

1832

394

CONSULTA

SOBRE

LA NECESIDAD QUE TENEMOS

DE

ALGUNAS LEYES

SOBRE

PROCEDIMIENTO CRIMINAL,

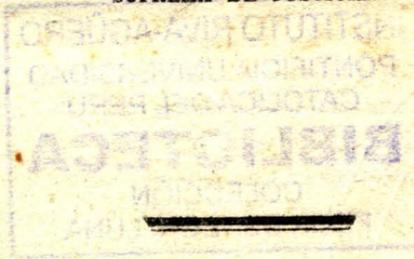
PARA IMPEDIR

LO ARBITRARIO EN LOS JUECES.

POR EL CIUDADANO M. L. VIDAURRE,

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA EXCMA. CORTE

SUPREMA DE JUSTICIA.



LIMA 1832.

IMPRESA DE JOSE MASIAS.

Derz 06137

156

COLECCIÓN

DE

LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DE

ALGUNAS LEYES

DE

LA REPÚBLICA DEL PERÚ

PARA IMPRIMIR

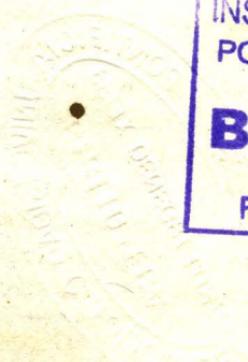
NO ARBITRARIO EN LOS JUZGOS

POR EL CIUDADANO M. E. HUANDRE

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA EXCMA. CORTE

DE JUSTICIA

INSTITUTO RIVA-AGÜERO
 PONTIFICIA UNIVERSIDAD
 CATOLICA DEL PERU
BIBLIOTECA
 COLECCIÓN
 FELIX DENEGRI LUNA



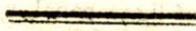
LIBRERIA

INSTITUTO RIVA-AGÜERO



República Peruana.—Corte suprema de justicia de la república peruana.—Lima y agosto 28 de 1832.—Señor secretario. Confío en la bondad de U. S. que se dignará presentar en el Senado la consulta que acompaño, y que puede decirse la principal parte del procedimiento criminal.—Con este motivo, ruego á U. S. suplique á la Cámara á mi nombre, que pasen á comision los proyectos de los códigos penal y eclesiástico presentados desde el año anterior, cuyo recibo tuvo U. S. á bien el acusarme. No instaría en ello, si dos sabios del mismo cuerpo no me hubiesen alentado diciendo, que habia allí mucho que aprovechar para nuestra lejislacion. No es sufrible, que se lea en la memoria del ministro de estado, “que aunque en diferentes épocas se han hecho varias tentativas para preparar siquiera la consecucion de esta obra, todas hasta aqui han sido completamente infructuosas”—No es asi: desde el año de 30 presenté esos mismos proyectos en el ministerio. Dije que se podian pasar copias á ambas cámaras para su examen. Fué la contestacion del Señor Dean Pedemonte, de gloriosa memoria, que el estado no se hallaba en circunstancias de hacer ese gasto. Con posterioridad el Señor ministro Leon, tomó los ejemplares precisos del eclesiástico para repartir en el Congreso, lo que creo que hasta hoy no se ha verificado.—Publiqué el discurso sobre recusaciones, y entónces ya nombrado con los M. I. S. S. Telleria, Aranivar y Mariategui para la formacion de los códigos, espuse que era mi animo presentar mis trabajos por títulos, dando en cada uno la razon de las leyes que en ellos se contenian. Era preciso que el gobierno se prestase á los indispensables

gastos. Esta clausula paralizó el decreto, pero no mis labores, que siempre han continuado y estan muy avanzadas.—Tengo entendido, que para reemplazar la última comision se han nombrado á los D. D. Ortiz Zevallos y Pardo. Sea enhorabuena pero no á costa de mi honor, suponiendo que nada se ha hecho. Yo de las doce horas del dia, nueve me empleo en escribir y juzgar; dos de la noche, en preparar mi estudio para la mañana. Soy incansable, porque jamas contemplo que hago lo suficiente para llenar la obligacion ilimitada en que está un ciudadano de servir á su patria.—Duplicará U. S. mi reconocimiento, recibiendo los mas sinceros respetos de su humilde, obediente servidor—*M. L. Vidaurre.*—Señor secretario de la Cámara de senadores.



SEÑOR:

LAS diferentes causas criminales, que se han presentado en esta Corte Suprema por el recurso de nulidad, me impelen á suplicar del modo mas sumiso al soberano Congreso por el conducto del Sr. senador secretario, para que se decidan los interesantes puntos que iré proponiendo. Esta es una atribucion del Tribunal, y no menos necesaria, que la recta administracion de justicia en los casos que nos son señalados. Carecemos aun de códigos nacionales. Vijentes casi todas las leyes antiguas, y dictadas sin órden, ni enlace infinitas modernas, la ciencia del foro ha desaparecido. Tenemos que vagar por lo jeneral en un laberinto de contradicciones. Si esperamos, que la obra de la lejislacion se concluya, y perfeccione, continuaremos largo tiempo en el abismo de las dudas. Es por esto que solicito, se decidan con preferencia ciertas cuestiones, cuyos resultados facilitarán el código de instruccion criminal.

1.^o Las cortes superiores cuando no hallan en los procesos pruebas suficientes para imponer la pena que designa la ley, la minoran á su arbitrio, segun la conciencia privada, que se forma de la culpabilidad del acusado. Es decir, el majistrado es juri, acusador y juez. Esta clausula es de tanto valor, que ella es sola bastante para que se exija la inmediata reforma de un abuso envejecido en la dinastia proscripta, sostenido por tribunales y juzgados, y heredado, por desgracia en el sistema liberal. A pesar de las agrias críticas que se hicieron de la lejislacion Hebrea, y que exageró Mr. Salvador, se confesará el mérito extraordinario, que advierte Lanjuinais. Ese gobierno debia titularse el gobierno de la ley. No era una teocracia, era una nomocracia, donde la ley era un soberano. Estoy muy distante de persuadirme, que sus códigos fuesen aplicables á otros pueblos. Pero es cierto que una nacion será feliz, siguiendo el riguroso ejemplo, de no consentir al majistrado

que hable, sino lo que halla escrito en el libro. ¡Cual fué el fin que nos propusimos al hacernos independientes? Huir de la arbitrariedad, y establecer un sistema, en que los poderes estuviesen del todo divididos. No hay libertad, si el poder de juzgar, no está enteramente separado del poder de legislar. Esta sentencia, no necesita el apoyo de Montesquieu, tiene otro mas sublime, que es la razon. Prescindamos de que se procederá muchas veces por pasiones innobles. Sean los magistrados idólatras de la justicia; esto no impediria, que los juicios tomasen la forma de la constitucion orgánica del juez: cada individuo juzga segun ella. A unos el rigor, les parece virtud; á otros el perdonar, lo contemplan una perfeccion divina. Eran muy fáciles las pruebas filosóficas de esta verdad, con un lijero extracto de la preciosísima obra de Cabanis, sobre la relacion de lo fisico, y moral del hombre. En su capítulo de la influencia del temperamento sobre la formacion de las ideas, se encontrarán argumentos decisivos. Si todos no tienen una igual configuracion exterior, ni formacion interior; si el pulmon, el pecho, el hígado son desiguales en su estension y estructura; si la bilis, los huesos, los nervios no son idénticos, no lo pueden ser sus inclinaciones, hábitos, ni juicios. La educacion, el jenio del pueblo, las leyes pueden alterar el temperamento, pero no mudar lo ni destruirlo. Dicen que Alcibiades se hizo espartano en Lacedemonia. Yo noto, que se reduce á la mujer de un rey, y que el fruto de sus amores fué el jérmén de la anarquia. ¡Pero para qué consultar á filósofos, ni historiadores? Nuestra esperiencia en los tribunales presenta un testimonio mas auténtico: observemos entre nosotros mismos—Donde la ley civil no sujeta, se despliega la ley del temperamento.

Nada mas peligroso dijo Becaria, que el axioma recibido, es preciso consultar el espíritu de la ley. Esto era abrir un torrente á la opinion. Cada hombre tiene su modo de ver, que se diversifica segun las circunstancias. El espíritu de la ley seria el resultado de la buena ó mala lójica de un juez, dependeria de la dijestion facil ó penosa; de la debilidad del

acusado; de la violencia de las pasiones del juez; de las relaciones con el ofendido; en fin de todas las pequeñas causas que mudan las apariencias de los objetos en el espíritu inconstante del hombre. Veríamos, la suerte del ciudadano mudar de faz, como de tribunales; la vida de los desgraciados dependería de falsos raciocinios, y de la fermentacion actual de los humores de un juez dispuesto á tomar el resultado vago de nociones confusas, que flotan en su espíritu, por la interpretacion de la ley. El mismo magistrado no castigaria igualmente los mismos crímenes, porque se entregaria á la inestabilidad engañosa de las interpretaciones, en lugar de escuchar la voz siempre constante de las leyes. Me horroriza la ley 13, tit. 24, lib. 8, de la recopilacion en el cap. 6, en que se reprende á los jueces de su nimia indulgencia, y se ordena se imponga á los reos la pena capital segun la espresion literal, ó equivalencia de razon de las leyes—¡Pena de muerte por interpretacion! ¡Santa filosofia! El mismo criminalista filósofo continua "con leyes penales, siempre literalmente ejecutadas, el ciudadano vivirá tranquilo á la sombra de la seguridad pública, él gozará del fruto de la reunion de los hombres en sociedad, lo que es justo."

Siendo para mi la fuente pura de los códigos racionales los artículos de los derechos del hombre y del ciudadano, esforzaré con ellos los pensamientos de Beccaria. El tercero dice: el principio de toda soberania reside esencialmente en la nacion. Ningun cuerpo, ni individuo puede ejercer autoridad, que no derive espresamente de ella. Ninguno puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida anteriormente al delito: de estos santos dogmas deduzgo mis consecuencias. El magistrado que asigna una pena, distinta de la que la ley previene, usurpa la soberania y perjura. El ha jurado juzgar con arreglo á las leyes, y él no juzga, sino segun sus opiniones personales. Trastorna el sistema social, que ordena castigar con arreglo á la ley promulgada. Bentham criticando este artículo, como lo hizo con los demas, por un odio descubierto al gobierno de Francia, dice, que es imposible formar una ley para cada caso, y que variando uno de otro no se guardaria

proporcion sin aumentar ó disminuir. Erró ese hombre ilustre en esta parte de sus obras. Erró tambien Lardizabal contra sus mismos principios. En los crímenes se distinguen siempre la naturaleza principal y los accidentes. La naturaleza es conocida y los accidentes pueden sujetarse á una rigurosa escala. En los mas comunes, cuales son el homicidio, y el hurto, nuestras leyes antiguas los distinguen con escrupulosidad suficiente. En cuanto á cómplices, materia de que me encargaré á su tiempo, hay bastante obscuridad, pero muy facil de remediarse con leyes claras y espresas. Empero, cuando no se lograra una exactitud matemática, prescindir de pequeñas diferencias, seria un mal mucho menor, que dejar la imposicion de la pena al arbitrio de los jueces.

Tambien debe atenderse que Bentham, cuando juzgaba, que era dificultoso, que una ley abrazase la jeneralidad de los hechos, no opinó, que las pruebas se aumentasen, ó disminuyesen de aquel grado necesario para producir la certidumbre legal. Este grande defecto de la legislacion inglesa no habia de seguirse por un escritor justamente elogiado. Los amantes de la humanidad enseñan por el contrario, que cuanto mayor sea el delito, mas escrupulosidad se guarde en la prueba. Asi el caso en consulta es muy diverso de aquel sobre que escribe Bentham. Tratamos de cuando se mira la pena, por no contemplar perfecta la prueba. Prueba incompleta no es prueba, segun la enérgica espresion de un criminalista moderno. ¡Cuantos ejemplos presenta la historia de la judicatura de victimas sacrificadas por jueces que el horror al delito lo estendieron á las personas! Ninguna ley mas respetable que la 12, tit. 14, Part. 3.^ª Por ella se manda que las pruebas sean sin tacha, y jamás se proceda por indicios ni presunciones, capaces de ser desvanecidos con el tiempo, ó por circunstancias, que no se tubieron presentes al tiempo de sentenciar. Es por esto que Bail en su recomendable obra de lo arbitrario en las instituciones, crítica con justicia á Beccaria, cuando alaba la deportacion en los casos, que los crímenes no son probados. Donde no hay prueba legal, dice, no hay deli-

to. Si se engañó Beccaria, ¿quien será tan osado que se presume infalible en sus conceptos?

Cuando el juez se vé sin la prueba que requiere la ley, y por otra parte existen algunas, que inclinan su animo á fallar contra el acusado, el medio és el que con prudencia insinua Gutierrez en su practica, que absuelva de la instancia. Yo lo pondria en libertad, afianzando de asistir al juicio cuando se abriese de nuevo. Esto iguala en la lejislacion al absolvo, condemo, non liquet. Pero no debiendo permanecer eternamente bajo de fianza el que fué acusado, y dismintiendo su conducta posterior las sospechas contra él; despues de algun plazo se le absolveria de un modo difinitivo: su honor lo demandaba: aun los medios de susistencia, se le harian dificiles permaneciendo largo tiempo en incertidumbre sobre el resultado de un juicio criminal.

Respetando humildemente la decision del Soberano congreso, pondria la ley en estos terminos.—Es prohibido á los jueces aumentar ó disminuir las penas señaladas por la ley: en caso sumamente extraordinario se consultará al cuerpo lejislativo.—Los jueces con arreglo á las pruebas ó condenarán, ó absolverán difinitivamente, ó absolverán de la instancia.—El absuelto difinitivamente no podrá ser juzgado segunda vez por el mismo delito.—El absuelto de la instancia quedará subjudice.—No aumentadas las pruebas contra él en dos años, con la de una conducta arreglada, será absuelto difinitivamente.

2.º El objeto de la consulta antecedente me conduce á otro punto, que no interesa menos. ¿Cuales son las pruebas en lo criminal para sentenciar á un reo? Convento con el filósofo de Italia en que el juez ha de proceder por una certeza moral. El la define: el estado del animo seguro de la proposicion, que respecta á la existencia de un hecho, que no ha pasado á su vista. En verdad, aunque lo haya presenciado, su testimonio personal no dá valor ninguno á lo que resulta del proceso. El debe juzgar, como si no hubiese visto cosa alguna. La certeza moral, debe ser la legal producida por pruebas lejitimas. Su concepto privado en nada ha de influir. Si no se decreta asi, quedamos es-

puestos á la arbitrariedad. Clasificar las pruebas es un trabajo bastante delicado y escabroso; sin embargo es preciso entenderlo.—Presente lo que se ha escrito por los autores mas recomendables antiguos, y modernos, indicaré mi dictamen no sujetandome servilmente á sus doctrinas.—Sirvame de norte la ley 8.ª título 14 Partida 3.ª En ellas se hallan las diferentes especies de pruebas. Estas son otorgamiento ó conocimiento; testigos idoneos, y que dan razon de su dicho; instrumentos publicos; vista del juez; reconocimiento de peritos; opinion publica. Me será permitido valorizar cada una de estas clases.

Escluyo la confesion del reo: su voz debe ser oida en su favor, y cuanto diga tenerse por no escrito, si es en contra de él. Respetese la naturaleza en un pueblo libre, no se violenten sus leyes eternas. El acusador, el acusado, los testigos, y el juez deben ser personas enteramente distintas. ¿En que rango se coloca á un reo que habla contra si? ¿En la de acusador? Es un delirio. ¿En la de testigo? ¿Como se dá un entero crédito á lo que depone contra si mismo; y se desprecia lo que alega en su favor? ¿Es juez? Esto seria ser suicida. Mucho se ha escrito sobre esta materia desde que la razon esclarecida puso el pié en la cabeza del monstruo de la ignorancia, que produjo á la supersticion y el fanatismo. Jamás creeré que el hombre, sin que se le haga esfuerzo, refiera un hecho que lo arrastra al cadalso. De cien confesiones que se han supuesto espontaneas, fueron noventa y nueve arrancadas por la esperanza, el temor, la desesperacion ó el engaño. Si mi opinion es erronea; tambien fué la de Philangieri en su canon 4.º Se ha proscripto el tormento en toda nacion civilizada ¡pero se ha privado al juez del poder de seducir, prometiendo, y de las pinturas aterrantés de un Dios vengador, que arroja al falso á los infiernos, y que se duele del pecador que confiesa su culpa? ¿No se atemoriza al acusado con una larga y penosa prision, si niega el hecho? ¿No se le espanta, suponiendo pruebas en el proceso que no existen? Felices seriamos, si mis clausulas fuesen unicamente vanas decla-

maciones. El Ingles suple la falta de un testigo con la confesion del reo. Hasta el furioso gobierno de la cruel Maria, y del sanguinario Philipo, recuerda Blackstone, que la ley comun no admitió la confesion por prueba. Pero oh ¡contraste de la ley Inglesa y de la costumbre! Todos auxilian al reo incluyendo los jueces, para que no se perjudique en lo que profiere. ¡Y la pena fuerte y dura? Silenciémosla. Nosotros mas bárbaros, sin testigo ninguno, con la sola confesion, y la existencia del cuerpo del delito, haciamos conducir á la horca á un inocente.

Cuasi con igual razon escluyo al co-reo. La ley 21, titulo 16, partida 3.ª aunque publicada en los siglos de la ignorancia es muy sábia en esta parte. El co-reo en el momento que es preso, se hace por lo comun un enemigo de su compañero en el delito. Procura captar la voluntad del juez. Presume, que el medio mas seguro es mezclar á muchos en el crimen. Pone su mayor estudio en que todas las circunstancias agravantes recaigan en el cómplice: en una palabra, jamas dice la verdad. Por desgracia hé sido juez en pleitos en que no hubo otros testigos que los mismos delincuentes; y con tan falible prueba fueron sentenciados á muerte.—Los innumerables tratadistas, que han escrito sobre esta materia, no pudiendo chocar de frente la ley, distinguen entre los delitos, que pueden cometerse sin compañía, y aquellos en que és absolutamente necesaria. Numeran entre estos el adulterio y la sodomia. Podian agregar al ladron de caminos, al simoniacó, al emponzoñador. Nada mas defectuoso que este jenero de pruebas. Ellas se contradicen con las leyes, que repelen el dicho del que está en prision y del infame. Aun mas viles en sus doctrinas, agregan las causas, que llamaban privilegiadas, como las de majestad divina y humana. Se fundan para ello en la ley 8.ª del titulo y Partida que cité. Por esta, son admitidos los testigos menos idoneos en aquellos procesos que por su misma gravedad exigen mayor escrupulo y delicadeza en el examen de las pruebas. En los crímenes atroces y en los de difícil prueba no los repelen. ¡Cual

es la consecuencia de esas inhumanas doctrinas? Que hay muchos casos en que el juez no tiene que desvelarse por buscar la verdad. Hoy por nuestras leyes fundamentales estamos fuera del caso de duda. Sobre hecho propio criminal, ninguno puede prestar juramento; por consiguiente, no puede en su declaracion servir de testigo contra otro: el juramento es un requisito sin el cual no tiene valor el dicho del testigo. Presenté proceso en el que tomada la instructiva del reo sin juramento, se le recibió otra declaracion jurada para que sirviese de testigo. ¡Que abominable fraude á la ley! No se opongan nuestros códigos á la buena fé: no aumentemos la corrupcion del criminal. ¡Servir de testigo un amante contra su amada! ¡Prestar el oido al dicho de un joven desmoralizado, cuyo primer paso fué una prostitucion execrable! ¡Auxiliar la causa del fuerte! ¡Imponer una pena cierta con una prueba dudosa! ¡Que habriamos adelantado con las luces esparcidas en los siglos 18 y 19 si nuestros procedimientos en asuntos criminales no se distinguian de los que enseña Farinacio?

Convencido de lo que pueden en el espiritu los prejuicios de autoridad, afianzados por el tiempo, no se me notará, que sobre la confesion del reo y de los co-reos haga un ultimo argumento. En la sociedad, el derecho de castigar, emana de los derechos y obligaciones de los hombres en el estado de naturaleza.—No podemos tomar otro principio sin caer en el materialismo. Entonces el hombre no tenia derecho, para precisar á un igual á que confesase la accion mala que habia ejecutado; el mismo criminal no estaba en obligacion de ello. Era contrariar el decreto divino, que nos exceptua, de entregarnos voluntariamente al suplicio. Si en el delincuente no habia obligacion de confesar, en el ofendido no habia derecho para hacer que confesase. El pacto social no puede estar en contradiccion con el derecho eterno. De aqui adelante, declaraciones de reos y co-reos, sirvan para investigar, pero no para decidir.

Desprendido de la primera parte de las pruebas que son las confesiones, paso á la segunda, que es la de testigos. En esta tambien me separo de las leyes antiguas, y de los autores. Por

la ley 8.ª título 16. partida 3.ª no eran admitidos como testigos el de mala fama, el que dijo falso testimonio, falseó carta, sello, ó moneda, el que recibió dinero por no decir la verdad, el emponzoñador, el casado, que tiene barragana, el homicida doloso, el forzado, el que sacó mujer de los claustros, el que casó con parienta en el cuarto grado, el alevoso, el infame, el loco, el ladron, el robador, el alcahuete, el taur, la muger que se viste de hombre, el muy pobre y vil. Es mi opinion separar unicamente al loco, y al perjuro. Para con el primero, el motivo es manifiesto. El segundo, tiene contra sí la presuncion de que el malo siempre se contempla, que lo será en la misma especie de delito. Así: su declaracion se tomará para investigar, y solamente será util apoyada con otras. La regla inconcusa es, medir el valor del dicho de los testigos por el interes que tengan en faltar á la verdad ú obscurecerla. Ninguno á quien aproveche ó perjudique la declaracion, podrá ser testigo.

Los criminalistas que hallaban en la ley de partida un muro insuperable para sus juicios, comprometidos con la dificultad de que quedasen impunes muchos delitos por falta de prueba, y no siendoles desconocidas las mismas razones que reunió con posterioridad el elocuente Philanguieri, utilizaron infinito sobre la palabra *idoneos*: equivalente de buenos testigos—En ciertas ocasiones tenian por *buenos testigos* los que en otras no lo serian. De un crimen cometido en una taberna, un lupanar, una casa de juego, no pueden ser testigos, sino individuos de mala fama, viles y tachados. Pero estos mismos dirán la verdad, sino tienen interes en desfigurarla. Ninguno aumenta sus crímenes sin provecho, á no ser un fenómeno en la abominacion. Conciliando sin embargo, la calidad de las personas y la necesidad de oirlas, se podria decir, que siendo los testigos reprobados por la ley de partida, no hiciesen prueba menos de tres contestes, que diesen razon de su dicho; siendo esta, la de haber estado presentes al hecho que se trata de justificar, ó de haberlo oido á otro sujeto conocido, cuya cita sea facil de absolver.

Entre los testigos son tambien de distinguirse aque-

llos que nunca deben ser recibidos, los que recibidos pueden ser tachados por las partes, y los que declararán, para que se indague, sin que hagan prueba por sí mismos. Ningun ascendiente ni descendiente, el marido, ni la mujer, el colateral en el primer grado no lo pueden ser. Si se les coaccita á que declaren, es una tiranía; si voluntariamente se ofrecen, debe huirseles como á unas fieras. Nunca pecaremos en ver con demasiado respeto á la naturaleza. Ese fué, ese es y será siempre mi estudio. El testigo recibido puede ser tachado por amistad, enemistad, parentesco ó otras causas, que no se tuvieron presentes al tiempo de hacer su declaracion—El menor de catorce años, y el loco que tiene intervalos, podrán esponer lo que sepan sin juramento, utilizando lo que digan, para proporcionarse una prueba completa—La relacion de oídas, ó sin especificar la causa de saber lo que se declara, no será admitida. Disminuyamos el volumen de los procesos, muy semejantes á aquellos arboles que abundan en hojas, y en los que el fruto es muy mezquino.

Los testigos habrán de recibirse, presente el reo. Podrá este, hacerles reflexiones, recordarles hechos, ofrecer pruebas de lo contrario que esponen. Si se trata de palabras que espliquen, las que precedieron y siguieron, y el tono con que fueron proferidas. En fin, cuanto pueda conducir al esclarecimiento de la verdad. No hubo diligencia mas ridicula, que la de citar al reo para que viese jurar á los testigos. Al acto se le dió tanta importancia, que se declaraba nullo el proceso en que faltaba este rito. Aseguro que me es desconocido el objeto, á no ser con el fin de que el reo conociese al testigo y pudiese tacharlo, cosa que siempre tenia lugar al tiempo de hacer su defensa—Con el mismo fundamento y para mantener la igualdad entre las partes, estará presente el fiscal, el que tendrá la facultad tambien de preguntar y objeccionar, la que será comun al juez que preside al acto. Inmediatamente que se reciba el dicho de un testigo en contra del reo, si este cita otro ú otros para contradecir el hecho, serán llamados á declarar, sin dar con la demora ocasion de prepararlos y sedu-

cirlos. Si así no fuese, concluida la prueba contra el reo, á la que también estará presente su abogado para ayudarlo con sus consejos y luces, se le preguntará, si tiene alguna prueba que dar. Si contestase que sí, serán acto continuo recibidos sus testigos, de tal suerte, que la causa no pase al fiscal para poner la acusación, sin estar completas ambas pruebas. Tal vez se me increpará con la dificultad, que habrá de convencer al reo, mediante tantas precauciones. No es así: ellas todas se dirijen á esclarecer la verdad, gemela con la justicia, á separarnos de los juicios inquisitoriales, y cuasi inquisitoriales, con que el juez se declaraba un enemigo del acusado, se regocijaba en hallar pruebas contra él, y veía con desagrado las que le favorecían. Las causas criminales se alijerarán infinito. Será inútil el término de prueba. Concluido el sumario, pondrá su acusación el fiscal en un ligero y perentorio término, y responderá en igual plazo el reo. Si se halla algún nuevo testigo, ó se pide alguna diligencia verdaderamente necesaria al esclarecimiento del delito, ó á las excepciones del acusado, tendrá esto lugar hasta el punto mismo de la sentencia, ó en la segunda instancia. No dudaría en afirmar, que con tantas cautelas, podía suprimirse la tercera instancia.

Yo redactaría la ley en estos términos.—En las causas criminales todos pueden ser testigos—Se exceptúan los que tengan interés en la causa—los ascendientes y descendientes—El marido, y la muger—El colateral en primer grado—El convencido de perjurio—Si el testigo ó testigos fuesen de los tachados por la ley de partida, se necesitarán para hacer prueba tres, siendo bastantes dos, cuando son intachables—La declaración del menor y del loco que tiene intervalos, se recibirán para indagar sin juramento—Los testigos en favor del reo se admitirán al mismo tiempo, que los que sean en contra de él—No se admitirán testigos de oídas, que no den razón de su dicho, ni referentes sin relato—El reo podrá reflexionar con el testigo y recordarle hechos, lo mismo será permitido al fiscal, y al juez—Al acto estará presente el abogado del reo para auxiliarlo en sus contestaciones y preguntas.

Paso á la prueba por escrituras. Si fuesen posibles las públicas, serían las mejores contra los crímenes. No quedaba al reo otra defensa que la de falsedad—en que puede admitirse la prueba testimonial contra la instrumental, como advirtió D' Aguesseau. Pero estos casos son muy raros. No así las escrituras privadas ó papeles simples. En ellas es preciso el reconocimiento de la persona á quien se atribuye. Si reconoce la letra, deberá consentirse que alegue cuanto quiera, sobre los objetos del papel. Se recibirán los testigos que presente en comprobación de sus excepciones, y á todo estará presente su abogado y el fiscal, el que por su parte también podrá presentar testigos que contradigan. Si niega ser suyo el papel, será preciso ocurrir al cotejo y al examen por peritos, sino pudiesen presentarse testigos delante de los cuales se escribió. Con esta prueba será ya inútil el cotejo, siendo muy juiciosa la ley 119. título 18, part. 3. ^o El cotejo y examen por peritos, si en los siglos pasados no se tuvo por prueba suficiente, en lo que están convenidos nuestros autores, y también los más celebres extranjeros como el Blackstone, y D' Aguesseau; si en otras edades ha sido esta una prueba muy equivocada, hoy para mí no sale de la clase de un ligero indicio. El inicuo arte de falsear las letras ha tocado su infame perfección. Esto mismo le ha hecho, que no surta el efecto que antes producía. Ya vale poco en la política, y en los tribunales. Negado el papel por el autor que se le supone y no habiendo otro comprobante, el juez debe desatenderlo y absolver definitivamente al acusado. Podría la ley ser la siguiente—La escritura pública hace plena prueba—Contra ella se admite la excepción de falsedad—Podrá esta probarse por otro documento igual ó por testigos libres de tacha.—El número de testigos para justificar la falsedad será á lo menos el de cuatro.—El documento privado reconocido hace prueba como la escritura.—El cotejo y examen por peritos no produce más que un ligero indicio.

Entro en la parte más delicada de las pruebas. Es esta la de presunciones. ¡Cuanto han escrito sobre ello criminalistas, civilistas y canonistas! Ellos distinguen la *juris et de jure*, la *juris*,

la ex-homine. Contra la primera no admiten prueba, si contra la segunda, y á la tercera la desatienden. Mr. Berville en la crítica con elojio de Legingston sobre su proyecto del código penal dice: "Nos parece que en materias de castigo no deben haber presunciones de derecho, y que la ley usurpa el ministerio del juri, cuando declara con anticipacion como regla jeneral é inflexible, que tal ó tal circunstancia, será prueba de culpabilidad. La ley no puede repulsar sin tirania la prueba de inocencia, cuando se ofrece." Sin duda se trataba de la presuncion juris et de jure. Y tenia razon Mr. Berville. Quien leyere en Pitaval la causa celebre del Sr. Anglade, conocerá, quanto se arriesga el juez que decide por indicios. No obstante, Philangieri, el sensible Philangieri la admite como prueba para condenar al reo, concurriendo el número suficiente que asegure el animo del juez sobre la certidumbre del hecho. Enseña, que los unos no sean deducciones de los otros, sino enteramente distintos, del mismo modo que lo son los testigos. Respeto á un maestro que me enseñó ahora cuarenta años; pero sin detenerme en su autoridad, pondré dos limitaciones. 1.ª que jamas por ellos se imponga la pena de muerte. 2.ª que solo se admitan en los crímenes de naturaleza clandestina. Sigo en esto el derecho Romano, y á los practicos españoles. Para establecer mi opinion me valgo del mismo ejemplo, que aduce Philangieri, y el que reune á su parecer el número necesario á una sentencia condenatoria. "Supongamos, dice, que se halle un hombre muerto, y en su pecho el cuchillo homicida. Contra el acusado se fundan los siguientes indicios. Dos testigos idoneos afirman, que hallandose en lugar poco distante de aquel, donde quedó el cadaver, en el momento mismo, que fué cometido el delito, vieron al acusado huir despavorido. Otros dos aseguran haberlo visto manchado de sangre. Dos haberlo visto comprando el cuchillo, que se dejó en el pecho del muerto." Esta llama una prueba perfecta. Acaso no lo será. El pasar huyendo, puede provenir de mil causas. Entre ellas el haber sido sorprendido por un marido. Las manchas de sangre, ser causadas por una emorragia. El

cuchillo ser el mismo, pero haberselo robado y usar de él un enemigo para implicarlo, ó hacerlo autor del crimen. Están desvanecidos los indicios. Son verdaderas las excepciones y no es posible el probarlas. ¡Jueces! ¡Sentenciareis á muerte por conjeturas? Se dirá que compongo una novela. ¡Y carece esta novela de probabilidades? Si escluyo los indicios del número de las pruebas para imponer la pena de muerte, los admito para todas las otras en los hechos clandestinos. Lo contrario sería pulsar la filantropía, hasta el grado de necedad. Deseo aun señalar aquellos que se tengan como instrumentos, ó testigos segun el sentido de la ley de Roma.

Con respecto á hurtos.—Hallarse la especie robada en poder de una persona de mala fama, que no justifica el medio como lo adquirió, será suficiente para imponerle la pena designada por la ley. No es esta una doctrina desconocida, y nueva. Sorprender á un vago sin papel de la policia en el campo, con armas, y que no dé razon de su destino, será bastante para tenerlo por salteador. Hallar á otro de la misma clase con llaves maestras, escalas ú otros instrumentos proporcionados para hurtar y perforar, es una prueba completa de ser ladron. El Mateu la contempla justa y refiere el lugar donde es admitida la ley. Comprar una especie en valor escandalosamente menor respecto del que tiene en si, se juzgará por prueba de receptacion y se impondrá tambien la pena de la ley.

Los jueces hallando, que la 14 título 18 parte 7, castiga con el último suplicio á los receptadores, y que la de Castilla iguala su crimen al de los autores principales, se han sorprendido al asignarla, y se les ha caido la pluma de la mano, procediendo de un modo arbitrario. No habiendo ya tal pena, serán mas exactos en aplicar la proporcionada.—El Sr. Lardizabal en su bellissimo discurso sobre las penas, dice, que el receptador no siempre es culpable, ni digno del mismo castigo. Este sabio español escribe con la mejor filosofia, y tubo una practica muy dilatada de tribunales. Empero, hay casos en que no es posible seguir á los grandes hombres. En las sociedades hay cosas prohibidas y penadas por ser intrin-

263
sicamente malas, otras malas y penadas por prohibidas. Firmemente persuadido, que no habrán ladrones, sino hay receptadores, la ley que iguale el castigo, será una ley preventiva de esa clase de crímenes. Sepa el hombre que si se halla la especie robada en su poder, no da razon del modo honesto como la adquirió, ó que la adquirió ó puso en su poder persona que no estaba en aptitud de poseerla por contrato lejítimo, queda sujeto á una pena infame, será muy difícil que se hallen receptores y disminuirá infinito el numero de los crímenes. No me estiendo sobre esta materia, porque esto toca al código penal, y mis ligeras observaciones solo recaen sobre el de instruccion.

Otro de los delitos de naturaleza oculta, es el adulterio. La ley 3.ª título 4.ª libro 3.º del fuero juzgo concede al marido poder acusar á la mujer, por señales, ó presunciones. Pero esto es muy vago. ¿Cuales serán los indicios? ¿Será casarse la mujer con el absuelto en acusacion de adulterio, muerto el marido segun la ley 11 título 17 partida 7.ª? De ningun modo. Este segundo vinculo será inocente en muchas ocasiones. Serán los indicios: papeles amatorios, hallados en poder de la mujer, aunque esta niegue pertenecerle, sino prueba la excepcion: lo serán acciones livianas, que testifiquen los domésticos: y lo será sobre todo, continuar comunicando con el individuo, que el marido tiene por sospechoso, y á quien ha dicho de un modo espreso, que evite en adelante comunicaciones con su mujer. La rigurosa observancia de la ley 12—Uno solo de estos indicios será suficiente prueba.

No escribo sobre la Simonia, porque esto corresponde al código eclesiastico.

Rescapitulando lo dicho en un proyecto de ley diria—No se imponga jamas pena de muerte por indicios, por fuertes que parezcan—Admitanse en los crímenes de naturaleza oculta—Tres indicios enteramente distintos hagan prueba completa.—La especie robada que se halla en poder de un vago de mala fama, sea prueba suficiente para imponer la pena de hurto.—Al que es sorprendido en los caminos con armas sin resguardo de la policia, ni destino, castiguese como salteador.—El que compró la

especie con rebaja escandalosa de su precio intrínseco, sea castigado con la pena del ladrón —En el adulterio los villetes amatorios, y la comunicacion con la persona, que el marido tuvo por sospechosa, sean pruebas bastantes del crimen.

La vista de ojos del juez, y el examen de peritos, solo serán pruebas para el cuerpo del delito. Advirtiendo, que si el reo presunto está presente, estas diligencias se harán con su citacion.—En su defecto se le nombrará un defensor que haga sus veces. Podrá nombrar por su parte un perito que concorra con los elejidos de oficio.

Con este motivo haré una lijera anotacion. En los crímenes de estrupo el reconocimiento de los peritos solo formará una semiplena prueba. Los físicos modernos y principalmente el Morel de Rubemperé en sus obras publicadas el año de 29, y 30, manifiestan lo posible, que es engañarse en los signos. Si el argumento no fuese de la especie que és, le daría mayor ampliacion.

Concluyó las pruebas con las de fama publica. Esta debe ser enteramente despreciada, y no admitida, si los que declaran no refieren hechos particulares. ¡Que facil es acabar con la honra mas acendrada, divulgandose mentiras por enemigos ocultos! El justo Aristides fué acusado de corrupcion. Hoy nadie lo cree: entonces habrian muchos á quienes conviniese eclipsar su virtud—Terrible es la calumnia, muy terrible en las repúblicas donde los perversos para elevarse, necesitan destruir el mérito del ciudadano virtuoso.

Estas tres partes podrian reducirse á LL. muy breves—Vista de ojos del juez, y reconocimiento de los peritos, solo servirán para probar el cuerpo del delito—Estas diligencias se practicarán con citacion del reo, ó de un defensor en su ausencia—El reo, ó el defensor podrán nombrar un perito que asista con los elejidos de oficio—El reconocimiento en caso de estrupo, solo hará semiplena prueba—La fama pública sin sostenerse en hechos justificados, será despreciada.

Siguese un delicadísimo punto digno de decidirse por el Soberano Congreso. En él no están conformes las opi-

564

miones de esta Corte Suprema. Este es, sí, consultada la sentencia, no apelada por el fiscal de la primera instancia, ni por el de la Corte Superior, á quien se pasan siempre los autos en vista para examinarlos, podrá aumentarse la pena de oficio, y sin requerimiento de persona publica, ni privada? En los criminalistas españoles modernos, se nos dice que para hacerlo se necesita retener la causa. Lo fundan en el auto acordado de 16 de octubre de 1825. Es evidente: si no se abre una segunda instancia, no se puede pronunciar nuevo fallo, cual es el aumento de la pena. Pero todo esto es aun incompleto. No basta retener la causa. Es indispensable que la segunda instancia se formalice. Para ello se requiere oír al reo y al acusador. Al reo debe citarse de nuevo. No es lo mismo citarlo para la remision en consulta, que citarlo para que esfuerce sus defensas en una segunda instancia. Toda instancia es nula, si se prescinde de la primera citacion. Seria proceder contra inauditam partem.

La mayor dificultad consiste en el caso, en que el fiscal lejos de interponer la apelacion, pida espresamente que se confirme la primera sentencia, como en sí se contiene. Si el tribunal aumenta la pena del reo, es indefenso en la 2.^a instancia. No habiendo oido las razones que se tienen para agravar el castigo, no puede contestarlas. Dirémos que, el tribunal guardaba en secreto un puñal para mostrarlo cuando el infeliz carecia de medios de defensa. ¿Que se hará? Algunos señores de muy distinguidos conocimientos han pensado, que uno de los vocales que retubieron la causa, haga de fiscal. No sigo ese medio. Nada para mí mas grave, que mezclar la representacion de juez y de parte. El fiscal lo és. A lo que se agrega, el que seria un escandalo, que pusiese su recurso ya confabulado con los jueces, para opinar en el juicio. El abogado debe ser del todo independiente, y el fiscal es un abogado. Obligar á que apele el mismo fiscal propietario, es una tirania, violentandolo á obrar contra su concepto y conciencia. Era en cierto modo hacer el tribunal de fiscal. Lo mas conforme juzgo, que será el que se nombre un otro,

si no hubiesen dos como deben haberlos en todos los tribunales.—Si el segundo pide, como el primero la aprobación, y no apela, ya entónces el juez de oficio podrá aumentar la pena. Sostengo mi dictamen, en que en el mismo hecho de pasarse la causa á ese segundo fiscal, queda prevenido el abogado, que se duda, sobre si se debe confirmar ó revocar. El espondrá la ley como le parezca mas favorable á su clientulo, y el juicio será perfecto. Y no se crea, que falta una de las partes, por no haber habido acasador—Habla la ley por sí, cuando sus defensores la desatienden.

Propongo la ley en estos términos. Consultada la sentencia, pasará al fiscal.—Si este no apela, debiendo hacer, el tribunal retendrá, citará al reo, y dará vista á un nuevo fiscal.—Si este segundo aun no apelare, se entregarán los autos al defensor del reo como si hubiera habido apelacion.—Con lo que diga en el término ordinario, se procederá á la sentencia.

Un suceso bastante grave me impele á pedir una ley. Vino por equivocacion á la Corte Suprema un proceso. Presumió el fiscal, que no habian sentenciado los cinco jueces. No fué así: este ministro reconoció que el número era completo. Cinco habian concurrido, pero con nulidades espantosas. Yo queria que se declarasen, pero mis compañeros me convencieron de que careciamos de jurisdiccion para ello. No se habia interpuesto el recurso en tiempo legal, y por parte lejitima. ¡Que dolor ver conducido un indefenso al cadalso y no poder impedirlo! Desde entónces me propuse suplicar encarecidamente al soberano congreso, dictase una ley para que antes de pasar al presidente de la república por la prerogativa los autos, para conmutar ó mandar ejecutar la pena de muerte, se remitan á la Corte Suprema. Esta al dia siguiente examinará si hay alguna nulidad, presente el fiscal. Si la hallase, los devolverá á la corte superior para que la subsane. Si no la encuentra, los elevará en el mismo dia al ejecutivo sin informe ninguno, para que use de la prerogativa. La demora es de un dia solo. El bien que resulta á la humanidad, y

á la recta administracion de justicia es imponderable; se aumenta nuestro trabajo, pero ¡que trabajo mas útil que el que se emplea en servicio de Dios, de la Patria, y del hombre!

Nada mas justo que quitar del catálogo de los criminales las usuras. Abomino repetir en mis obras los mismos pensamientos. El proyecto del código penal está en las cámaras; allí se puede leer cuanto hé espuesto sobre esta materia. El interes que paga el gobierno habilita al ciudadano para iguales contratos con los particulares. Sin embargo, mientras no se promulga la ley, el juez que está obligado á juzgar con arreglo á las existentes, tendria que hacerlo contra su razon y convencimiento. Las leyes se han de aplicar como estan escritas, mientras el lejislador no las revoca, ó reforma.

Estos son los casos que me parece exigen una pronta resolucion. En cada uno de los señores que componen el Congreso, se hallan luces muy superiores á las mias. El público descansa confiado en su sabiduria, como en el ardiente deseo de darnos las mejores, mas útiles y proporcionadas leyes. Lima y agosto 28 de 1832.

República Peruana.—Ministerio de gobierno y relaciones exteriores—Casa del gobierno en Lima á 16 de diciembre de 1830-11.—Tube la honra de recibir la apreciable nota de US. fecha 10 en que se sirve proponerme se le tomen unos ejemplares de los proyectos de códigos criminal y eclesiástico para que se distribuyan entre las cámaras lejislativas, pero como las angustiadas circunstancias del erario no permiten que se haga este desembolso, el gobierno siente no acceder á dicha indicacion, y por lo tanto puede US. disponer de los ejemplares.—Soy de US. muy atento servidor—*Carlos Pedemonte.*—Sr. Dr. D. Manuel Lorenzo Vidaurre, vocal de la suprema corte de justicia.

República Peruana.—Ministerio de Gobierno y relaciones exteriores—Casa del gobierno en Lima á 25 de noviembre de

1831-12.—Sr.—En vista de la aprecible comunicacion de US. fecha 15 ha dispuesto S. E. que se le paguen por los fondos destinados para gastos de escritorio del ministerio de mi cargo los cincuentas pesos que importan los cien ejemplares del tratado de recusaciones, que ofrece entregar para que se distribuyan á las cámaras.

Solo la consideracion de servir á US. el dinero para el pago de la imprenta, ha podido inclinar al ejecutivo á disponer la compra, pues los ahogos del tesoro son tales y tan urgentes, que absolutamente permiten en lo sucesivo emprender gastos de la naturaleza del presente. Soy de US. atento servidor—*Matias Leon*.—Sr. Dr. D. Manuel Lorenzo Vidaurre. Presidente de la Corte Suprema.

Por estas dos notas se viene en conocimiento, que no se han presentado los proyectos de todos los códigos, por haberse negado el gobierno á los gastos mas precisos. Puede ser que los nuevamente encargados sean mas felices. Logrando los auxilios necesarios, podremos tener una legislacion propia, no la copiada de otros paises. Montesquieu dijo, que debia ser proporcionada á la religion, clima, y costumbres. Es menester que se estudie el carácter del peruano para dar leyes al Perú.