicciones en los hombres quando manifiestan sus ideas, y les impide que se expliquen con distincion y claridad; ó el temor de alterar la verdad que embraza en extremo á las almas delicadas, y presenta en la apariencia sus dichos como equívocos y vacilantes; estas dos causas, digo, que pueden combinarse con la honestidad mas conocida, exponian en Roma á un infeliz hombre honrado á sufrir y padecer el tormento sin ser delin-

diceret, lege sibi centum, atque viginti hominibus denunciare testimonium licere. Esta era la célebre ley Servilia *repetundarum lib. 8. cap. 1.* En la Miloniana de Ascónio se encuentran llamados á juicio para ser testigos 54 esclavos. Véase tambien á Ciceron *lib. 2. de finib.*, y á Sigonio *de judiciis lib. 2. cap. 16.*

(1) *L. ex libero 15. pr. y L. unius 18. §. 3. D. de questionib.*

cuente, acusado, ni acusador, sino simple testigo de algun delito.

Esta injusticia que se cometia frecuentemente con las personas de la condicion mas vil, se extendia aún á la clase mas noble y distinguida del Imperio quando se trataba de delitos de magestad. El ciudadano mas ilustre del Estado, el mas benemérito de la patria, podia tambien estar sujeto á la terrible prueba de los tormentos quando era llamado á juicio como testigo de estos delitos (1). La absurda severidad de la ley ponía en manos del tirano este instrumento pernicioso para satisfacer sus mal fundadas sospechas.

Á estas contradicciones se añadía otra. Ya hemos visto que los esclavos no podían ser interrogados contra sus señores (2). Nuestros mayores, dice Ciceron (3), no quisieron que la condenacion de un ciudadano pudiese depender del testimonio de su siervo, y que se hiciese

(1) *L. de minore 10. §. 1. D. de quest. L. 4. C. ad leg. jul. majest.*

(2) En la nota de la pág. 135. y 136.

(3) *Cic. pro Milone.*

por este medio mas dolorosa y sensible. Esta antigua determinacion conservó su fuerza en tiempo de los Emperadores, y por una ley de Severo, y Antonino, se extendió á las madres, hijos, y tutores de los patronos (1). ¡Pero quién lo creería! En los delitos mas graves, en los que se necesita mayor esfuerzo para cometerlos, en que la confianza en el testigo debería disminuirse tanto quanto creciendo la atrocidad del delito se disminuye la prueba del hecho; en estos delitos, digo, las leyes Romanas admitian el testimonio de los siervos contra sus propios señores, en vez de excluirlos con mayor rigor (2). De esta extravagancia de la jurisprudencia Romana nació sin duda aquella máxima errónea que ha sacrificado á la imbecilidad de nuestros jurisconsultos infinito número de inocentes, y ha sido generalmente adoptada en los tribunales de la Europa como un axioma, á pesar del error evidente que contiene: *en los delitos atroctsimos,*

(1) *L. 2. C. de quæstionib.*

(2) Los delitos exceptuados, y en los quales se admitian las deposiciones de los esclavos contra sus señores, pueden verse en

dicen los criminalistas, *las mas ligeras conjeturas bastan, y es lícito al juez proceder contra el derecho* (1). Luego un hombre acusado de un delito mas atroz,

las leyes siguientes: *L. 1. de quæstionib. y L. 1. §. in causa: L. 8. y L. 17. D. de quæst. L. 1. D. ad leg. jul. de annon. L. vix cestis 52. D. de jud.*

Augusto habia hallado un temperamento que parecia poderse conciliar con el antiguo sistema. Dispuso que los siervos de aquel que habia conspirado contra su persona fuesen vendidos al publico para que pudiesen declarar contra su antiguo señor. *Dion in Xiphilin.* Pero el que sabe quån odiosa es la persona del señor al esclavo, verá quån contraria era esta ley á la seguridad civil. Sabemos que en los tiempos primitivos de la república, habiendo descubierto *Vindex* la conjuracion tramada en favor de los Tarquinos, no pudo ser testigo contra los hijos de Bruto sus señores; y sabemos tambien que el Emperador Tácito persuadido de esta verdad estableció que los esclavos no pudiesen ser testigos contra sus señores ni aun en los delitos de magestad. Esta ley no se halla en el código; pero la refiere Flavio Vopisco en la vida de este Emperador.

(1) *In atrocissimis leviores conjecturæ*

por sola esta causa ¿deberá perder, respecto á la seguridad, aquellos derechos que la ley concede al que es acusado de un delito mas leve? Permítaseme impugnar con los principios mas sencillos de la razon esta práctica absurda de la legislacion criminal.

Tres obstáculos son los que apartan al hombre de los delitos: el horror que naturalmente nos inspira una accion contraria á la justicia, la desaprobacion pública, y el temor de la pena. Es claro que la resistencia de estos obstáculos debe crecer á proporcion de la atrocidad de la culpa. Un delito mas atroz inspira mayor horror, hace al hombre mas abominable á sus semejantes, y le expone á mayor pena. Tenemos, pues, que vencer una resistencia mayor para cometer un delito mas grave, que para cometer otro que sea mas leve. Por tanto entre dos acusaciones, una de un delito mas atroz, y otra de un delito de menos atrocidad, la ley

sufficiunt, & licet judici jura transgredi. Nuestros escritores forenses llaman privilegiados aquellos delitos en los cuales tiene lugar esta regla absurda.

deberia pedir mayores pruebas para la primera que para la segunda. La ley de los Bávaros pedia tres testigos quando se trataba de un atentado contra la vida de un duque, y solamente pedia dos en los atentados contra la vida de un privado (1). Yo me aprovecho de la verdad donde quiera que la encuentro, y me ofrecen muchas los códigos de los bárbaros, porque el mayor enemigo de la verdad no es la ignorancia, sino el error.

Es verdad que los delitos mas atroces se suelen cometer con mayores precauciones, y por consiguiente son mas difíciles de probar; pero tambien lo es que quando el pueblo ignora el autor de un delito, no es tan funesta la impunidad; es cierto tambien que en los delitos mas atroces concurren con el temor de las penas otros temores para apartar de ellos á los hombres; y últimamente es indudable que si se corrigiesen todos los vicios que contiene el sistema judicial, sería mucho mas fácil probar los delitos.

Estas sencillísimas reflexiones nos ma-

(1) *Leg. Bavariorum tit. 2. cap. 1. Si quis de morte ducis consiliatus fuerit. §. 2.*

nifiestan claramente cuán absurda sea la regia de los criminalistas, y cuán injustas las leyes establecidas en una gran parte de la Europa, las cuales bajo el nombre de delitos privilegiados dispensan de una parte del rigor de las pruebas, quando se trata de los crímenes mas atroces.

Voivamos ahora á la jurisprudencia Romana, de la qual han tomado siempre por desgracia nuestros legisladores lo mas defectuoso y absurdo que se halla en ella, y habiendo ya observado las contradicciones que contiene en lo que mira á la prueba de los testigos (1), veamos las que se hallan en las leyes relativas á la confesion libre, y á la que se arranca con violencia. En esta parte la jurisprudencia moderna no se diferencia de la antigua; por lo que, mostrando la irregularidad de la una, impugnamos al mismo tiempo la de la otra.

(1) Ruego al lector que compare estas determinaciones de la jurisprudencia Romana con las de los códigos de las naciones bárbaras, y verá como el espíritu de contradiccion ha sido casi siempre el de los legisladores en todos tiempos. Mientras que el uso de los dueños, y el de las otras pruebas comprendidas

CAPÍTULO X.

Continuacion del mismo asunto. De la confesion libre, y de la confesion que se arranca con violencia.

La naturaleza cuyos decretos son mucho mas antiguos que las leyes ambiguas y violentas de los legisladores, que no se contradice jamás en sus determinaciones, y que formando el cuerpo y el espíritu de los mortales, fijó las leyes invariables que deben dirigirles; que no manifiesta sus leyes con caracteres, ni con sonidos, sino con impulsos con los quales los estimula á la felicidad ó á la existencia en todos los instantes de su vida; la naturaleza, digo, es la que cierra la

bajo el nombre de *juicios de Dios*, estaba adoptado casi universalmente, ostentaban las leyes la mas excesiva delicadeza en determinar el crédito que merecian los testigos, y en precaver su mala fé. Véase en la coleccion de Lindembrogio la ley de los Longobardos *lib. 2. tit. 51. de testib.* La ley de los Alemanes *cap. 42. §. 11.* Los capitulares de Carlo Magno y Ludovico *lib. 3. cap. 10. 32.*

boca del reo quando el juez le pregunta sobre la verdad de la acusacion que se ha intentado contra él. La confesion del delito, debiéndole acarrear seguramente la pérdida de su existencia ó de una parte de su felicidad, exige un esfuerzo superior al impulso contrario de la naturaleza, ó una ilusion que le haga ver en la pérdida de una de estas cosas la adquisicion de un bien mayor. En el primer caso se pide al hombre un imposible moral; y en el segundo se juzga por la asercion de un iluso, de un loco, de un fanático, ó de un hombre que se halla en igual disposicion que el suicida que se quita la vida con sus propias manos, porque cree hallar en la pérdida de la existencia su felicidad ó el término de sus desgracias (1).

52. y 78. lib. 4. cap. 23. lib. 6. cap. 40. 145. 157. y 271. lib. 7. cap. 179. 355. La ley de los Bavaros tit. 14. &c.

(1) *Ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens qui confitetur de se. Hic furore impulsus est, alius ebrietate, alius errore, alius dolore, quidam quaestione. Nemo contra se dicit, nisi aliquo cogente.* Quint. Declam. 314.

La experiencia léjos de destruir esta reflexion la hace mas sensible. Cito por testigos á los mas célebres Criminalistas: no podrán negarme que jamás han conseguido la confesion de un reo sin haber precedido ó el pleno convencimiento en cuyo caso sería inútil la negativa, ó el temor del tormento, ó el desorden de las facultades intelectuales, ó la molestia de una prision de muchos años que hace pesada é insoportable la vida, ó los artificios de que se sirven muchas veces para seducir á los infelices que están entre los lazos de la justicia, y arrancarles una confesion en la qual la destreza de un pérfido escribano hace que el reo tenga confianza que se le disminuirá la pena, ó que quedará del todo impune.

Asi de qualquier modo que se considere la confesion de los reos, se hallará que ó no deberian exigirlas las leyes, ó no dar ningun grado de valor á esta especie de prueba. *Frustra enim est, dice Hobbes, testimonium, quod a natura corrupti praesumitur* (1).

(1) *Hobbes de Civ. lib. 1. cap. 2. §. 19.*
Tomo IV. K

Observando las leyes Romanas sobre la confesion libre, hallamos que la evidencia de esta verdad no dejó de hacer alguna impresion en el ánimo de sus legisladores. El axioma legal que dice *nemo tetis contra seipsum*, es sin duda una consecuencia de este principio (1).

Como tambien lo son las leyes que

Demostrarémos con mayor evidencia esta verdad en el capitulo siguiente quando habliemos del tormento.

(1) Adviértase que ni las palabras de Paulo en la *L. 1. D. de confess.: confessus in jure pro judicato habetur*; ni las de Ulpiano en la *L. 25. D. ad leg. Aquil.: nullæ sunt partes judicantis in confitentes*; ni las de la *L. 1. C. de confess.: confessus in jure pro judicatis haberi placet*, se oponen á la expresada regla, pues basta observar el caso á que están aplicadas para conocer que son relativas á los juicios civiles, y no á los criminales. No encuentro razon en estos principios para creer nulas las confesiones de los acusados en los juicios civiles, pues que no siendo contrario á la naturaleza que yo me prive de una cosa que es mia para darla á otro, tampoco se opone á la misma, que yo

prohiben al juez dar fé á la libre confesion de un hombre sobre un delito que no consta que se haya cometido (1).

Tememos, dice el jurisconsulto, *que no se condene como reo á un hombre que quizás no es sino un frenético*.

Además son consecuencias del mismo principio las leyes que determinan que la confesion extrajudicial no debe perjudicar al acusado, como que puede ser dictada por la vanidad ó la estupidez que atribuye ordinariamente una idea de gloria á los mismos delitos, y hace el hombre vanidad de ellos quando está léjos de los que pueden castigarle (2).

Son, finalmente, consecuencias del mismo principio las leyes que prescriben que el reo despues de haber confesado el delito pueda revocar su confesion como

confiese que no es mia una cosa que poseo; pero no sucede lo mismo quando se trata de padecer alguna pena.

(1) *L. 1. §. si quis ultro. D. de quest. L. 1. §. item illud*, y *L. 5. non aliut. D. de SC. Silan.*

(2) *Mattei ad lib. 48. D. comm. tit. 16.*

errónea (1); que la confesion hecha en un juicio no deba perjudicar al reo en otro juicio diferente; y que la confesion de un delito menor, hecha para defenderse de la acusacion de otro mas grave, no tenga fuerza, si la misma persona, quedando absuelta de éste que ha negado, fuese llamada segunda vez á juicio por el delito menos grave que habia confesado (2). Añádase á estas leyes el rescripto de Severo que prohibe al juez confundir la confesion del reo entre el número de las pruebas evidentes del delito, y condenarle sin que confirme con otras pruebas la verdad de su confesion (3).

Hasta aquí hemos observado el poco crédito que las leyes Romanas daban en muchos casos á la confesion libre de los reos. Mas la uniformidad que rara vez ha sido una prerogativa de las instituciones humanas, fué substituida en esta

capítulo 1. §. 3. y 4. *Adde arg. L. 1. C. Si non à competente iudice.*

(1) *L. 2. C. quor. appell. non recip. y L. unius 18. §. pen. D. de quæst.*

(2) *Mattei ibid. §. 5.*

(3) *L. 1. §. 17. D. de quæst.* Las pala-

parte del derecho Romano por una continua contradiccion de sus leyes que no supieron corregir las legislaciones modernas de la Europa, y que introduciendo mucha confusion en los juicios, expone por una parte la inocencia y por otra favorece la impunidad de los delitos.

El uso bárbaro y feroz de recurrir á los tormentos para arrancar de la boca de los reos la confesion de los delitos, no se debe á la legislacion de las naciones bárbaras como han pretendido algunos, pues le hallamos establecido en la culta y sábia Roma luego que perdió su libertad. Antes de los Césares solamente estaban expuestos los esclavos á esta espantosa prueba; y si la justicia se resentia de este atentado que se cometia contra todos sus principios, la libertad civil veia á lo menos respetados los preciosos derechos del ciudadano por aquellas mismas leyes, que con tanta indiferencia habian

bras de Ulpiano son las siguientes: *Divus Severus rescripsit, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* Los intérpretes han procurado alterar el sentido de esta ley para salvar su antino-

violado los de la humanidad. El Romano llamado á juicio por un acusador no temia que se le obligase á sostener su inocencia en medio de los tormentos del potro; y si miraba á su esclavo condenado á esta injusticia, se acordaba que las mismas leyes que protegian su libertad confundian en el número de las cosas á los infelices que no participaban de esta prerogativa preciosa,

Destruido despues el antiguo sistema de la República, substituida á la libertad del pueblo la omnipotencia de los Césares, excitando continuamente la memoria de la libertad perdida el resentimiento de los súbditos, y promoviendo el intimo convencimiento de la usurpacion los terrores del Príncipe, fué neccsario que la legislacion se acomodase al nuevo sistema de las cosas, y que favoreciese con una mano la seguridad del ciudadano, mientras que sostenia con la otra los in-

mia con otras leyes que tratan de la confesion de los reos. Pero las palabras de la ley están muy claras, y su espíritu no admite interpretacion. Es necesario persuadirse que en el derecho Romano se hallan frecuentemente contradicciones muy evidentes.

tereses, las miras, las sospechas, y las violencias del nuevo gefe de la nacion. Estos dos objetos opuestos entre sí no podian conseguirse sin leyes contrarias, y éste es el origen fatal de la contradiccion que empezó despues de esta época á introducirse en la jurisprudencia Romana. Al primero de estos objetos debemos las leyes sobre la confesion libre tan favorables á la seguridad del ciudadano, y al segundo las que extendieron á las personas libres, y en ciertos casos aun á las personas mas distinguidas de la sociedad, el método antiguo de arrancar por medio de los tormentos la confesion de solos los esclavos. El despotismo de los primeros Césares tenia necesidad, para sostener sus usurpaciones, de un remedio que destruía la seguridad civil. La célebre *ley Julia*, llamada *de magestad*, nos hace ver quáles fuéron las miras de Augusto quando dió por la primera vez este funesto golpe á las antiguas prerogativas de la libertad y de la ciudadanía. La conspiracion contra el Príncipe, y los demás delitos comprendidos en esta ley, fuéron los primeros para cuya prueba se condenó á los tormentos aun á los ciu-

dadanos de la clase mas distinguida (1). La misma causa que movió á Sila á suprimir las penas contra los calumniadores, introdujo en Roma el uso de los tormentos como un medio oportuno para sacrificar á la desconfianza del Príncipe aquellos ciudadanos que habian tenido la desgracia de hacerse sospechosos.

De los delitos de magestad, cuyo número se aumentó prodigiosamente (2), se pasó despues á los otros con aquella facilidad con que se propaga y extiende un abuso introducido. Una gran parte de los delitos fué comprendida en la clase de aquéllos, en los cuales se podia usar de los tormentos sin excepcion de persona para arrancar la confesion de los reos; y la supersticiosa imbecilidad de algunos Emperadores llegó hasta poner en esta

(1) Véanse las sentencias de Paulo *lib. 5. tit. 29. L. 4. C. ad leg. Jul. Majest. L. 16. C. de quæst. L. 10. §. 1. D. eod.* Las personas de menor dignidad podian ser tambien atormentadas por delitos menos graves. Matt. *Comm. ad lib. 48. D. tit. 16. cap. 2. y 3.*

(2) Se sabe cuánta multitud de delitos

clase aquéllos que mas bien debian merecer el silencio de las leyes que su absurdo rigor. Se aplicaban al tormento con una estúpida severidad los adivinos, los intérpretes de los sueños, y los magos, y todos los que eran acusados de semejantes extravagancias, y la religion empezó desde aquel tiempo á ver con horror las víctimas humanas sacrificadas al falso celo de sus pretendidos defenso-

fuéron colocados entre los de *lesa magestad* en tiempo de los Emperadores. Una ley de Graciano, Valentiniano y Teodosio condenaba como sacrílegos á los que dudaban de la rectitud de los juicios del Príncipe, y del mérito de los que habian elegido para los empleos. Esta ley se encuentra en el *Cod. de crim. sacril.* Otra ley de Arcadio y de Honorio condenaba como reos de *magestad* á los que atentaban contra la vida de los ministros ó de los oficiales del Príncipe. *Nam ipsi pars*, dice la ley, *corporis nostri sunt. L. 5. C. ad leg. Jul. Majest.* Otra declaraba reos de *magestad* á los monederos falsos. *L. 9. C. Theod. de falsa moneta.*

Todo ultrage hecho á las estatuas del Príncipe era tambien delito de *magestad. L. 6. D. ad leg. Jul. Majest.* La apostasia, la simonia, la heregia de los Maniqueos

res (1). Este uso feroz tan opuesto al espíritu de otras muchas leyes que dictaron los legisladores Romanos anteriormente en esta misma época, y despues; este uso interrumpido por algun tiempo y remplazado con los *juicios de Dios* en los siglos de barbarie, fué restablecido en todo su vigor por la influencia de los Papas. Quando desde el Vaticano se reformaba la jurisprudencia de la Europa; quando en medio de los rayos de la censura eclesiástica la cabeza de la República europea anunciaba á los fieles, juntamente con los dogmas de la religion, las nuevas leyes que se debian substituir á las antiguas; quando la *Inquisicion* canonizó el uso del tormento, adoptándolo con otras instrucciones suyas tiránicas, entónces todas las naciones se creyeron obligadas á reconocer su utilidad.

y de los Donatistas tambien fuéron comprendidas en esta clase. *L. 4. C. de hæret. L. si quemquam 31. C. de Episc. &c. Cler.* Hay otros muchos delitos de la misma especie que sería muy largo referir aquí.

(1) *L. 7. de malef. & mathem.*

En todas las partes se fueron aboliendo poco á poco las pruebas del duelo, de la agua hirviendo, ó fria, del hierro encendido, &c. y el tormento llegó á ser el criterio de la verdad en los juicios criminales (1). Algunas pocas reflexiones nos harán ver cuánto mas análogos eran á las circunstancias de aquellos tiempos los *juicios de Dios* que á las de los tiempos presentes la tortura; cuánto mas fácil es hallar un principio de razon y de justicia en *aquellos juicios* que en éstos; y cuánto mas ha perdido que ganado la dignidad civil con este cambio. Esta

(1) Alexandro III, Inocencio III, y Honorio III, fuéron como se sabe los Pontífices que diéron el último golpe al sistema de las pruebas de los *juicios de Dios*. Véase el cap. 10. de *excesib. prælat.*, y el 3. de *purgat. Vulg.* Sabemos que el uso del tormento que se habia aborrecido por la Iglesia antigua hasta este tiempo, empezó á introducirse en los tribunales eclesiásticos en su pontificado. Alexandro III fué el primero que dió este escándalo á la Iglesia y á la Europa. Véase el cap. 1. de *depos.* El uso del tormento se habia limitado hasta este tiempo á aquella pequeñísima porcion de hombres

digresion no es del todo agena de mi objeto, y se me podrá perdonar en obsequio de la novedad.

Se me deberá tambien perdonar por otro motivo. Si no hubiese mas que un solo pueblo que conservase el uso del tormento, esto podria bastar para obligarme á unir mis esfuerzos á los de los otros escritores que me han precedido para librarle de semejante crueldad. Pero no siendo un pueblo solo, sino la mayor parte de la Europa la que está sujeta todavía á esta afrentosa injusticia; si algunas plumas serviles, empleadas por

que vivían y se gobernaban por las leyes Romanas, mas despues poco á poco se hizo universal, y debemos á dos Papas la causa funesta del sistema inquisitorial y de la tortura. Sin su influencia pontifical, el progreso de las luces y de la sociedad hubieran abolido el de los *juicios de Dios* tan contrarios á la recta razon y á los principios de nuestra santa religion; pero sin su egemplo el uso antiguo de la tortura quizás no se habria renovado en Europa, ni se conociera el proceso inquisitorial. Alexandro III fué autor del primero de estos males, y Inocencio III del segundo.

hombres serviles, pérfidos, ignorantes y preocupados se han atrevido á defenderla, ¿podria yo sin cometer un crimen contra la humanidad dejar de hablar de este objeto en un plan general de reforma?

Las obras infames que han hecho la apología del tormento han sido sepultadas en el olvido con sus oscuros autores; pero la ley que lo prescribe subsiste aún en las naciones mas cultas, y por nuestra desgracia aun en las mas libres.

¡Quién lo creyera! Un gobierno que ha merecido los elogios de todos los filósofos, el amor de todos los hombres, y la admiracion de toda Europa; un gobierno que por su sabiduría parece que compete con la naturaleza, haciendo su curso con la regularidad y con el silencio de los astros; un gobierno que rodeado de varias potencias, unas formidables, otras ambiciosas, y otras débiles, sin causar temor á ninguna, es respetado de todas; una república que por la singularidad de su constitucion, por el carácter y costumbres de sus individuos, por la naturaleza y situacion de su territorio, y por la oportunidad y sabiduría de sus leyes ha combinado las opuestas ventajas de la

fuerza y de la debilidad, de la opulencia y de la pobreza, de la barbarie y de la cultura, que no teme ni se hace temer, que tiene grandes fuerzas y no puede abusar de ellas, que es sobria en medio de la opulencia, generosa en medio del comercio y de la industria, virtuosa y guerrera en medio de la finura de sus costumbres y en el seno de la paz, sencilla en medio de los conocimientos científicos y de la mas vasta cultura, pacífica aunque dividida en dos religiones y dos templos; esta república que no tuvo igual en la antigüedad; este gobierno que debería ser la escuela de la legislación y de los legisladores; esta nacion que debería aprovecharse de la altura de los montes que habita para manifestar á los otros pueblos los instrumentos, los apoyos, y las ventajas de la seguridad y de la libertad; la Helvecia, digo, conserva aún el tormento en sus tribunales y en sus leyes. Es verdad que en un país donde hay gran fondo de virtud, los vicios de las leyes son menos sensibles y funestos, y la perfeccion de las costumbres de un pueblo puede reparar los defectos de su código criminal; ¿mas no era bastante para arro-

jarlo á las llamas saber qué mano era la que habia formado esta ley infame? ¿podría respetar las leyes de la tiranía despues de haber proscrito á los tiranos? (1) Las contradicciones del espíritu humano se vén y observan así en las naciones como en sus individuos. Las mas sábias son las que tienen menor número de estas contradicciones. Virtuosos y valientes Suizos, perdonad si me he atrevido á publicar una que obscurece vuestra gloria. Yo os compensaré este leve daño si las reflexiones que voy á exponer os inclinan á librar vuestras leyes de esta ignominia, y á vuestros conciudadanos de los peligros á que están expuestos.

CAPÍTULO XI.

Francisco Beceña

Paralelo entre los juicios de Dios de los tiempos bárbaros, y el tormento.

Suplir el defecto de las pruebas con una

(1) Carlos V impuso la ley que prescribe el uso y el método de la tortura entre los Suizos.

experiencia, por la qual se podia demostrar qualquiera otra cosa, menos la falsedad ó la verdad de la acusacion; interesar, ó por decirlo mejor, mezclar la divinidad en los juicios de los hombres; pretender que las leyes universales del orden establecido en la naturaleza se suspendiesen en todos aquellos casos particulares en que el juez, protestando su incertidumbre, pedia á la Providencia que todo lo conoce una señal visible para poder arreglar su juicio; atribuir á la fuerza y á la destreza, al valor y al arte de combatir todo el favor de la ley; privar al tímido, al cobarde y al débil de las prerogativas de la inocencia, es sin duda un método que por sí solo bastaría para demostrarnos la barbárie de los tiempos en que fué introducido, y la ignorancia y ferocidad de los pueblos que lo adoptaron; pero que observando la relacion que tenia con los intereses, costumbres, y circunstancias politicas de aquellas naciones, se encuentra á lo menos excusable por su oportunidad y uniformidad con el sistema de su gobierno.

Un gobierno bárbaro debe tener necesariamente algunos vestigios de la teo-

cracia. Quanto menos perfecta es la sociedad, tanto mas ardiente es el amor de la independendencia en el hombre. ¡Beneficio único del estado natural! Nosotros no perdemos la independendencia sino en la sociedad, mas esta pérdida no se hace sino por grados. Á medida que se multiplican y se extienden los beneficios de la sociedad, y ésta se perfecciona, se disminuyen las ventajas del estado natural; y la cantidad que se sacrifica de éstas, se proporciona por sí misma á la utilidad que resulta de élla. Así que, en una sociedad bárbara debe ser mayor el amor de la independendencia que en una que sea mas civilizada, porque se consiguen menos ventajas en aquélla que en ésta, y porque el estado de la barbarie se acerca mas al estado primitivo del hombre, en el qual el amor de la independendencia era la única pasion que le animaba.

Este amor de la independendencia es el que establece la teocracia en los gobiernos bárbaros; pues el hombre impelido todavía vivamente de esta pasion, se sujeta con mas gusto al imperio de un número que al de los hombres. Esta es la causa por qué los sacerdotes, como intérpre-

tes de la divinidad, han tenido siempre el mayor influjo en el gobierno de las naciones bárbaras (1): por qué los primeros reyes de las naciones quisieron ser sacerdotes (2); y en fin, por qué en todos los pueblos los primeros gérmenes de la legislación fueron mas ó menos efectos de la teocracia (3).

Despues de estas reflexiones no será difícil conocer la conformidad de los *juicios de Dios* con el estado social de aquellos tiempos en que fueron introducidos. El acusado se exponia con mayor voluntad á una prueba, cuyo éxito, en su con-

(1) Muchas veces los sacerdotes en las naciones bárbaras fueron magistrados y jueces. *Ces. de bell. Gall. lib. 6. cap. 15.* *Dion. Halic. lib. 2.* *Strab. lib. 4.* *Plat. de leg. lib. 6. y lib. 8. init.* *Tacit. de morib. Germ. cap. 7.* *Elian. var. his. lib. 4. cap. 34.* *Just. lib. 2. cap. 7.* donde habla de Midas, rey de Frigia.

(2) El primer Rey que separó en Grecia el cetro del sacerdocio fué Erecteo, que reteniendo para sí la dignidad real, dió á su hermano Butis el sacerdocio de Minerva y de Neptuno. *Apollod. lib. 3.*

(3) Menethetes en Egipto; Zaleuco en la

cepto, dependia de la voluntad divina, que al juicio de los hombres de quienes desdeñaba depender. Imploraba con mas gusto al Dios protector de la inocencia para que preservarse sus carnes, ó las de su campeon de la impresion del hierro encendido ó del agua hirviendo, que hubiera implorado la justicia y el favor de un juez si éste debiera juzgarle. Su supersticion y su ferocidad le hacian creer menos peligroso y menos humillante un combate de mano armada con su acusador, que un altercado verbal en vista del qual hubiese de proferir el juez su sentencia arbitraria.

Inimamente persuadido del concurso de una mano omnipotente siempre pronta á socorrer la inocencia, no temia

Locria; Radamanto y Minos en Creta; Licurgo en Esparta; Zoroastro entre los Arimaspos; Zamolxis entre los Griegos; Midas en Frigia; Numa en Roma, y otros legisladores en otras partes, fingieron que conversaban con alguna divinidad, y que recibian de ella las leyes que despues daban á los pueblos. *Horn. Odyss. lib. 19. vers. 179.* *Diod. lib. 1.* *Valer. Max. lib. 1. cap. 2.* *Strab. lib. 16.* *Plut. in Num.* *Dion. Halic. lib. 2.*

la preponderancia de la fuerza ó de la destreza de su contrario; y si sus esperanzas quedaban burladas, no se quejaba de la injusticia de la prueba ni de la incertidumbre de la experiencia, sino que atribuía á los decretos inescrutables de la divinidad la causa oculta de su desgracia (1). Estas pruebas tan frívolas á los ojos de un filósofo se tenían entonces por infalibles; y la resistencia que opusieron los diferentes pueblos, á los esfuerzos de los Papas, Obispos y Concilios para abo-

(1) Se podría hacer aquí la objecion de que el acusado ó el acusador debía mentir; luego el uno ú el otro debía creer y estar persuadido que la prueba no era una experiencia de la verdad, y que la divinidad no intervenia en ella para manifestarla. Pero respondo, que tanto el acusador que afirmaba como el acusado que negaba, podian uno y otro afirmar y negar de buena fé, y exponerse con igual confianza al éxito de la prueba. En efecto muchas veces se contentaba el acusador con el juramento que el acusado hacia de su inocencia, y las leyes de Childeberto, las de los Borgoñones, y las de los Frisones, permitian al acusado hacer jurar jun-

lirias, nos muestran claramente cuánta confianza inspiraban en aquellos tiempos (1).

tamente con él otras diez ó doce personas, que se llamaban *conjuradores* ó *compurgadores*.

(1) En el decreto de Graciano *part. 2. quest. 7.* se condenan las *ordalías* ú *hostias* de exécracion con aquel precepto del Señor: *non tentabis Dominum Deum tuum.* En el tercer Concilio de Valencia que se tuvo el año 855 se condena el duelo como una prueba cruel que hace renacer los horrores de la guerra en el seno de la paz. En el Concilio de Aquisgran, año 1322 se condena la prueba del agua fria. En el Concilio III de Letran bajo Alejandro III, año 1179, y en el IV, bajo Inocencio III, que como hemos dicho, dió el último golpe á este desórden, se condenaron no solamente los duelos, sino tambien todas las otras pruebas supersticiosas que se llamaban *juicios de Dios*. La historia eclesiástica nos suministra una série casi continua de exhortaciones, de inectivas, y de amenazas de muchos Papas y Obispos dirigidas á abolir estas pruebas. Véase á Beaumanoir *cap. 39.* y Du-Cange *Gloss. voce duellum*. Pero estos esfuerzos fueron inútiles por mucho tiempo, en tanto grado, que los mismos eclesiásticos se vieron obligados alguna

Por tanto, si la ley que las prescribía no protegía la seguridad del ciudadano, á lo

vez á autorizar los duelos, y permitir que se recurriese á esta experiencia para terminar las controversias que se originaban sobre los bienes de las iglesias.

El Emperador Henrique I dice, que la ley que acababa de establecer para autorizar la práctica de los combates judiciales, se había dado con el consentimiento y aprobación de muchos fieles Obispos. Véase Bouquet *Recueil. des hist. tom. 9.* Encontramos otros muchos egemplos en Robertson *hist. de Charles Quint. tom. 2. nota 22.* El concilio de Lillebona celebrado en el siglo XI en el reynado de Guillelmo el Conquistador rey de Inglaterra y duque de Normandía, condena á una pena pecuniaria á aquellos sacerdotes que sin licencia del Obispo combatan en duelo. Es preciso, pues, suponer que muchos Obispos de aquellos tiempos creían tener derecho para permitir esta experiencia que aborrecía el espíritu universal de la Iglesia. Añádese que en algunos obispados de Francia se hallaban *Moumachius*, ó sean lugares señalados para los duelos por el juez del Obispo en los pleytos de los sirvientes de aquellas iglesias. Así se halla en un manuscrito de Pedro el chantre de Paris, que

menos favorecía y sostenía á la opinion de esta seguridad, que como hemos dicho en el cap. 21. del lib. 1.^o constituye una gran parte de la libertad civil.

El sistema penal de los códigos de estas naciones nos ofrece una reflexion que puede dar nuevo peso á mis ideas. Se condenaba á una pena infame, y aun á la de muerte, á un hombre noble que sucumbía en la prueba del duelo, siendo así que si este noble hubiera sido convencido del mismo delito en juicio,

escribió el año de 1180, *descr. du. dioc. de Paris, par M. Lebaur.* Muratori dice que algunos Obispos de Italia consiguieron el mismo privilegio al principio del siglo XI. El Emperador Conrado lo concedió en el año 1028 á Pedro obispo de Novara, y en 1052 Henrique III al obispo de Volterra. La confianza que entonces se tenía en esta prueba era tal que tenemos algunos egemplos en la historia que acreditan que alguna vez se acudió al duelo para determinar algun punto de jurisprudencia ó disciplina eclesiástica. La célebre ley adoptada en toda la Europa, que ordena que los nietos sean contados entre los hijos de familia, y puedan repre-

solamente se le hubiera condenado á cierta pena pecuniaria. El mismo sistema se seguia entre los Germanos. ¿Cuál podia ser el motivo de una determinacion que parece tan extraña? Yo creo poderlo explicar fácilmente por mis principios. El espíritu de independencia no permitia que la muerte del ciudadano dependiese de la sentencia de los hombres, y era necesario un decreto del cielo para privarle de una existencia sobre la qual no se hubiera sufrido que el go-

sentando á sus padres suceder con sus tios, y en partes iguales á su abuelo, caso que el padre de ellos haya muerto antes que aquél; esta ley, digo, sobre la qual hubo varios altercados, se dió en el siglo XI, despues de un duelo que dispuso el Emperador para ver cuál de los dos partidos era el mas razonable; y la célebre controversia que se suscitó en España en el siglo XI, reynando Alfonso VI en Castilla, para determinar si la liturgia Mozarábica ó la Romana era mas grata á Dios, se remitió tambien á la prueba del duelo. Véase al P. Orleans en la historia de las revoluciones de España t. 1. p. 217.

bierno se gloriase de haber adquirido un derecho que á su vista parecia tan absurdo. En efecto, *entre los Germanos*, dice Tácito (1), *el suplicio del delincuente se considera como una pena que la autoridad del gefe tenga derecho de imponer, y un mandato expreso de la divinidad que preside á los combates*. Se exponia la vida mas fácilmente y con mas gusto á un juicio de Dios, que la propiedad y la bolsa al de los hombres. Eso nos dá á conocer los efectos constantes del espíritu de independencia, y la confianza que en aquellos tiempos se debia tener en estas pruebas.

La historia de la mas remota antigüedad, y las relaciones de muchos viajeros, nos hacen ver el modo uniforme

(1) Tácit. *de morib. German.* Conviene observar que en todas las naciones, aun entre las bárbaras, las penas de muerte eran consideradas y tenidas como sacrificios hechos á los dioses. Este era el espíritu de las leyes de los Decemviros, y por esta causa *sacer esto* significa sea castigado con pena de muerte. De aquí nace que las penas capitales se llamaron *supplicia*, queriendo dar á entender con esto que eran ofertas hechas

de pensar de todos los pueblos bárbaros sobre este objeto. Los hombres situados en las mismas circunstancias piensan y obran del mismo modo; y así vemos que estas experiencias judiciales fuéron conocidas de los pueblos mas antiguos, y de muchas naciones del Asia y del Africa.

Sofocles en su *Antigona* (1) nos hace ver un hombre acusado de soborno que se ofrece á manejar un hierro encendido, ó andar sobre el fuego para probar su inocencia, prueba que entónces se usaba, añade el Escoliador. Eustaquio habla de unas fuentes que habia en Articomides y en Dafnópolis, cuyas aguas servian para probar la honestidad de las vírgenes (2).

á los dioses ofendidos por aquellos delitos; y por esta razon entre los antiguos Germanos los mismos sacerdotes eran los verdugos de los reos, y en algunos pueblos el verdugo se llamaba gran sacrificador.

(1) *Eramus autem parati ignitum ferrum manu capere;*

Et ire per ignem, & jurare.

Sofocles en el *Antigona*. v. 269. y 270.

(2) Eusth. lib. 8. y 11. de amore *Ismeniae, & Ismenes.*

El templo de los dioses *Palicios* en Sicilia, y de *Trecena* en el Peloponeso, son tambien famosos por estas experiencias. Tambien es conocida la famosa fuente *Estigia* en *Éfeso*, y la cueva del dios *Pan*, donde se hacia bajar á las mugeres acusadas de deshonestidad para asegurarse de su inocencia (1). *Grocio* cita muchos egemplos de las pruebas de agua en *Bitinia*, en *Cerdeña*, y en otros países; y el grande *Heinio* nos asegura que la misma prueba fué conocida de los *Celtas* (2).

(1) *Achilles Stazio de amoribus Clitophontis, & Leucippus lib. 8. p. 241. Edit. Comini Ventura Bergomi.* Se ataba al cuello de la muger acusada de impureza la tabla donde estaba escrito el juramento de su inocencia, y despues se la hacia bajar á la fuente: si las aguas se movian de modo que no mojasen la tabla, se declaraba inocente; pero si por la agitation de las aguas se mojaba la tabla se la tenia por convencida. El mismo *Stazio* *ibid. pág. 223.* habla de otra experiencia que se hacia para el mismo fin, y se llamaba el juicio de la *fistula* hecho en la cueva del dios *Pan*.

(2) *Frid. Heinius de probat. que olim fieri solebat per ignem, & aquam.*

Por lo que hace al duelo encontramos desde la mas remota antigüedad establecida esta especie de prueba entre los Germanos (1) y entre los Suecos (2): vemos en la célebre disputa que se levantó entre los Romanos y los Albanos, terminada por el combate entre los tres Horacios y los tres Curiacios: vemos en Homero la guerra de Troya que empieza por un duelo entre Menelao y París, entre el marido y el robador de Elena; y que los Griegos y los Troyanos exploraron la voluntad de los dioses por un duelo, y que habiendo quedado indeciso el éxito de este primer duelo se acude á otro segundo entre Hector y Ajax Telamon; y la guerra no se hubiera continuado si estos dos campeones, despues de haber combatido muchas horas, no se hubieran separado sin haber conseguido ventaja alguna el uno sobre el otro, y sin haber podido averiguar por este medio la voluntad de los dioses. En fin los viageros mas dignos de fé nos refieren

(1) Veleyo Paterc. *lib. 3. cap. 118.*

(2) G. O. Stiernhook en su célebre obra *de jure Saxonum vetusto lib. 1. cap. 7.*

las pruebas judiciales que se usan en varios pueblos del Africa y del Asia. En el Monomotapa el testigo del acusador reduce á polvo la corteza de cierto árbol que tiene la virtud emética, la mezcla en determinada cantidad de agua, y la dá á beber al que defiende al reo, y si no la arroja el acusado es absuelto. Este uso se asemeja mucho á la hostia de exêcracion, purgacion canónica que se ha usado mucho en los siglos de la supersticion (1). En el reyno de Loango en África se usa de una bebida para descubrir los hechiceros ó hechiceras (2); y tambien la que se usa entre los Quojas,

(1) Véase á Muratori *Antiq. Italic. diss. 33.* el qual nos dice que Gregorio VII acusado de simonia se sujetó á esta prueba.

(2) Quando se sospecha en aquel reyno que hay alguna hechicera ó hechicero en algun lugar, se hace beber á todos los habitantes á presencia de los jueces un licor compuesto de una raiz llamada *simbonda*, que embriaga y detiene la orina: todos deben beber y despues correr. El que en la carrera cae, se le tiene por convencido del crimen y es precipitado por el pueblo desde una altura. Quando las mugeres del Rey

pueblos que habitan en lo interior de la Guinea (1). La prueba del aceyte hirviendo está aún en uso entre los Cingoleses en la isla de Ceilan, y la practican con la misma confianza y en poca diferencia con iguales ceremonias que las que acompañaban en tiempos pasados á esta prueba en las naciones de Europa (2).

En la costa de Malabar el acusado de un delito grave es arrojado en un rio que abunda de peces voraces, y si pasado cierto tiempo no es devorado se le absuelve. La prueba del hierro encendido y del aceyte hirviendo ha sido adoptada

son acusadas de adulterio sufren la misma prueba.

(1) Esta es una bebida venenosa que se hace beber al acusado. Si la vomita es absuelto como inocente; pero si la retiene y le ocasiona convulsiones y otros indicios de que el veneno ha obrado, se le considera entonces como culpado y se le condena. Entre estos pueblos se ha adoptado otra prueba llamada *belli*, muy semejante á la del hierro caliente que se practicaba en Europa.

(2) *Knox* nos dá en la relacion de sus viages una noticia muy por menor de las ceremonias que preceden á esta experiencia.

por otros pueblos que habitan en el mismo pais.

En Siam el acusador y el acusado en otro tiempo eran expuestos á un tigre, y el que no era devorado se tenia por inocente. En esta nacion las pruebas del agua y del fuego eran tambien conocidas antes que el despotismo fuese substituido á su antigua forma de gobierno muy semejante á la de nuestros bárbaros padres.

Estos hechos nos manifiestan con bastante claridad la natural inclinacion de los hombres á buscar señales visibles de la divinidad para arreglar sus juicios; y son otros tantos argumentos que nos demuestran la ciega confianza que tenían nuestros padres en esta especie de pruebas, y la oportunidad de las leyes, que siguiendo la opinion y las costumbres de aquellos tiempos, pusieron en ellas el sello de la autoridad pública. Era para ellos un artículo de fé creer que la divinidad debía suspender las leyes generales del orden por la mas mínima y mas pequeña causa; y la multitud de milagros que publicaban todos los dias los eclesiásticos y los frailes, de los quales estaban llenas las leyendas de los santos, contribuían prodigi-

giosamente á sostener y fomentar esta opinion supersticiosa, pero consoladora (1).

Á esta sencilla razon podemos añadir otra que está fundada en la experiencia y el conocimiento de los intereses políticos de aquellos tiempos, nacida de aquel gran principio de la bondad relativa de las leyes de que hemos hablado difusamente en el libro primero. Yo creo que debo explicarla.

La virtud política se modifica segun las diversas circunstancias de los tiempos, de los lugares, y de los pueblos. Determinada por la utilidad de la mayor parte de la sociedad, varía segun son los diferentes intereses de las naciones. Esta verdad es muy sabida. Los metafísicos, los políticos y los moralistas se han reunido para darla todo el peso de su autoridad; y la historia ha venido al socorro de la razon para ilustrarla con la luminosa antorcha de la experiencia. El conocimiento mismo de las lenguas, y la idea primitiva expresada por la palabra *virtud*, nos suministran una

(1) Las ceremonias sagradas que precedian á estas experiencias son pruebas de esta verdad. El lector podrá consultar sobre esta

prueba incontestable (1); y así no me detendré en demostrarla. Contentémonos con establecerla como fundamento de las siguientes reflexiones.

Si la virtud política se modifica segun las diversas circunstancias de los tiempos, de los lugares, y de los pueblos; en aquellas naciones de que hablamos, que no

materia las obras siguientes: Balucio *in capitular*. Du Cange *in Gloss. mediæ, & infim. latin.* voc. *judicium Dei*. Martene *de ant. Eccles. ritib.* Murat. *diss.* 38. *& seq. antiq. Italic.*

Sabemos que los combatientes debian invocar el nombre de Dios, de la Virgen y de algun Santo; y jurar que no estaban sus armas encantadas y asistir anticipadamente al sacrificio de la misa, preparándose con todos estos ritos sagrados para la experiencia. En los juicios del agua y del fuego debia tambien prepararse el acusado á la prueba con la comunion eucaristica.

(1) Mientras que los pueblos no conocieron la esclavitud civil, y conservaron aquella porcion de la independencia natural, que era propia del estado político de que hablamos; hasta este tiempo, digo, no tuvieron mas de una voz para significar la virtud y la

eran sino guerreras, el valor debía ser la mayor de todas las virtudes; y todas las cosas que dependían del valor, ó que se combinaban con él para hacer al hombre mas propio para el combate, debían considerarse con la misma parcialidad.

El desnudo, el valor, la destreza, la tolerancia de un largo combate, y el des-

fuerza, ó por decirlo mejor, la virtud era fuerza, y ésta era virtud. Esta era la *Αρετη* de los Griegos de los tiempos de que habla Homero, y ésta es la virtud *virtus* de los latinos. Homero solamente usa de la palabra *αρετη* para significar la fuerza al modo que se sirve de la palabra *σοφια* *sapientia* para significar la habilidad ó destreza en las artes mecánicas necesarias para la guerra.

Como se confundían al principio las ideas de la virtud y de la fuerza, por eso los Romanos llamaron *Fortes* á los pueblos que nunca se habían rebelado, y *Sanates* á los que despues de haberse rebelado volvian á su obediencia; y de este modo se puede interpretar el fragmento de las tablas decenvirales en que se dice *Nexo. Soluti. Forti. Sanati. Quisvemp. Jus. Esto.* Que sea restablecido á su antiguo derecho, no solamente el deudor quando ha salido de la es-

precio de los peligros, eran efectivamente en aquellos tiempos y entre aquellos pueblos las virtudes del ciudadano, las únicas preciosas para el Estado, y estimadas del gobierno. Interesado éste únicamente en formar guerreros, el objeto principal de las leyes y de la educacion era inspirar el valor, promoverlo y honrarlo; interesar á los ciudadanos para adquirir mucha destreza, que debía estar junta con la fuerza, y ésta combinarse con el valor; últimamente conceder cierta superioridad á los que se habían adornado con estos méritos. Obligar, pues, al ciudadano á justificarse con la espada en la mano, era otro impulso para animarlos á que adquiriesen aquellas prendas. Quando la inocencia, separada del valor y de la fuerza no estaba segura de

clavitud, sino que tambien al pueblo rebelde que ha vuelto á la obediencia le sean concedidos los mismos derechos que goza el pueblo que ha sido siempre fiel. *Festo voc. sanates.* El pueblo fiel se llamaba *fuerte*, porque en aquellos tiempos no había sino la idea de la fuerza, que indicaba toda virtud. De aquí nace tambien que los antiguos escritores la-

las violencias ni de los riesgos á que la podia exponer un juicio; quando la mano del ciudadano, que no está endurecida con el manejo de las armas, estaba expuesta á sucumbir á la prueba del hierro ardiente ó del aceyte hirviendo; quando poco acostumbrado á los egercicios que fortifican el cuerpo, y dan cierto vigor á todos los nervios y músculos, no hubiera podido resistir á la penosa experiencia de la cruz; quando una vida sedentaria, al mismo tiempo que le hacia inhábil para perseguir al enemigo ó resistir una larga marcha, daba á sus pies cierta delicadeza muy perniciosa si se trataba de sufrir la prueba de las barras encendidas (1); quando últimamente privado de estas ventajas no podia tampoco esperar de enamorar á las mugeres que hallaban su in-

tinios llamaron *fortis* al que ahora se diria *bonus*, y *bonus* al que ahora se diria *fortis*.

(1) El que no tenga presente la naturaleza de estas diversas especies de pruebas, que solamente he indicado por la brevedad, podrá recurrir á *Du-Cange Gloss. mediæ, & infimæ latinæ. voc. judicium Dei.*

terés en hacerse amigos de un hombre, que en qualquier acontecimiento pudiese exponerse por ellas á semejantes experiencias (1); entonces la vanidad y la necesidad, la seguridad y el amor se combinaban para obligar al ciudadano á que se adiestrase en la única arte que interesaba al Estado: el que no era guerrero no era estimado, no estaba seguro, ni era amado de las mugeres; su vida estaba expuesta;

(1) En el código de los Turingios, *titulo 14*, hallamos una ley que condena á la prueba del agua hirviendo á qualquiera muger, aunque sea de una clase distinguida, que siendo acusada de adulterio, no hubiese presentado en juicio algun campeón por ella. Los códigos de las demás naciones bárbaras contienen otras leyes semejantes á ésta con poca diferencia. Las mugeres, á lo menos las bien nacidas, no se exponian á esta experiencia sino á falta de campeones. Esto nos hace ver el interés que tenian en cautivar hombres valerosos que pudiesen en qualquier caso defender su causa. El uso de combatir por dar gusto á su señora, este uso tan conocido en los tiempos de la caballeria, y que se conservó aun despues que el duelo dejó de ser una prueba judicial, tiene este origen, como tambien la ley caballeresca que

su honor no estaba asegurado de los insultos y tramas de la calumnia; y su corazón inclinado á amar, en todas partes encontraba desprecios merecidos por su vileza. Esta es la causa por que la prueba del duelo, como la que mas derechamente se encaminaba al objeto de las leyes, fué la mas usada, y la que duró mas que las otras (1).

Es verdad que la supersticiosa confianza aún existe, y obliga al amante á pelear para defender el honor de su señora y vindicar sus agravios.

(1) Hallamos establecida esta prueba en casi todos los códigos bárbaros. Véase la ley de los Ripuarios *tit. 31. §. 7. y 50.* La de los Longobardos *lib. 1. tit. 15. L. 2. tit. 52. L. 3. y tit. 35. L. 1. y lib. 11. tit. 35. L. 2.* y mas expresamente la *L. 38. tit. 55.* del mismo libro, donde se halla el establecimiento del Emperador Oton que obligaba á sujetarse á los edictos relativos á la prueba del duelo, aun á aquéllos que vivian bajo las leyes Romanas. La ley de los Borgoñeses *tit. 8. l. 1. y 2. y el tit. 80. L. 12. y 3.* La de los Turingios *tit. 1. L. 31. tit. 7. y 8.* La de los Frisones *tit. 11. y 14.* La de los Bávares *tit. 8. de furto, cap. 2. §. 6. y cap. 3. §. unic. Ibid. tit. 9. de incendio Domor. &*

fianza que el ciudadano tenia en estas experiencias, debiera haberle apartado de valerse de los medios humanos que eran los que efectivamente decidian del éxito; mas la experiencia, justificando la especulacion del legislador, hizo ver que sin embargo de esta ciega confianza el hombre no dejaba de buscar en las propias fuerzas aquella superioridad que al mismo tiempo atribuía al socorro de la divinidad que le era propicia, al modo que el crédulo Musulman á pesar de los rigurosos principios de su fatalismo no olvida las mas viles intrigas del serrallo para llegar á aquel deseado fin que su religion le hace ya ver escrito en el li-

cap. 4. §. 4. La de los Alemanes *cap. 89. de eo qui hominem occideri, & necaverit.* Los capitulares de Carlo Magno y Ludovico *lib. 7. cap. 186. de accusatoribus, non facile recipiendis, nec absque &c.* Los capitulares añadidos á la ley Sállica por el Emperador Ludovico *cap. 1. si quis cum altero.*

No hallamos que todas las otras pruebas judiciales hayan sido recibidas tan universalmente, ó á lo menos no duraron tanto. *Beumanoir*, que vivia al tiempo de San Luis, refiriendo las especies de pruebas, ha-

bro inalterable y eterno del destino. Por un efecto, pues, de la inexplicable pero comun contradiccion del espíritu humano, mucho mas sensible en los pueblos bárbaros que en los civilizados, los *juicios de Dios* favorecian al mismo tiempo la tranquilidad del ciudadano y los intereses del gobierno.

Estas reflexiones que no mostrarian sino la utilidad y oportunidad de los juicios de Dios entre las naciones bárbaras, podrán, colocados en cierto punto de vista, demostrar tambien su justicia.

En una nacion donde concurrían tantas causas para obligar al ciudadano á ser valeroso, ágil y fuerte; el que lo

era del duelo y no de las otras. Encontramos en la constitucion de Lotario incluida en las leyes de los Longobardos *lib. 2. tit. 55. §. 31.* abolidas las pruebas de la cruz y de la agua fria; vemos al contrario el último duelo ordenado por el magistrado en Francia para prueba judicial en el año 1547. En Inglaterra en los años 1571, 1631 y 1638. Y finalmente vemos ordenado otro duelo en España por Carlos V en el año 1512. Robertson *historia de Carlos V. tom. 2. not. 22.*

era mas que los otros, manifestaba el mayor respeto á las leyes, las mayores ventajas que habia sacado de la educacion, y el mayor aprecio que hacia del honor; y todas estas cosas reunidas debian inspirar una justa presuncion en favor de su inocencia. La experiencia debia hacer ver que los hombres mas cobardes eran los que mas fácilmente cometian los delitos, y que los mas animosos y fuertes no solamente eran los ciudadanos mas útiles sino tambien los mas virtuosos. Veo muy bien que esta regla podia ser falsa muchas veces; pero regularmente el que quedaba superior en el combate era el inocente; y si no lo era, la ley compraba á lo menos con una impunidad ó con una injusticia un ciudadano muy útil para el Estado. Á esta ventaja se añadia otra. Es necesario medir siempre el mérito de las leyes por las circunstancias de los tiempos en que se dictaron. Se sabe que en los tiempos en que el combate judicial estaba en su mayor fuerza, la anarquía, nacida de la division ilimitada de la autoridad soberana, legitimaba el desorden funestísimo de las guerras privadas. Una familia se armaba contra otra, un pueblo

contra otro, y una provincia entera declaraba alguna vez la guerra á otra provincia. Las partes diversas del mismo imperio se armaban contra sí mismas, y la débil cabeza de este desordenado cuerpo tenia que mirar con indiferencia este sangriento destrozo que una parte de sus miembros hacia en la otra. En estas deplorables circunstancias, en estas espantosas convulsiones, la ley que establecia el dolo, y permitia á las partes sujetar la decision de sus controversias al éxito de esta experiencia, acarreaaba tres ventajas al orden público á un mismo tiempo, convertia la guerra general en particular, restituía á los tribunales su fuerza, y reponia en el estado civil á los que solamente eran gobernados por el derecho de gentes. Por tanto, si el sistema de los *juicios de Dios* no puede escusarse por lo que es en sí mismo, puede á lo menos defenderse por las ventajas que producía, y por su oportunidad con el estado de las naciones y de los tiempos en que estaba en vigor. ¿Pero cuál de estas ventajas puede esperarse jamás del uso del tormento? ¿Qué defensa se puede presentar en favor de esta abomi-

nable práctica de nuestros tribunales?

Si consideramos el motivo de esta práctica; si examinamos los efectos; si la observamos por lo que es, ó por lo que puede ser con relacion á los intereses de la sociedad, la hallaremos siempre injusta, perniciosa, y contraria á los intereses de qualquiera sociedad en todos los lugares y tiempos. Un pequeño número de reflexiones presentadas con claridad, harán evidente esta verdad bien conocida de los que obedecen; pero ignorada por nuestra desgracia de una gran parte de los que gobiernan.

¿Por qué causa se dá tormento? Se recurre á esta experiencia feroz para obligar al reo á que confiese su propio delito, ó para descubrir los cómplices que concurrieron con él á violar la ley. El primero de estos motivos es mas comun: veamos en qué derecho puede fundarse. Supongamos que el acusado condenado al tormento sea efectivamente reo del delito de que es acusado, y que para condenarle á la pena sea necesaria su confesion por falta de pruebas extrínsecas. En esta hipótesi, pregunto, ¿tiene derecho el magistrado para exigir del reo la confesion

de su delito? Todo derecho supone obligacion, y si el magistrado tuviese este derecho habria obligacion en el reo de manifestar su delito, ¿mas puede existir una obligacion contraria á la primera ley de la naturaleza? La primera ley de la naturaleza es la que nos obliga á la conservacion de la propia existencia. Si quando el magistrado me pregunta sobre la verdad de la acusacion que se ha intentado contra mí estuviere obligado á confesarle mi delito, y si esta confesion me llevase al suplicio, en este caso me hallaria en dos obligaciones opuestas, y no podria cumplir con la una sin violar la otra. Si el pacto social me obligase á hacer esta confesion, me obligaria á violar una ley anterior de la naturaleza, y sería nulo. Si me obligase á confesar mi delito, tambien obligaria á todos los reos de qualquier delito que sea á ponerse espontáneamente en manos de la justicia para sufrir la pena merecida. Mas es evidente que en este caso sería enteramente contrario á la naturaleza de las partes contratantes. No es éste el espíritu de aquella primitiva convencion que ratifican implícitamente todos los in-

dividuos de la sociedad. *La segunda parte de una ley, dice Hobbes, esto es, la que contiene la sancion penal, no es mas que una orden dirigida á los magistrados públicos; y efectivamente, no hay ley alguna que mande al ladrón y al homicida que vayan voluntariamente á presentarse para ser ahorcados (1).*

Si el reo no tiene obligacion de confesar su propio delito, como se ha probado, tampoco puede tener derecho el magistrado para exígrle esta confesion. Si el reo violase una ley eterna de la naturaleza manifestando su delito capital, el magistrado condenándole á los tormentos para obligarle á confesar, castigaria en él un silencio que no puede quebrantar sin violar la ley de la naturaleza que le obliga á guardarlo, y quiere que cometa dos delitos pudiendo ser reo de uno solo.

Bajo este aspecto se presenta la tortura aun en la hipótesi de que el infeliz que está condenado á sufrirla sea reo del delito que se le imputa. He querido con-

(1) Léase lo que en la segunda parte de este libro decimos sobre el origen del derecho de castigar, y se verá dispada con la

siderarla de este modo para manifestar que por mas urgentes que sean los indicios, no pueden jamás legitimar el uso de esta prueba siendo injusto el motivo por que se recurre á ella.

Pero se dirá: si el motivo mas frecuente por que se dá el tormento es para arrancar de la boca del reo la confesion del propio delito, no es el único, siendo así que se dá tambien al reo convicto quando se trata de saber los cómplices del delito; y en este caso no es injusto el motivo. Porque si el hombre no pudo obligarse por el pacto social á revelar sus propios delitos, pudo empero obligarse con la sociedad á concurrir juntamente con todos sus individuos á la conservacion del orden público, y á suministrar al gobierno todos los medios que pueden contribuir á este objeto.

Siendo el descubrimiento de los cómplices parte de esta obligacion general, y no habiendo alguna ley de la naturaleza anterior que pueda hacerla nula, puede

haber en el reo convicto una obligacion de revelar los cómplices y derecho en el magistrado para exígerlo. Esta consecuencia es legitima; pero no puede justificar el tormento. Creo que el magistrado que no tiene derecho para exígir del reo no convicto la confesion de su propio delito, je tenga para pretender que manifieste los cómplices; mas esto no probará sino que el objeto por el qual se dá en este caso el tormento, está fundado en un derecho; mas no por esto se podrá concluir que sea justo y oportuno el medio por el qual se procura conseguirlo.

Una de dos, ó el reo está dispuesto á manifestar los cómplices, ó está determinado á ocultarlos. En el primer caso la tortura es inútil, porque á la simple interrogacion del juez los descubrirá. En el segundo es perniciosa, porque si está resuelto á ocultarlos, ó resistirá el tormento, y entonces la ley que le condena á padecerle causa un mal privado sin que resulte de él ningun bien público; ó por librarse de los tormentos en vez de los verdaderos cómplices nombrará otros que no tuvieron parte alguna en el delito; y entonces la ley expone la tranquilidad del

evidencia de mis principios qualquiera objecion que se pudiera hacer aquí.

inocente á que sea turbada por la asercion de un hombre que ha perdido el derecho á su confianza. *El que no tiene esperanza alguna de conservar su vida*, dice el jurisconsulto Paulo, *no debe poner en peligro la de los demás* (1).

Podría añadir á estas reflexiones sobre la tortura para descubrir los cómplices muchas otras consideraciones que no demostrarían menos la inutilidad y la injusticia; pero no quiero extenderme sobre este punto. Volvamos á la tortura que se dá para conseguir la confesion del reo, que como se ha dicho, es el motivo mas frecuente por que se recurre á este atentado, y comparémosla con los *juicios de Dios* de los tiempos bárbaros. Perdóneseme el método en algun tanto escolástico, que seguiré en este exámen. Yo tendré tal vez que sufrir mas que el lector en explicarme de esta manera; pero la obligacion de un escritor es sacrificar siempre á lo útil lo bello y agradable.

Si se considera la tortura como el criterio de la verdad, se encontrará que es tan falaz y tan absurda como los *juicios*

(1) *Paul. i. sent. 12. §. ult. L. 6. Véa-*

de Dios. La disposicion física del cuerpo determina tanto en aquella como en éstos

se tambien á Ulpiano en la *L. 6. §. 23. D. de quæst. á Livio lib. 24. cap. 5. Tácit. An. nal. lib. 4. cap. 25. y Séneca de ira, lib. 11. cap. 13.* donde se hallan muchos hechos que confirman evidentemente lo que queda dicho. La respuesta que el inglés Felton, reo convencido del asesinato del duque de Buckingham, dió al obispo de Lóndres, que le hizo saber se previniese para el tormento del potro si no manifestaba los cómplices de su delito, es tambien muy oportuna para nuestro propósito. "Señor, le dijo, si la cosa debe ser asi no sé á quien podré acusar en la fuerza del dolor; tal vez será el obispo Laud ó alguna otra persona de este Tribunal." Admirable reflexion, dice el célebre Foster, en la boca de un entusiasta ó de un malvado. Esta respuesta no bastó para apartar al obispo de su intento; propuso la tortura, pero los jueces le respondieron unánimemente que las leyes Inglesas no permitian una prueba tan feroz. De Lolme *Const. de Inglal. cap. 10. pág. 113.*

Permitaseme añadir aquí otra reflexion. ¿Quién creeria que la legislacion británica que ha aborrecido siempre el tormento, autorizase despues una ferocidad que ninguna otra

el éxito de la prueba. En la una y en los otros puede ser condenado el inocente y

legislacion de Europa se ha atrevido á adoptar, y que no ha sido corregida hasta 1772? hablo de la pena fuerte y dura. Si un hombre era convencido de un delito de felonía ó de pequeña traycion, y por no incurrir en el juicio llamado de *corrupcion de sangre*, que traia consigo la confiscacion de los bienes, y hacia incapaces á los hijos de heredarlos en lo sucesivo, se resistia á responder á las preguntas de los jueces; si guardando un riguroso silencio no negaba ni confesaba su delito, de que estaba por otra parte convencido; entónces en lugar de condenarle á la pena ordinaria de muerte, se le condenaba á la pena fuerte y dura. Se hacia bajar al reo á una cárcel subterránea y oscura, y tendido desnudo en el suelo, se le ponía encima un pedazo de hierro de un peso enorme, y un dia se le daba de comer pocas onzas de pan, y otro una poca de agua estancada para beber, dejándole en este estado hasta que moria. Muriendo de este modo no se le confiscaban los bienes, ni se privaba á los hijos del derecho de heredar, como hubiera sucedido dando alguna respuesta á los jueces; ya fuese afirmativa, ya negativa, supuesto que el silencio que le hacia sufrir una muer-

absuelto el verdadero reo; en la una y en los otros lo que determina la verdad no tiene relacion alguna con ella; mas la primera diferencia notable está fundada en la confianza y en la pre-ocupacion pública. La supersticion y la ignorancia de los tiempos en que tenian su fuerza los *juicios de Dios* hacian creer, como hemos visto, infalibles estas experiencias; pero los progresos que han hecho los conocimientos útiles, las luces

de tanto tormento, le libraba de la corrupcion de la sangre. Véase á Blackston en los *Coment. al Cod. crim. de Inglaterra*, cap. 25. Quando escribia este docto jurisconsulto aun no se habia abolido esta pena. Por poco que se hayan observado los principios que hemos explicado relativos á la confesion de los reos, y al derecho del silencio, se podrá conocer que en esta determinacion se unian la mayor ferocidad con la mayor injusticia. Una reflexion se me ofrece en este momento, y es, que si en un pais donde toda la nacion dispone de las leyes, y donde los que las dictan deben sujetarse á ellas; si en este pais, repito, se hallan semejantes extravagancias, ¿qué horrores no deberán hallarse donde la facultad legislativa está en manos

del siglo, y las instrucciones claras y libres de los filósofos, han persuadido en el día aun al vulgo que la tortura es prueba de la robustez del cuerpo y no de la verdad, y que el inocente que es débil viene á ser condenado á muerte por este absurdo criterio; pero el delincuente robusto queda seguramente sin castigo bajo los auspicios de una práctica tan falaz. La ley misma concurre á sostener esta opinion (1). Entre los dos métodos igual-

de uno solo? Infeliz de aquel que teniendo un alma sensible se ocupa en tales estudios, porque á medida que adquiere mas luces se hace mas desgraciado.

(1) La misma ley, digo, concurre á sostener y fomentar esta opinion, puesto que dá en muchos casos derecho á los jueces que ordenan el tormento para determinar en el mismo juicio que esta experiencia no deba perjudicar á las pruebas que se han presentado; y en este caso, aunque el reo sostenga su inocencia en los tormentos, los jueces pueden condenarle á qualquiera pena, exceptuada la de muerte. Luego la ley no confía en la experiencia que adopta. Véase á Domat, sobre el derecho público tit. 5. §. 4.

mente absurdos para averiguar la verdad, se halla sin embargo esta gran diferencia, que nuestros padres confiaban en el suyo y nosotros desconfiamos del nuestro. En la pérdida comun de la seguridad real, aquéllos tenían á lo menos esta seguridad en su opinion que nosotros no tenemos. Por lo qual la libertad civil, fundada no solamente en la misma seguridad, sino tambien en la opinion de esta seguridad, estaba entónces en parte destruida y en parte favorecida por los *juicios de Dios*; pero hoy está enteramente destruida por el tormento.

De este mismo principio nace otra gran diferencia.

Entre nuestros bárbaros padres el hombre que quedaba superior en el combate, ó en otra qualquiera de las pruebas judiciales, no solamente era absuelto por el magistrado, sino tambien en la opinion pública. La infalibilidad, que ésta atribuía á los *juicios de Dios*, destruía enteramente aquella infamia que cae sobre el hombre que es llamado á juicio por un delito infame. Volvia á adquirir su honor en el mismo instante en que recobraba su libertad. Dudar de su inocen-

cia era un pecado á los ojos del crédulo guerrero, que veía en el éxito de la experiencia el juicio infalible de la divinidad. Pero no sucede lo mismo entre nosotros.

Nuestros jurisconsultos, poco filósofos, han creído que era propio de la ley destruir ó determinar la infamia; pero si hubieran consultado la razon y la experiencia, hubieran hallado que la infamia solamente puede ser regulada por la opinion pública; si el que no es infame segun derecho lo es en la opinion pública, el favor de la ley no le librá del desprecio del pueblo; que la infamia legal, sino está confirmada por la opinion pública, es absolutamente nula; y de la misma manera quando la ley absuelve á alguno de la infamia, esta absolucion no tiene fuerza sino se halla combinada con el modo de pensar de la mayor parte de los hombres (1). Este falso principio de nuestros jurisconsultos les ha hecho creer que la tortura servia para borrar la infamia de la acusacion, como los *juicios de Dios* la purificaban en otro tiempo.

(1) La infamia establecida en muchas

Pero debian haber advertido que la opinion pública en aquellos tiempos creía y estaba persuadida que el que quedaba victorioso en la experiencia era sin duda inocente; y que la misma en el día cree y está persuadida que el que en los tormentos ha persistido en la negativa, es tal vez un malvado que tiene el cuerpo tan endurecido como el corazon, y que no debe volver á adquirir su confianza despues de un juicio tan poco exácto.

Por tanto, si el infeliz que es condenado á esta prueba atroz es inocente, y sostiene su inocencia aun entre los tormentos, no recobrará hoy, como recobraba antiguamente su honor y la confianza pública; ántes bien á la infamia del delito se le añade que nace de la misma prueba.

Á estos dos males que se hallan en el uso de la tortura comparada con los *juicios de Dios* de los tiempos bárbaros,

Francisco Betefia

naciones contra los que rifien en duelo, es una prueba de esta verdad. En los paises donde ha estado en vigor esta ley los hom-

se añade otro. Los *juicios de Dios* no salían de la clase de las experiencias. La libertad que tenía el acusado de que otro se expusiese en su nombre, muestra claramente que ésta era una experiencia y no una pena.

La tortura al contrario, es una experiencia que se hace para ver si el acusado es efectivamente reo, y al mismo tiempo una pena aflictiva é infamatoria que se impone á un hombre quando aún se duda si es reo ó inocente, por donde se vé que en los *juicios de Dios* se buscaba la verdad en una experiencia incierta; y en la tortura no solamente se busca la verdad con una experiencia igualmente incierta, sino que castiga al mismo tiempo al reo ántes de descubrir si es delincuente.

Además, la naturaleza de los *juicios de Dios* era tal que el hombre que quedaba absuelto en la experiencia podía conservar juntamente con todas las prerrogativas

de su honor, las facultades físicas de su cuerpo, podía defender la patria en tiempo de guerra, y alimentarla en tiempo de paz; podía cultivar la tierra ó ejercitar algún arte, pues ninguno de los miembros de su cuerpo había recibido alteracion que le privase de parte de sus fuerzas y de su actividad. Pero no sucede así en el tormento. La dislocacion de los huesos, la desunion de los músculos, la atroz tirantez de los nervios, son males que nunca se reparan enteramente, y dejan una debilidad y torpeza dolorosa en los brazos del que los ha sufrido, que le inhabilitan por toda su vida para qualquiera arte ú oficio que exige cierta fuerza y destreza. La patria pierde un ciudadano útil, y la familia queda privada del único instrumento de su subsistencia. La ley extiende sobre el estado y sobre los hijos los efectos funestos de su injusticia y de su ferocidad.

Este mal que produce otra diferencia notable entre los *juicios de Dios* y el tormento, que amenaza igualmente al inocente que al reo quando son condenados á la tortura, no produce el mismo efecto

en el uno que en el otro. El primero tendrá siempre un nuevo motivo para confesar el delito que no cometió; y el segundo un medio mas para evitar la pena señalada al delito que cometió.

La conciencia de la inocencia ó del delito que entre nuestros bárbaros padres inspiraba tanta confianza al inocente y tanto temor al reo para presentarse á la prueba; esta persuasion interior que hablando á la imaginacion daba entónces tanta ventaja al inocente sobre el reo, es la que hoy produce un efecto opuesto, pues dá una ventaja real al culpable sobre el inocente, y puede contribuir mas que ningun otro medio para conducir al suplicio al inocente y al reo á la impunidad. El inocente persuadido íntimamente de su inocencia, se lisonjeará siempre con la esperanza que se descubrirá aunque haya hecho la confesion falsa del delito. Por mas débil que sea esta esperanza llegará á ser mucho mas viva en medio de los tormentos y de los estragos que causan. El hombre prefiere siempre por una inclinacion natural un gran mal incierto á otro menor que es cierto. Esta regla se verifica principal-

mente en los dolores físicos. Así el inocente preferirá las mas de las veces la confesion al tormento, porque éste lo expone á un mal cierto y seguro, y aquélla á un mal incierto. El delincuente al contrario, como no puede tener esta esperanza estando seguro de la muerte que le amenaza si confiesa el delito, tiene un impulso menos para confesar y un motivo mas para negar. Sabe que un esfuerzo de pocos instantes le libra de la muerte; y que despues de haber sostenido su inocencia en los tormentos, ninguna prueba que pueda presentarse despues contra él será eficaz y bastante para llevarle al suplicio; y ésta es la razon porque halla en los mismos tormentos el instrumento de su impunidad, mientras que el inocente hallará en ellos el verdugo que le haga subir al cadalso. En fin, si el inocente que sucumbia en la experiencia de los *juicios de Dios* era condenado á muerte, no tenia parte alguna en esta injusticia. La ley le habia obligado á someterse á la prueba, y ella misma pronunciaba su condenacion por haber quedado vencido. No debia hacer traicion á la verdad confesando un delito que no

había cometido. Mas en la tortura la perfidia de la ley es tal, que quiere mezclar en su injusticia al infeliz inocente que sucumbe á ella. Si la expresion mecánica del dolor obliga á este infeliz á confesar el delito que no cometió, debe despues ratificar con juramento esta falsa confesion estando fuera del tormento; y si el temor de volver nuevamente á padecer los mismos dolores le induce á que haga este sacrílego juramento, como ha sucedido muchas veces, entónces el hombre que ántes del tormento no era reo de delito alguno, viene á serlo despues; y al dolor de una condenacion no merecida, se juntan los remordimientos de la mentira, del perjurio, y del suicidio que ha cometido.

Estas son las consecuencias de un sistema que todo el mundo condena, pero que sin embargo conserva su vigor en muchos tribunales de Europa. Si comparándole con la invencion mas extravagante y absurda que se ha podido jamás idear, es á saber, con los *juicios de Dios* de los tiempos bárbaros, le hemos encontrado mas feroz, mas injusto, y mas erróneo que aquél; si los combates ju-

diciales, y las demás *purgaciones vulgares* de los delitos, nos han parecido mas razonables, menos injustas y perniciosas que la tortura; si en este paralelo, la jurisprudencia de nuestros bárbaros padres nos ha parecido menos defectuosa y absurda que la que hoy reyna en una parte de la Europa culta, ¿qué nos resta que hacer sino llorar la desgracia de aquellas naciones en las cuales las luces del siglo disipando las tinieblas que ocultaban al pueblo sus desgracias, no han servido sino para hacerle mas sensible y mas espantoso el espectáculo de los males que le rodean, de las violencias que le amenazan, y de los peligros á que está expuesta su libertad, su honor y su existencia? Infeliz y desgraciado aquel pais donde el vulgo tiene los conocimientos del legislador, y el legislador los del vulgo.

Despues de esta funesta pintura de los errores y de las contradicciones de que está llena aquella parte de la jurisprudencia antigua y moderna relativa al criterio de la verdad en los juicios criminales, conviene proponer ahora el nuevo plan que debería substituirse al antiguo.

Francisco Beceña

La dificultad de esta empresa nace de los dos extremos que deben evitarse con igual cuidado, y cuya posicion es tal, que es muy difícil apartarse del uno sin acercarse al otro. *La impunidad del reo, y la condenacion del inocente*, son los dos extremos que se presentan y deben superarse por la ciencia de la legislacion en la parte difícil de las pruebas judiciales. Ninguna parte de esta obra me ha costado tantas meditaciones y trabajos, ni me ha inspirado tanta incertidumbre y temor, como esta investigacion. En ninguna parte de la legislacion me ha parecido mas necesaria la reforma, y al mismo tiempo mas difícil. Para que el lector pueda juzgar de mis ideas es necesario manifestarle los fundamentos en que se estriban.

CAPÍTULO XII.

Principios fundamentales, de los quales debe depender la teoría de las pruebas judiciales.

Es un principio universalmente recibido, que para condenar un ciudadano á la pena es necesario tener certeza moral que ha violado la ley, y que ha cometido el delito contra el qual está establecida aquella pena por la ley. Sin esta certeza moral la condenacion será siempre una injusticia, y su ejecucion una violencia. Todos los publicistas convienen en este principio, y ha sido adoptado por la jurisprudencia antigua y por la moderna. Pero pregunto, ¿se ha determinado jamás la verdadera idea de la certeza moral? ¿Se han explicado los principios generales que nacen de ella? ¿Se ha aplicado con toda la precision que convenia esta teoría á las pruebas judiciales? ¿Se han fijado las verdaderas reglas que deberian arreglar la operacion mas sencilla del entendimiento, como la de exáminar la verdad de un hecho que en el dia es la mas difícil por

la extravagancia de las leyes, y por los vicios monstruosos de una práctica mas funesta que ellas mismas? Las pocas reflexiones que preceden sobre los errores de la legislación antigua y moderna, relativas á este objeto, bastan para manifestarnos la necesidad que hay de tomar un nuevo rumbo para salir de esta empresa difícil. Empecemos, pues, determinando con precision qué deba entenderse por certeza moral, y cuáles son los principios generales que se derivan de ella. Esta será la base sobre que ha de levantarse todo el edificio. Procurémos, pues, hacerla tan sólida y tan llana como sea posible.

CAPÍTULO XIII.

De la certeza moral.

Los metafísicos vulgares nos han dado una idea errónea de la certeza, y de esta idea han deducido consecuencias aun mas erróneas por haber querido confundir las relaciones de las cosas. Han buscado la certeza en la proposicion, quando no debían buscarla sino en el ánimo

del hombre; por esta razon han confundido la certeza moral y la física con la probabilidad, y no han dado sino el nombre de certeza absoluta á la certeza metafísica. La definición empero que voy á dar explicará mejor esta idea.

La certeza en general no es mas que el estado del ánimo quando está seguro de la verdad de una proposicion. Veo, pues, en la certeza una pasion del ánimo independiente de la verdad ó falsedad absoluta de la proposicion sobre que recae. Puedo creer efectivamente que es verdadera una proposicion que de su naturaleza es falsa, y esta creencia puede ser en mí una certeza. Puedo tambien estar cierto de una proposicion de que otro duda, y dudar de aquella de que otro está cierto. ¡Quántas veces ha recaido la certeza sobre el error, y la duda sobre la verdad! La historia de la filosofía está llena de semejantes fenómenos. No confundamos, pues, las ideas mas distintas enre sí. La verdad ó la falsedad está en la proposicion; la certeza, la incertidumbre, y la duda, únicamente se hallan en el ánimo. Un ejemplo declarará mejor estas ideas.

Supongamos que meditando un geómetra sobre las secciones del cono de Apolonio descubre una nueva proposición; y supongamos que esta nueva proposición sea errónea. Una equivocación que no se manifiesta á sus ojos destruye toda su demostración. En esta hipótesis, si antes de advertir al geómetra de su error se le preguntase si estaba cierto de la verdad de su proposición, y de qué naturaleza era su certeza, ¿qué respondería? Diría sin duda que estaba cierto de la verdad de su proposición, como lo estaba de que tres ángulos de un triángulo son iguales á dos rectos; y que si ésta es una certeza metafísica, también lo será la que tiene por objeto la proposición descubierta por él. Ahora bien, supongamos que este mismo geómetra, habiendo estado algún tiempo en esta certeza metafísica, advertido por otro geómetra reconozca su error; supongamos que la equivocación en que había caído se manifieste á sus ojos, y que vea toda la falsedad de su demostración que había creído hasta entonces indudable, ¿qué sucederá en este caso? Sucederá que de una certeza metafísica de la verdad de

su proposición pasará á la certeza metafísica de su falsedad, sin que los grados de esta segunda sean mayores que los de la primera. Tenemos, pues, sobre un mismo objeto una certeza metafísica destruida por otra certeza metafísica.

En vista, pues, de estas reflexiones, ¿dónde encontraremos la certeza absoluta? ¿quién no vé que la idea archetypa de la certeza que los metafísicos nos han dado es una idea que se reconoce ser falsa luego que quiere aplicarse al hecho, y que los resultados que ellos deducen se encuentran siempre aun mas falsos? Si no se tratase de impugnar opiniones universalmente recibidas, bastaría lo que he dicho para hacer comprensibles mis ideas; pero teniendo que vencer las preocupaciones contrarias que se hallarán en una gran parte de los que lean este libro, no debo omitir los medios que pueden hacerlas mas claras y darles mayor firmeza. Hemos visto como una certeza metafísica puede ser destruida por otra certeza metafísica. Veamos ahora como lo que es certeza metafísica en un hombre puede ser probabilidad ó duda en otro; y cómo en dos diversas personas

sobre dos proposiciones diferentes, en la una la certeza metafísica será mayor que la certeza moral, y en la otra la certeza moral será mayor que la certeza metafísica. Dos ejemplos demostrarán evidentemente estas dos verdades.

Quando las propiedades de la espiral solamente se habian demostrado por el método tortuoso y enredado de Archimedes, uno de los mejores géometras del siglo pasado no pudo jamás asegurarse de su verdad (1), y otro acusó al autor de paralogismo (2). Las propiedades, pues, de la espiral que habia encontrado Archimedes, y que para él eran metafísicamente ciertas como qualquiera otra propiedad

(1) Bovillaud. Este célebre matemático decia: He leído muchas veces este lugar de Archimedes, y no me acuerdo de haber comprendido jamás toda su fuerza: *Et memini me nunquam vim illius percepisse totam.* Véase el prefacio á los infinitamente pequeños de M. de l'Hopital.

(2) Vierte, géometra aun mas famoso. El método que posteriormente se ha seguido para hallar esta propiedad, ha hecho conocer la verdad del descubrimiento de Archimedes.

de las demás curvas, eran simplemente probables para otro géometra, y mas que dudosas é inciertas y tal vez creidas falsas por otro. Luego sobre el mismo objeto, la certeza metafísica de un hombre puede ser probabilidad ó duda en otro. Veamos ahora cómo en dos proposiciones diferentes la certeza metafísica en uno puede ser mayor que la certeza moral, y en otro la certeza moral puede ser mayor que la certeza metafísica.

Es una certeza metafísica, segun la opinion comun, que en los triángulos rectángulos el cuadrado de la hipotenusa es igual á la suma de los cuadrados que se hacen en los catetos; y es una certeza moral que César conquistó las Galias. Se pregunta, ¿quál de estas dos proposiciones será mas cierta para un hombre? Respondo, que para un géometra será mas cierta la primera, y para un filólogo la segunda. Carece el géometra del pleno conocimiento de los monumentos que aseguran la conquista de César; y falta al filólogo el entero conocimiento de todos aquellos principios, de todas aquellas proposiciones, de todos aquellos racionales que demuestran la igualdad del qua-

drado de la hipotenusa con los cuadrados de los catetos; ó si tiene el conocimiento de todas estas cosas, le falta el uso de combinarlas con la libertad y facilidad que se requiere para ver todas las relaciones y todos los resultados. Luego en la certeza nada hay absoluto, todo es relativo, y los grados de mayor ó menor certeza, tanto de dos hombres sobre una misma proposicion, como de un mismo hombre sobre dos diversas proposiciones, solamente pueden hallarse en la disposicion del ánimo del que los tiene.

Establecida la verdadera idea de la certeza en general, es fácil determinar la de la certeza moral. Los metafísicos como hemos observado distinguen tres especies diferentes de certeza, una metafísica, otra física, y otra moral; y segun hemos dicho solamente encuentran la certeza absoluta en la primera; en la segunda encuentran una grande probabilidad, pero no una certeza absoluta; en la tercera finalmente encuentran tambien una grande probabilidad, pero menor que la de la segunda (1).

Segun esta division la certeza moral

(1) Buffon en su ensayo de la *aritmética*

es la ínfima, la física la media, y la metafísica la suprema. Mas si hubieran determinado la verdadera idea de la certeza, y considerado en aquel punto de vista que hemos indicado; si hubieran advertido que la certeza está en el ánimo y no en la proposicion, y conocido la insubsistencia de esta distincion de clases, hubieran visto que para un hombre de buena razon la certeza de la existencia de Roma, que para el que jamás ha estado en ella es una certeza moral, tiene igual fuerza que qualquiera certeza metafísica; y se hubieran contentado finalmente con distinguir por medio de estos tres nombres diversos, las diversas certezas, no por su valor relativo que únicamente depende de la disposicion del ánimo del que la tiene, sino por la diversa naturaleza de las proposiciones sobre las cuales puede recaer la misma certeza. Así para no caer en el mismo error distinguiremos

moral creyó poder reducir tambien á cálculo la soñada distincion entre el valor de la certeza física y moral. Despues de varios ratiocinios y cálculos; dice en el §. 3. que la certeza física, la qual es una probabilidad grandísima,

estas tres especies de certeza por la naturaleza de las proposiciones en que se fija y determina la certeza. Si la proposición sobre que recae mi certeza contiene la relación de ideas puramente abstractas, la certeza se llamará metafísica; si la tiene con ideas puramente sensibles, la certeza se llamará física; y si contiene finalmente la relación de ideas morales y de hecho, como serían por ejemplo el valor de los testimonios, de los indicios, de los documentos, &c. entónces se llamará moral ó puramente histórica. Dejando, pues, las otras dos que no hacen al caso á mi asunto para dar una definición particular de la certeza moral sin alejarnos de la idea general de la certeza, podremos decir *que la certeza moral es el estado del ánimo que está seguro de la verdad de una proposición relativa á la existencia de un hecho que no ha pasado á nuestra vista.*

es á la moral que tambien es una gran probabilidad, pero menor que aquélla :::: como 22,189,999: á 10,000. ¡Qué extravagancia en un hombre tan grande! Su mismo error es una prueba de mis pensamientos.

Así que, la idea de la certeza moral es la misma que se ha dado de la certeza en general aplicada á las proposiciones de hecho. Por lo qual, todo lo que se ha dicho de la certeza en general puede aplicarse á la certeza moral. Ésta como toda otra certeza no se halla en la proposición sino en el ánimo. Un hombre, pues, puede estar cierto de la verdad de un hecho que es falso; puede dudar de un hecho que es verdadero; puede estar cierto de un hecho del qual otro duda; y puede dudar de aquel de que otro está cierto. Combinémos estas reflexiones con el principio que queda antes sentado, que para condenar un hombre á la pena es necesaria la certeza moral de que ha violado la ley, y veamos cuáles son los resultados que debe deducir la ciencia de la legislación.

CAPÍTULO XIV.

Resultados de los principios precedentes.

Si para condenar á un hombre á la pena es necesaria la certeza moral de que ha

violado la ley, no teniendo esta certeza moral el juez, digan lo que quieran los Moralistas, ó por mejor decir los Casuistas, no puede condenar como reo al acusado, sin faltar á las obligaciones de su ministerio, sin ofender la justicia, y sin hacer traición á su conciencia.

¿ Pero bastará esta certeza moral del juez? Si ésta como se ha demostrado no está en la proposición, sino en el ánimo del que está cierto; si depende de las disposiciones del que juzga; si lo que basta para que uno esté asegurado de la verdad de un hecho, no es suficiente para otro; si una buena ó mala digestión puede hacer al hombre mas ó menos crédulo; si la preocupación favorable puede hacer infalible para un juez la asercion de un hombre de la qual otro no haría el menor aprecio; si la libertad civil no debe permitir que un juez pueda condenar impunemente á un inocente; si esto sería el medio mas eficaz para dejarle un arbitrio ilimitado é impune sobre la vida, el honor y la libertad del ciudadano; si el legislador debe procurar que la sentencia del juez esté acompañada en quanto sea posible del voto público; en una palabra,

si todo esto haría perniciosísima la autoridad del juez si su certeza moral sola fuese suficiente para determinar la verdad de un hecho, es necesario que la ciencia de la legislación halle un medio propio para precaver los desórdenes peligrosos de este poder. El que yo propongo me parece mas sencillo: éste sería combinar la certeza moral del juez con la norma prescrita por el legislador, es á saber, con el criterio legal.

Me explicaré. El código criminal de las naciones debería comprender algunas reglas invariables de judicatura. Estas reglas deberían contener las pruebas legales, sin las cuales la ley no debería tener jamás por bien probado el delito: determinadas estas pruebas, el legislador debería establecer que los jueces destinados á exáminar la verdad de la acusacion no pudiesen dar mas que una de estas tres respuestas en cada caso: *la acusacion es verdadera, la acusacion es falsa, la acusacion es incierta* (1), y cada juez debería firmarla con su propio nombre.

(1) Estas tres respuestas eran las únicas que podían dar en Roma los jueces del he-

La primera debería producir la condenación del reo á la pena establecida por la ley; la segunda la absolución total; y la tercera la sola suspensión del juicio, que dejando siempre al acusado *sub judice*, no debería privarle de la libertad personal. Hecho todo esto, se debería pasar á la distincion de los casos, en los cuales debería verificarse cada una de estas respuestas ó decisiones.

Debería, pues, establecerse que para declarar *verdadera* la acusacion fuese necesario que la certeza moral del juez estuviese unida con el criterio legal; que para declararla *falsa* hubiese de faltar la una y el otro; y que para declararla *incierta* bastase que hubiese solamente una de las dos cosas á favor de la acusacion: quiero decir, que estando la certeza moral del juez, faltasen las pruebas establecidas por la ley; ó hallándose éstas, faltase aquélla. ¿Qué resultaría de esto?

Que el juez no tendría el arbitrio ilimitado de condenar ni de absolver, su-

cho: *Absolvo*, *Condemno*, *Non liquet*, que como sabemos las daban con la letra inicial de cada una de estas voces.

puesto que no bastaría para esto su certeza moral sola, ni se vería tampoco en la bárbara precision de hacer traicion á su conciencia declarando verdadera la acusacion porque está acompañada de las pruebas jurídicas, quando sin embargo de éstas tuviese razones para dudar de su verdad. La ley sería un freno al arbitrio de los jueces, y la conciencia de éstos un remedio á la imperfeccion necesaria de la ley. Una y otra tendrían bastante fuerza por sí solas para asegurar la inocencia, pero no para oprimirla. Para que un inocente fuese condenado, sería necesario se combinasen contra él la existencia de las pruebas legales con el error ó con la perversidad de los jueces. El legislador no tendría necesidad de descender á infinitos por menores para determinar el criterio legal por ellos, que estando destinados para servir de freno al arbitrio del juez, hoy le han dado mayor extension. En fin, el juez mas corrompido, queriéndose apartar del criterio legal en la sentencia de un hecho criminoso, no podría hacer impunemente otro abuso de su autoridad que el de dejar suspensa la acusacion declarándola

incierto; arbitrio que no podría producir sino el menor de los males, qual es el de dejar *sub judice* á un inocente, ó restituir á la sociedad un reo, que la conciencia de su crimen le obligaria á abandonar pronto una patria que no le ofrecería un momento de tranquilidad (1). Si se compara este leve inconveniente, no digo con todos los que ofrece el sistema judicial que reyna hoy en la mayor parte de Europa, sino solamente con el que concede á los jueces el derecho de imponer una pena arbitraria en defecto de una plena prueba, se conocerá quán preferible sea el nuevo plan al antiguo.

Mas este plan sería imperfecto y defectuoso, y solamente habria substituído yo al antiguo edificio que he arruinado una pobre choza, ó levantado sobre una gran base una columna pequeñísima y casi invisible, si dejase de determinar los

(1) Quando el acusado quedase *sub judice* podría el acusador presentar siempre nuevas pruebas del delito, y esto es lo que determinaría en tal caso al reo á abandonar su patria.

puntos siguientes. 1.º Los cánones de judicatura que deberían determinar el criterio legal. 2.º La division de las funciones judiciales, la condicion, el número, y las qualidades que deberían exigirse en los jueces del hecho. 3.º Las solemnidades que deberían acompañar sus juicios. 4.º El órden que se debería guardar en proponerles el estado de la cuestion, y la persona á quien debería encargarse este acto. 5.º Cómo debería arreglarse la defensa del acusado. 6.º Con qué órden debería procederse por ellos á la decision. 7.º El efecto que debería producir su sentencia. Todo esto explicaremos por su órden en los capítulos siguientes.

Entretanto ruego al lector que suspenda su juicio sobre mis ideas hasta que las vea explicadas con toda extension, porque me veo en la precision de abandonarme frecuentemente á algunas digresiones, sin las quales no podría defender un plan de las objeciones que se podría hacer contra él; mas al fin verá como todos estos hilos ván á reunirse en un solo punto, y todas sus dudas se irán desvaneciendo al paso que se vaya internando mas en esta lectura.

CAPÍTULO XV.

Cánones de judicatura que deberían determinar el criterio legal.

Antes de exponer estos cánones es justo que manifieste al lector el principio, del qual deben deducirse. Este principio es muy sencillo: *el interés que tiene la sociedad en asegurar y proteger la inocencia, combinado con el interés que tiene en no dejar impunes los delitos.* Para explicar este principio, del qual debe depender el gran sistema de las pruebas legales, figurémonos por un momento que el legislador es un padre de familias diligente y virtuoso que, ocupado enteramente en la conservacion y prosperidad de sus hijos, no omite medio alguno para dejarles el patrimonio que heredó de sus mayores aumentado con su infatigable diligencia. Una especulacion acompañada de los cálculos mas prolijos le empeña á reducir á dinero efectivo todas sus propiedades para emplear esta suma en una negociacion que debe necesariamente duplicar su valor. En poco tiem-

po vende todos sus bienes, y empieza á disponer los preparativos de la negociacion. Toma todas las medidas posibles para conseguir que vaya acompañada de la mayor seguridad, y mientras no se vé libre de todo riesgo tiene por mas conveniente dejar ocioso su dinero que emplearle, supuesto que de su pérdida resultaria la ruina total de su familia. Mientras toma todas estas medidas se declara la guerra entre la nacion confinante y la suya; por su desgracia el país que habita es limítrofe y poco fortificado, y así debe ser el primer teatro de la guerra, y sus habitantes las víctimas primeras de este azote. Prevée que el saqueo seguirá á la entrada del enemigo, y que reteniendo en su casa el dinero será presa del primer soldado que entre en ella.

En estas circunstancias, deponiendo sus dudas sobre la negociacion proyectada, se contenta con aquella parte de seguridad que antes no le satisfacía, é intimidado con los nuevos peligros á que se expondría reteniendo su dinero, lo emplea, y crée que no debe buscar ya todas aquellas seguridades sin las cuales no se

hubiera determinado en tiempo de paz á semejante empresa, y justifica su conducta ante los individuos de su familia.

«Hijos míos, les dice, estareis sorprendidos de ver los peligros á que he expuesto vuestra subsistencia. Por aumentar el patrimonio de nuestros mayores, he vendido aquellos fondos que no ofrecían sino un campo demasiado estrecho á mis esperanzas y á las vuestras. Mis paternales cuidados habían resuelto emplear estas sumas en una negociación que reuniese una ganancia considerable á la mayor seguridad. Había determinado tenerlas ociosas antes que exponerlas al menor peligro. Aún tenía que dar muchos pasos, y tomar muchas medidas para conseguir una perfecta seguridad, quando llegó á mí noticia la declaración fatal de la guerra. En este momento calculé los riesgos que había en retener en mi poder aquellas sumas, y ví que no habiendo sido bastante antes la esperanza sola de una gran ganancia para dejarme satisfecho de aquella parte de seguridad que deseaba, desde aquel momento la conservación de vuestra subsistencia me

»debía impeler á sacrificar por un lado una parte de la seguridad para conseguiría mayor por el otro.»

Esto mismo debería también decir á su pueblo el legislador: ciudadanos, si en la determinación de las pruebas jurídicas solamente se tratase de defender la inocencia de los peligros del juicio, toda prueba por fuerte que fuese parecería débil á mis ojos, y dudaría aún de la misma evidencia. El horrendo espectáculo de una inocente víctima del engaño y de la calumnia conducida al patíbulo por las mismas manos de la justicia, afligiría tanto mi imaginación que no sabría hallar una prueba suficiente para condenar como reo á un acusado. Hacer depender vuestra vida, libertad y honor de la asertiva de dos testigos idóneos que digesen haber visto cometer el delito, parecería á mis ojos un atentado contra aquella seguridad y tranquilidad que deben ser el primer objeto de las leyes, y el primer beneficio de la sociedad. Yo creería que no podía hacer mayor abuso de la autoridad que me habeis confiado, que emplearla en dictar leyes tan funestas. Mas considerad conmigo

otro orden de cosas. ¿Qué sería de la sociedad si los delitos quedasen sin castigo? ¿De qué serviría poner la inocencia á cubierto de los errores de los juicios, si se dejaba expuesta á todos los peligros que consigo trae la impunidad que es consecuencia necesaria de la excesiva delicadeza en dar valor á las pruebas? La imposibilidad casi absoluta de encontrar todas aquellas pruebas que hiciesen á mis ojos infalible el juicio, ¿no multiplicaría quizá hasta lo infinito el número de los homicidas, de los asesinos, y de los ladrones; en una palabra, el número de todos aquellos hombres que solo el temor de la pena puede apartar de los delitos? ¿Mi excesiva delicadeza no convertiría quizá las ciudades en otros tantos bosques horribles, y las plazas públicas en otros tantos campos de batalla, donde el enemigo pudiese matar y robar á su salvo al enemigo, y abusar de todas las ventajas de la destreza de la fuerza y de la ferocidad? ¿Qué consecuencias funestas no nacerian de este mal entendido principio de justicia y de humanidad? Las leyes privadas de su sancion mas serian consejos de un Moralista que decretos im-

periosos de la autoridad pública. Seguros á la presencia del juez temblaríais á la presencia de vuestros conciudadanos. Cinco grados mas de seguridad en los juicios os costarian cien grados menos de seguridad en la sociedad.

Supuesto, pues, que una perfeccion absoluta no es compatible con las instituciones humanas; que debeis comprar la ventaja de vivir en sociedad, no solamente con el sacrificio de una parte de vuestra libertad natural, sino tambien con el sacrificio mas espantoso de una pequeña porcion de vuestra seguridad personal, pues esta pequeña porcion de seguridad que sacrificais en los juicios es absolutamente necesaria para conseguir la mayor seguridad en la sociedad; que hay un término donde la prudencia humana debe detenerse, como hay un momento en que debe tener su efecto el sacrificio que se pide á un ciudadano particular de aquella pequeña porcion de seguridad, y en el qual la ley debe abandonarle al juicio de algunas personas, y á su decision arbitraria hasta un cierto punto; esto supuesto, todo lo que podeis exigir de mí y yo esté obligado á concederos fijan-

do los cánones de judicatura que deben determinar el criterio legal, se reduce á encontrar el término donde conviene que la ley se detenga, y conseguir que suceda esto precisamente en aquel punto que deje al inocente la confianza mayor que sea posible de no ser condenado, y al culpable la menor esperanza posible de quedar sin castigo.

Explicado de este modo el principio, del qual deben depender los cánones siguientes, suplico al lector que los exámine bajo este punto de vista. *Adviértase que habiendo dicho que estos cánones deberian entrar en el código criminal, usaré en su exposicion del language del legislador. Adviértase tambien que quando digo en estos cánones ésta es una prueba legal, quiero denotar con esta expresion la prueba que nuestros forenses llaman plena; es decir, aquella con que, segun mi plan, la ley se contenta para condenar al reo con tal que se combine con la certeza moral de los jueces.*

Cánones de judicatura para las pruebas testimoniales.

Can. 1. Todo hombre que no sea estúpido ni loco, que tenga cierta conexión en las propias ideas, y cuyas sensaciones sean conformes á las de los demás hombres, puede ser testigo idóneo con tal que no tenga interés en alterar la verdad ó faltar á ella (1).

(1) Por poco que se reflexione sobre este primer cánón se verá que contiene todas las excepciones racionales y justas que pueden presentarse contra la idoneidad de los testigos. Las leyes Romanas, como hemos observado, quisieron individualizarlas demasiado, y esto produjo dos desórdenes muy graves. En algunos casos no bastaban las excepciones señaladas por la ley, y en otros eran excesivas. Los jueces se veian unas veces coartados por las muchas excepciones que imposibilitaban la averiguacion puntual del hecho, y otras se veian obligados á reparar y suplir el defecto de la ley. Es necesario que las leyes sean tan generales como se pueda, porque quanto mas particularizan

Can. 2. No determinamos ni la edad, ni el sexò, ni la condicion; dejamos á

tanto menos expresan. Las leyes modernas de la mayor parte de Europa han adoptado este defecto de la jurisprudencia Romana. Los jueces se hallan hoy en las mismas circunstancias, con sola la diferencia de haberse añadido un nuevo mal á este desórden. La imposibilidad de demostrar el hecho con pruebas legales ha producido el abuso de condenar á una pena arbitraria al reo que no ha podido ser legalmente convencido, y estas mismas leyes que procuraron coartar el arbitrio del juez le dieron una extension excesiva. El legislador y el político deben siempre elegir el menor de los males. Los grandes males y los mayores abusos nacen ordinariamente del espíritu de quererlo llevar todo á la perfeccion. ¿En cuántos casos el sistema demasiado minucioso de la idoneidad de los testigos hacia imposible la prueba de los delitos! Un crimen, por ejemplo, cometido en la cárcel, solamente puede tener por testigos los que están *sub judice*. Cometido en las galeras y en el lupanar, solamente puede tener por testigos los forzados y las prostitutas. Cometido por un mendigo, ordinariamente no podrá tener otros testigos que mendigos.

los jueces la decision de la credibilidad de cada testigo segun los principios del cánon anterior. Este juicio, como el de la existencia de toda otra prueba legal, precederá siempre al juicio del hecho (1).

¿Y deberán éstos ser excluidos de dar testimonio de un delito cometido en su presencia? Los hombres que están *sub judice*, los siervos de la pena, las prostitutas, los mendigos, &c. si el acusador puede demostrar que no tienen interés para alterar ó faltar á la verdad, ¿por qué razon no podrian formar una prueba legal? Me parece que con el cánon que hemos propuesto se evitan todos estos inconvenientes.

(1) En este segundo cánon se establece que los jueces ántes de decidir de la verdad del hecho, decidan de la idoneidad de cada testigo por el principio establecido en el primer cánon. El motivo de esta ley nace de mi sistema. Una cosa es decir *este testigo es idóneo y creible*, y otra creer su testimonio. Dos testigos idóneos que afirman uniformemente un hecho que vieron bastan para formar una prueba legal, pero quizá no bastarán para producir la certeza moral del juez; y como segun el plan que hemos propuesto en el capítulo antecedente,

Can. 3. Un testigo no será jamás bastante para formar por sí solo una prueba legal (1).

Can. 4. El testimonio directo del reo contra sí mismo no tendrá jamás ningun

el juez á pesar de su certeza moral á favor de la acusacion, no puede decir *la acusacion es verdadera* quando falta la prueba legal, ni decir *la acusacion es falsa* si existe la prueba legal á pesar de su certeza moral á favor del acusado, es justo que ántes de determinar sobre el hecho se determine si existe ó no la prueba legal, que se forma precisamente por la idoneidad de los testigos en la prueba testimonial. Por esta razon el juicio de la credibilidad ó idoneidad de los testigos debe preceder al del hecho. Expondré el órden que debe guardarse en este juicio quando trate de la última parte del proceso que es la sentencia.

(1) La razon en que se funda este cánon no es la que adopta Montesquieu, es á saber, que quando solamente hay un testigo que afirma el hecho, y el reo que niega, el testimonio del primero se destruye por el del segundo, esto es falso; porque el reo tiene interés en negar, y el testigo no le tiene en afirmar el hecho. La razon, pues, de este cánon es la dificultad

valor legal, porque solamente debe hablar para defenderse. Quanto puede decir contra sí no debe tener fuerza alguna (1).

Can. 5. Dos testigos de vista que atestiguan uniformemente un hecho bastan para formar una prueba legal.

Can. 6. Así como hay una gran diferencia entre los hechos y los dichos, del mismo modo debe haberla entre los testimonios contra los hechos, y los testimonios contra los dichos. En los primeros el testigo debe haberlo visto, y en los segundos debe haberlo oído y visto.

La dificultad que se halla en que dos testigos examinados separadamente puedan convenir en la relacion de las circunstancias que acompañan al supuesto delito, siendo sola la verdad la que puede hacer uniformes sus testimonios.

(1) En este cánon solo es mi ánimo hablar del criterio legal; porque si el reo manifiesta en su defensa, ó por confesion, ó por otros medios su delito, esta declaracion que nunca podrá hacer una prueba legal, podrá sin embargo determinar contra el reo la certeza moral del juez, pues ésta no está sujeta á ninguna regla legal.

No deberá referir solamente las palabras, sino tambien el tono y el gesto que las acompañaron, y la ocasion en que se profirieron (1). La uniformidad de los dos testigos no debe recaer solo sobre palabras que han oido, sino sobre las circunstancias que pueden alterar ó modificar el significado, y entonces esta uniformidad será una prueba legal.

Can. 7. Los testimonios sobre los di-

(1) Estas precisiones no parecerán estrañas al que sabe cuán facil sea calumniar á un hombre por razon de sus dichos. La misma palabra que proferida de un modo manifiesta cierta idea, proferida con otro tono y con gesto diverso puede manifestar otra idea del todo opuesta. ¡Cuántas veces algunos hombres recomendables han sido acusados de irreligion, de impiedad y de sedición por algunas palabras mal entendidas que pronunciaron delante de algun estúpido que ignorando ó no conociendo las circunstancias en que fueron proferidas, no supo discernir la ironía de la verdad de la expresion! Las hogueras de la inquisicion hubieran quemado muchos menos infelices si se hubiesen recibido con mas desconfianza los testimonios sobre las palabras.

chos no harán jamás una prueba legal contra los delitos de hecho (1).

Can. 8. El testigo antes de ser preguntado deberá jurar de decir verdad. El juez le recordará que la ley condena á la misma pena al testigo falso y al calumniador. El testigo hará su deposicion en presencia de todo el tribunal y del reo, el qual podrá siempre que quiera interrumpirle, altercar con él, y hacerle las preguntas que quiera. Todo quanto se digere por una y otra parte se escribirá con las mismas palabras (2).

(1) Si dos testigos afirman uniformemente haber oido decir á alguno *quiero matar á fulano*, si éste es muerto despues, su testimonio no hará prueba legal contra el que profirió el dicho de quererle matar. Los testimonios sobre los dichos no deben ser admitidos sino en los delitos de palabras, como son, por egemplo, las injurias, las contumelias, &c.

(2) Es increíble cuán útil seria este método para descubrir la verdad. Hay una gran diferencia entre oir al testigo por sí, y el oirle por medio de otro. Una palabra que se omite puede alterar el sentido del testimonio. El modo mismo de hablar puede dar á

Can. 9. Los testigos que deponen á favor del reo serán igualmente oídos que los que deponen contra él, y su credibilidad se graduará por el cuerpo entero de los jueces, estando el acusador y el reo presentes á sus deposiciones. El mismo derecho que tiene el reo de altercar con los testigos presentados por el acusador, tendrá el acusador para con los testigos del reo. En igualdad de pruebas, la prueba testimonial en favor del reo destruirá la prueba testimonial dada contra él. Este principio ten-

conocer al juez la verdad ó la falsedad de la deposición. También es cosa muy ventajosa la altercación con el reo que no está admitida entre nosotros. El reo solamente asiste al juramento que hacen los testigos cuando pasan á ratificar sus dichos, y lo que es peor los jueces mismos no oyen su primera deposición. Ésta se hace á presencia del *comisario*, que despues de haberla oído manda al escribano que la extienda. Entonces el escribano se retira á su casa, donde lleva al testigo, le examina de nuevo, le arranca de su boca lo que quiere, y le hace callar quanto quiere, y no deja de exágerarle todos los peligros á que se expondría si mudase en la

drá también lugar en la prueba de indicios.

Can. 10. Los testigos producidos por el reo deberán afirmar un hecho, del qual pueda deducirse algun argumento de lo insubsistente de la acusación. Si deponen de una cosa no hecha será inútil su deposición (1).

Can. 11. Tanto el acusador como el reo tendrán derecho para hacer comparecer en juicio los testigos que producen. Si se niegan á comparecer ó responder, serán castigados con la pena que señale la ley para este delito (2).

mas mínima cosa su dicho en la ratificación que se hace á presencia del cuerpo entero de los jueces. De este modo se juzga entre nosotros de la vida y de la libertad del hombre. El que no se irrita contra este perverso sistema, ó es un necio, ó no conoce la sensibilidad.

(1) Este cánón es conforme á los principios de la jurisprudencia Romana. Asconio en la *Verrina III* dice: que los testigos que afirman el no hecho son inútiles al defensor.

(2) Este cánón está tomado de la legislación de Atenas. Suidas y Demóstenes nos han conservado la ley que contenía este es-

Can. 12. Se exigirá el juramento al acusador, al testigo y á los jueces; pero no se le pedirá al acusado (1).

establecimiento: *In jus vocatus, testimonium vel dato, vel ejurato, vel mille drachmis mulctator.* Vid. *Demost. ad Timotheum.*

(1) Las leyes Romanas corrigieron el vicio de las leyes Áticas respecto de este objeto. En Atenas no solamente se exigía el juramento á los jueces, á los acusadores y testigos, sino tambien al acusado; pero en Roma solo se pedía á los jueces, á los acusadores, y á los testigos. En Inglaterra se ha adoptado la correccion de Roma; pero nosotros que aun conservamos las reliquias de las *purgaciones canónicas*, no permitimos hablar una sola palabra al acusado sin el juramento. Por lo que respecta á lo que hemos dicho de los Atenienses, véase á Sigonio de *Repub. Atheniensium, lib. 3. cap. 2.* Pottero *Archæologiæ Græca lib. 1. cap. 21.* Y por lo que hace á los Romanos véase el pasage de Asconio en la *segunda Verrina*, donde habla del juramento de los jueces: la *L. 9. C. de testib.* Sigonio de *judiciis lib. 2. cap. 10.* y Boemero de *jure Eccles. lib. 5. tit. 34. §. 3. & seq.*, donde demuestra que el acusado no estaba sujeto al juramento. En quanto á los Ingleses véase á Blackston en el código criminal, *cap. 27.*

Cánones de judicatura para la prueba por escrito.

Can. 1. Una escritura auténtica (1) que prueba inmediatamente el delito, y su autor con su propia fé y autoridad, será una prueba legal.

Can. 2. Si la escritura no es auténtica, la confrontacion de los caracteres no podrá por sí sola hacer prueba legal (2).

Can. 3. Si la escritura solamente presenta argumentos para demostrar el he-

(1) Llamo escritura auténtica la que ha sido autorizada por una persona pública.

(2) La relacion de los peritos sobre la comprobacion ó cotejo de los caracteres es un juicio, y no un testimonio público. *Magis judicium quam testimonium.* Los peritos solo pueden decir que á ellos les parece semejante el carácter de la letra, pero no pueden decir ésta es la misma letra. El arte que tienen algunos de imitar todo género de letras, es causa de que se tengan por falaces los juicios sobre la comprobacion. Justiniano nos ofrece una prueba en la Novela 73. Y así la comprobacion de los caracteres solamente será un juicio, pero no podrá jamás por sí sola formar una prueba legal.

cho; quiero decir, si la escritura misma no es el sugeto del delito, ó no le manifiesta directa é inmediatamente (1), sin embargo de su autenticidad, solamente podrá suministrar un indicio.

Cánones de judicatura para las pruebas por indicios.

Can. 1. Un solo indicio no hará jamás prueba legal, sino es que sea un indicio necesario (2).

(1) La falsificación de un billete de banco con la firma del falsario, y la autoridad del escribano, harian que esta escritura fuese el sugeto del delito. Un instrumento solemne que contendria un contrato simoniaco ó usurario manifestaria directa é inmediatamente el crimen. Estas son dos escrituras que por sí solas podrian hacer una prueba legal.

(2) Se llama indicio necesario el que es una consecuencia tan necesaria del hecho, que no podría separarse de él sin un imposible metafísico, físico ó moral. La muger que ha parido debe haber tenido cópula con un hombre. El parto es indicio necesario de la cópula. Este es el caso en que un solo indicio forma prueba legal.

Can. 2. Quando muchos indicios no hacen mas que probar un solo indicio, y quando los argumentos de un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos por muy numerosa que sea no formará jamás prueba legal, supuesto que todos juntos no constituyen mas que un solo indicio y un solo argumento.

Can. 3. Los hechos accesorios que suministran indicios, ó los argumentos para el hecho principal, no deben probarse con otros indicios sino con la prueba testimonial.

Can. 4. Para formar una prueba de indicios pedimos que haya muchos indicios que no estén unidos entre sí; de modo que uno dependa del otro, que todos concurren á demostrar evidentemente el hecho principal, y que cada uno de ellos esté apoyado sobre las deposiciones de dos testigos idóneos. En este caso la prueba de indicios será una prueba legal (1).

(1) Los Criminalistas verán fácilmente todo lo que contiene este cuarto cánón, el qual abraza todo el sistema de la prueba

Can. 5. Así como ni un solo testigo de vista que afirma el hecho, ni la comprobación de las letras por autoridad de los peritos, pueden en fuerza de los cá-

de indicios, sobre la qual los doctores han escrito infinitos volumenes. Pero para facilitar la inteligencia á los que no son de la profesion, me valdré de un ejemplo. Supongamos que han muerto á un hombre, y que registrado el cadáver se ha encontrado en su pecho el cuchillo con que se ha hecho la muerte. Se acusa á uno de este delito, y la acusacion se funda en los indicios siguientes: dos testigos idóneos afirman que estando poco distantes del lugar donde se encontró el cadáver, y en el mismo instante en que se cometió el delito, vieron huir al acusado lleno de terror. Otros dos testigos idóneos afirman haberle visto teñido de sangre. Otros dos testigos idóneos afirman haberle visto comprar el cuchillo que se halló en el pecho del cadáver, y el vendedor no lo niega. Esta es una prueba perfecta de indicios contra el acusado, en la qual se contienen todos los caracteres que señala el cánon. Tenemos tres indicios, y todos tres distintos entre sí, ninguno de ellos depende del otro, y todos tres se dirigen á hacernos creer que el acusado es efectivamente

nones anteriores hacer una prueba legal, del mismo modo establecemos que tanto lo uno como lo otro puedan formar un indicio, que unido á otros puede concurrir á formar una prueba perfecta de indicios.

Can. 6. La prevaricacion del acusa-

reo, y cada uno de ellos está apoyado sobre la fé de dos testigos idóneos. Según mi sistema, pues, podrian los jueces decidir en este caso que *la acusacion es verdadera*, con tal que su certeza moral no les indugese á responder de otra manera; pues á pesar de la existencia de la prueba legal pueden aun decir *la prueba es incierta*, quando aquélla no baste á producir su certeza moral. Mas si en lugar de los indicios sobredichos solamente se hallasen los siguientes, dos testigos que afirmasen haber visto huir al acusado, otros dos que digesen haberle visto volver á casa apresuradamente, otros dos que asegurasen haberle visto alquilar un carruaje para salirse fuera del Estado, ¿formaria esto una prueba de indicios? No, porque todos estos tres indicios no forman mas que uno solo que es la fuga, y un solo indicio, como se ha dicho en el canon 1.^o, no hace prueba legal.

dor, procurada por el reo despues de intentada la acusacion, formará un indicio contra él (1).

Canon último, que tendrá lugar en las tres especies de pruebas.

En todos los delitos que dejan rastros despues de haberse cometido (2), sin la

(1) Este canon es conforme á las sábias disposiciones de las leyes de Roma que tenían por objeto precaver la prevaricacion, de las que hemos hablado en los capitulos II y III de este libro. Igualaban la prevaricacion solicitada á la confesion que no podia por sí sola formar una prueba plena. Nosotros la igualamos á un indicio, porque no hemos dado ningun valor á la confesion.

(2) Los jurisconsultos llaman estos delitos de hecho permanente *facti permanentis*, como el homicidio, el hurto con rompimiento de pared, &c.; y llaman delitos *facti transientis* los que no dejan rastro ninguno despues de cometidos, como el hurto simple sin efraccion, adulterio, las injurias verbales, &c. En los primeros es necesario que conste del cuerpo del delito. Quando trate de la distribucion de las funciones judiciales, se verá á quién debería pertenecer esta inspeccion, y con cuánta diligencia debería desempeñarse. En-

existencia del cuerpo del delito ninguna prueba podrá tener valor legal.

Estos son los cánones que deberian determinar el criterio legal, que no son sino un freno contra el capricho, la corrupcion, ó la imbecilidad de los jueces. La imperfeccion necesaria de estos cánones desaparece luego que se reflexiona el objeto que tienen, y el fin á que están dirigidos. Á los jueces toca reparar esta imperfeccion necesaria, y decidir si habiendo una prueba legal deba ser el reo condenado; ó si, no obstante la falta de esta prueba, deba ser enteramente absuelto. La decision *non liquet*, ó la *acusacion es incierta*, es el temperamento precioso que puede tomar el juez en todos aquellos casos en que su certeza moral se opone al criterio legal. Por lo qual, si es necesario que se deje á los jueces este utilísimo arbitrio, veamos qué precauciones debería tomar el legislador para evitar los abusos. La primera depende de la buena distribucion de las funciones ju-

tonces observaremos tambien la importancia de este canon.

diciales, y de la eleccion de los jueces del hecho; y he aqui como hemos llegado á la quarta parte del juicio criminal.

Fin del tomo IV.