

ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL INDIANO SEGÚN LA DOCTRINA DE LOS FISCALES JOSÉ MÁRQUEZ DE LA PLATA Y MANUEL GENARO DE VILLOTA (1784-1810)

ABELARDO LEVAGGI

Universidad de Buenos Aires

1. INTRODUCCIÓN.

Como lo hice en otra ocasión con el derecho penal ¹ me propongo ahora tratar algunos aspectos del derecho procesal indiano, principalmente del procedimiento criminal, a la luz de la doctrina de dos fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires: José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota, a cuya vida y obra dediqué sendos libros ².

Como, también, lo dije otras veces, en una época en la cual el estilo judicial vigente era, en principio, de no fundamentar las sentencias, o de no abundar en fundamentos ³, la opinión de los fiscales, expresada en sus vistas, y en sus defensas y alegatos cuando tuvieron que actuar como protectores de naturales, adquirió una importancia especial, sobre todo cuando las sentencias coincidieron con ella ⁴.

En el curso de su actuación, los ministros bonaerenses tuvieron la oportunidad de ocuparse frecuentemente de cuestiones procesales, casi siempre referidas al procedimiento criminal. Esto es explicable porque el fiscal era una parte necesaria en esta clase de causas, en tanto que en las civiles sólo fue parte por

1. A. LEVAGGI, "Aspectos del derecho penal indiano según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota", en *Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel. Anales de la Universidad de Chile*, 20 (1989), Santiago de Chile, 1990, 297-333.

2. A. LEVAGGI, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, 1981; e ÍDEM, *El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Buenos Aires, 1988, tres tomos (en adelante: MGv y JMP, respectivamente). Además: A. LEVAGGI, "El concepto del derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 11, Santiago, 1985, 245-259; e ÍDEM, "Método e ideología de un fiscal de la Audiencia de Buenos Aires: José Márquez de la Plata", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 1-1989, México, 1989, 95-112.

3. A. LEVAGGI, "La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano", en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires, 1978, 45-73.

4. Sobre la institución del fiscal, además de mis dos libros citados, ver: E. MADRID REBOLLEDO, "El ministerio público en el Derecho indiano", en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, *Memorias de licenciados. Historia del Derecho*, VI, Santiago, 1950, 15-104; F. DE ARVIZU GALARRAGA, "El fiscal de la audiencia en Indias y su paralelo castellano (siglos XVI y XVII)". *En poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Valladolid, 1986, 203-233; y, últimamente, el importante libro de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992.

excepción. Voy a exponer, pues, su doctrina, agrupada por materias, con el objeto de contribuir a iluminar la idea que de ellas tuvo el derecho indiano ⁵.

2. ARREGLO DE LAS PETICIONES.

Había una forma determinada de libelar establecida por la costumbre y, a veces, por las leyes. Las partes y sus letrados tenían que someterse a ella. El no hacerlo, si la violación era grave, podía motivar el rechazo de la presentación y hasta el apercibimiento del infractor. Obviamente, si contenía expresiones injuriosas o calumniosas las consecuencias eran las previstas para esos delitos.

En un caso, señaló el fiscal que "en dicho escrito no se observa en manera alguna la forma prescrita por las leyes, y no debió haberse admitido, para no dar lugar a que de ese modo se frustren y hagan ilusorias las disposiciones legales" ⁶. En otro, dijo que la "representación no viene en forma jurídica, y por esto sólo es desatendible, y aun despreciable" ⁷.

Se quejó, asimismo, de que se hubiera promovido una acción "indigestamente, confundiéndola con la otra, apoyándola, ya en las generalísimas expresiones de hablillas, especies vagas, expresiones enfáticas, y libelos, o papeletas infamatorias; y ya en falsos supuestos, y sin guardar la forma específica de dirigirla contra personas determinadas, y sobre hechos, o palabras difamatorias, de que previamente debía ofrecer justificación en forma" ⁸.

5. Fuentes doctrinales del derecho procesal castellano-indiano son, entre otras: (J. ACEDO Y RICO) CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, Madrid, 1974, 2 tomos; I. ALCARAZ Y CASTRO, *Método y práctica de los cuatro juicios civil ordinario, sumario de posición, ejecutivo, y general de concurso de acreedores*, Madrid, 1762; J. ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios*, 3ª edic., Madrid 1815, tres tomos; F. ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1783, ocho tomos; J. FEBRERO, *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Madrid, 1819, cinco tomos; F. GUTIÉRREZ DE ESCOBAR, "Instrucción forense", en R. REIMUNDÍN, *Antecedentes históricos del derecho procesal indiano*, Tucumán, 1953, 59-182; J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica*, 1ª edic., Lima, 1603; M. SILVESTRE MARTÍNEZ, *Librería de jueces*, 7ª edic., Madrid 1791, 13 tomos; A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Nueva edic., Madrid, 1766; y V. VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España*, Madrid, 1797, tres tomos.

Entre las obras historiográficas generales, merece citarse: M^a. P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982; F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, "Especialidades procesales de la Recopilación Indiana", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXVI: 101-102, México, 1976, 23-61; J. CORVALÁN MELÉNDEZ y V. CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho procesal indiano*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Memorias de licenciados. Historia del Derecho, XX, Santiago, 1951; y C. FERRÉS, *Época colonial. La administración de justicia en Montevideo*, Montevideo, 1944.

6. 10-5-1785. JMP, I, 98.

7. 23-5-1789. JMP, II, 457.

8. 10-2-1788. JMP, I, 290.

Las peticiones debían ser pertinentes. No era admisible, por ejemplo, el pretender que por vía del recurso de apelación los tribunales resolvieran dudas que tenían los litigantes, "aunque sean tan intempestivas, e impropias al estado, y naturaleza del negocio, y que se hayan de ocupar en satisfacer categóricamente punto por punto a sus solicitudes haciendo sin el debido y competente conocimiento unas declaraciones vagas, inútiles y fuera del orden específico de los juicios, grados e instancias que requieren otros principios más sólidos, y más concertados para que surtan los efectos que se proponen las leyes" ⁹.

3. FIRMA DE ABOGADO.

La exigencia de la firma de un abogado en los escritos de las partes varió en función de la existencia o no de letrados en el lugar. Si no los había en absoluto o en cantidad suficiente, una exigencia tal hubiera sido de cumplimiento imposible. Así, "en el Paraguay no hay profesores letrados como se asegura, por cuyo defecto pueden las partes formar pedimentos, y alegar de su derecho bajo sola su firma, o valerse para todo de otros cualesquiera que presuman más sabedores del que les corresponde" ¹⁰.

De todos modos, en asuntos de menor cuantía o cuando se trataba de escritos de mero trámite no era necesaria la firma de un abogado ¹¹.

La situación del síndico de la ciudad y la del defensor de pobres fueron contempladas especialmente en una vista. "Se consulta a V.E. -expuso el fiscal- si en el auto que este Superior Gobierno tiene proveído por punto general con fecha 11 de junio del año próximo pasado de 84, para que no se admitan escritos alegando en derecho, o en que se ponga alguna demanda, sin firma de abogados, se comprendan también el síndico de ciudad, y defensor de pobres, dice: que siendo uno, y otro personas laicas, no puede dudarse ser igualmente comprendidos, y así el primero debe presentar sus escritos firmados del abogado que tenga el Cabildo, y se acostumbra elegir anualmente en todas las capitales donde los hay, y el segundo debe por ahora, y mientras tanto se nombra por esta nueva Real Audiencia abogados de pobres, en los asuntos que se le ofrezcan, pedir ante todas cosas al juez que haya de conocer que le nombre abogado ejecutando esto en cada asunto pues todos tienen hecho juramento de defender a los pobres sin interés" ¹².

9. 15-3-1798. JMP, II, 755.

10. 20-1-1804. JMP, III, 1155.

11. M. CORVALÁN, ob cit., 72.

12. 12-5-1785. JMP, I, 99-100. El virrey se conformó con su opinión

4. APODERADO.

En materia civil el principio era que las partes podían comparecer en juicio personalmente o por medio de procurador ¹³. En materia criminal, en cambio, dicho principio sólo valía para el acusador, no para el reo. Sin embargo, con relación a éste, fueron tantas, las excepciones admitidas en la práctica -como cuando estaba preso y no podía actuar por sí-, que también pudo actuar por representante ¹⁴.

La representación en la causa criminal, y en el caso de la acción popular, así como la imposibilidad de la doble representación, están planteadas en las siguiente vista: "es cosa muy sabida que en las causas criminales sólo se admite en calidad de actor al pariente más propincuo del ofendido por falta de éste, y que siendo el delito tal que pueda tener lugar por la acción popular, cualquiera del pueblo para ser parte del juicio, no debe admitirse a él indistintamente, una vez que el juez haya procedido de oficio, y esto en cualquiera estado de la causa que se presente, lo que es sentado por el derecho común, y real; y es la razón, que como la inquisición judicial se subroga por la acusación, y es de igual fuerza, y efecto, debe ser más atendible la condición del que ocupa el juicio. ¿Y qué diremos cuando concurren las referidas circunstancias de ser el más digno, y autorizado?".

"El fundamento de este principio es que el derecho no permite dos procuradores *in solidum* de un mismo pleito, porque aquel con quien se principia se hace señor de todo él, y por consiguiente excluye a los demás, porque no puede haber dos señores *in solidum* de una misma cosa, y por eso dice la ley de Partida que cuando por un ome se facen muchos personeros para que cada uno dellos lo sean en todo el pleito, 'estonce aquel que primeramente lo comenzare, es tenuto de lo seguir hasta que sea acabado, e los otros non se deben ende trabaxar'. Lo contrario sería una deformidad, y un principio visible para la sustanciación, y conclusión de las causas" ¹⁵.

5. REO PRÓFUGO.

Si el reo no era habido, y se encontraba prófugo, la causa debía continuar con los estrados hasta la sentencia inclusive, sin que a aquél se le nombrase defensor ¹⁶. Por consiguiente, si había hecho fuga de la cárcel "pendiente el curso de la apelación y determinada la causa en aquel grado, no es admisible el recurso de súplica interpuesto por su procurador hallándose aún el reo prófugo" ¹⁷.

13. M. CORVALÁN ob. cit. 70-72; y G. ARVIZU, "Especialidades..." cit., 32-33.

14. R. ALONSO, ob. cit., 143-144.

15. 10-2-1788. JMP, I, 289-290.

16. La doctrina hablaba de la posible existencia en el procedimiento de la rebeldía de la figura del defensor, cuya función era presentar pruebas en descargo del reo, a pesar de la prohibición de admitirle procurador (R. ALONSO, ob. cit., 176), Ver: M. CORVALÁN, ob. cit., 232-235.

17. 3-2-1804. MG. V, 209-210. La Audiencia dispuso la reserva de la causa y que se ordenase la aprehensión del reo.

Sin embargo de la fuga, en ciertos casos se admitió la intervención del procurador. Opinó el fiscal que "aunque el reo de esta causa es uno de los que profugaron de la cárcel (. . .), y por consiguiente correspondía en la práctica se continuase la causa con los estrados y sin defensor nombrado para la protección del reo, no ha tenido dificultad en contestar el antecedente alegato en clase de expresión de agravios: lo primero porque al reo se ha oído ya en primera instancia y sentenciado antes de su fuga, de cuyo caso no habla rigurosamente la ley que determina los trámites del procedimiento contra ausentes. Lo segundo, porque el artículo anterior al alegato fue promovido por el defensor de pobres de esta Real Audiencia, a quien se admitió hallándose el reo encarcelado, para evitar rodeos y demoras: y lo tercero porque de otra suerte siendo tan repetidas y frecuentes las fugas que hacen los reos de la cárcel de Santiago, serán interminables las causas si ha de oírseles nuevamente en cada uno de los trámites judiciales que avanzan durante su ausencia" ¹⁸.

6. RECUSACIÓN.

La recusación de los jueces y demás funcionarios de la administración de justicia procedía, como regla, con causa justificada y juramento de no obrar con malicia ¹⁹.

Para que procediera la recusación absoluta debía haber méritos positivos y no débiles presunciones. En una causa, según el fiscal, "la precipitación que se arguye en los dictámenes dados por el señor asesor (. . .) ni está bien fundada, ni como se ha supuesto produce mérito alguno para la absoluta recusación antes propuesta y despreciada, ni pudiera tener más valor que el de una muy débil presunción para el juzgamiento de justicia en el tribunal de la alzada si se hubiese propuesto de otra forma" ²⁰.

Había, empero, casos excepcionales, como el del asesor particular. "Parece que no sólo no hay necesidad de articular y probar terminante, e indubitavelmente justas causas en forma específica, y positiva para su recusación, si se atiende a que es un asesor particular que nombra V.E. como que le es facultativo hacerlo en otro letrado, que esté recibido de abogado, y no se halle impedido de ejercer, sino que es conforme a las leyes que sin más causa, ni requisitos que la cláusula general y el juramento prevenido por ellas puede ser recusado sin la calidad de dársele acompañado, quedando por consiguiente este asunto sujeto a las reglas

18. 3-1-1804. MGv, 208-209.

19. S. M. CORONAS GONZÁLEZ, "La recusación judicial en el Derecho histórico español", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, Madrid, 1982, 511-615; L. ZARAZAGA, "Recusación y excusación en el Derecho indiano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 13, Santiago, 1987, 117-126; y G. ARVIZU, "Especialidades..." cit., 33-36.

20. 19-12-1803. JMP, III, 1144.

comunes de derecho sobre la materia, y a la real cédula de 18 de noviembre de 1773 (. . .). En ella por las mismas reglas se declara que no se puedan admitir recusaciones evidentemente frívolas, ni para determinaciones interlocutorias como no tengan fuerza de autos definitivos, o incluyan gravamen irreparable para ellos" ²¹.

Por otra parte, en esta materia de las recusaciones no influía la calidad de la persona recusada de una forma especial. "Como las providencias en punto de recusaciones no se gobiernan por los méritos, y servicios de las personas recusadas, porque esta distinción traería insubsanables perjuicios en la práctica administración de justicia, sino por las reglas, y forma que tienen prescritas las leyes y reales cédulas de la materia, con relación a los empleos, y oficios, y a la naturaleza, y estado de los procedimientos, no puede proveerse arbitrariamente, haciendo gubernativo un asunto, que por su naturaleza es de justicia, y está circunscrito.

"El fiscal supone el notorio carácter, integridad, y justificación del señor asesor (general del Virreinato); el común abuso de las recusaciones por la cavilación de las partes en todos los tribunales, y juzgados, en que hay pleitos; que por ellas se igualan entre sí los jueces superiores, ordinarios, y delegados, asesores, relatores, escribanos y contadores, sin embargo de que haya diferencia o prestancia de unos a otros, dentro de su respectiva clase, y que estos y otros muchos inconvenientes de más peso, los han meditado con la experiencia los sabios, y prudentes letrados de la superior magistratura, cuando han instruido sus doctos pareceres al Soberano para las reales decisiones que por punto general se ha servido de comunicar sobre la materia (. . .). El señor asesor general de este Virreinato parece da a entender, pidiendo que se sustancie, y determine este expediente por todo rigor de derecho, y según está mandado para con los señores ministros de las reales audiencias, que para su recusación ha de proceder expresión de causas legítimas, y verdaderas con los depósitos, y declaraciones sucesivas, que previenen las leyes; pero como estos, y los demás requisitos de ellas sólo rigen en las recusaciones que se hacen en los consejos, chancillerías, o audiencias a cualquiera de los señores ministros, que entienden, y han de votar en los pleitos que penden en sus respectivos tribunales, con el fin de removerlo enteramente de su conocimiento, y sufragio, y no se halle el señor asesor en este caso, no parece le pueda alcanzar el privilegio" ²².

El procedimiento de la recusación era sumario, "sin que para la determinación del incidente ya de si las causas son, o no bastantes, y ya de si están, o no probadas, preceda sustanciación de partes, porque sólo se deben guardar las formas prescritas procediéndose breve y sumariamente, sin hacer autos ni procesos" ²³.

21. 31-10-1786. JMP, I, 209-210.

22. 5-8-1785. JMP, I, 119.

23. 21-6-1792, JMP, II, 633.

Quien recusaba alegando causas, y luego se apartaba de la recusación, era pasible de un castigo, dentro siempre de la sumariedad del procedimiento incidental. "En esta materia de recusación no parezca correspondiente, que el tribunal abra paso a un juicio criminal solemne, por esta incidencia, teniendo consideración a lo que previenen las leyes, y se practica en las reales audiencias, cuando un litigante recusa a un señor ministro cuyo carácter y privilegios son tan distintos en la materia, y no propone causas suficientes, o propuestas (. . .) se aparta de la recusación intentada, o no las justifica, reduciéndose todo el rigor de las leyes en estos puntos a una pena pecuniaria, determinada según la graduación, y el caso, y no debiendo tampoco reputarse el desafecto, el descuido, la sospecha, y la enemiga por una injuria tal que haya de seguirse, y empeñarse una causa criminal como sabia, y prudentemente está precavido en las recusaciones de los señores ministros de las audiencias, en la forma con que se procede, respecto de que semejantes incidencias no se sustancian, ni con el señor ministro recusado, ni con la parte contraria al recusante, por lo que hecha la probanza se determina el incidente sin más publicación, ni conclusión" ²⁴.

7. EMPLAZAMIENTO A MUJERES.

Había personas que por su condición no podían ser emplazadas a comparecer a juicio, o a hacerlo personalmente, más sí por un representante. Este caso era el de la mujer -doncella, casada o viuda- que vivía honestamente en su casa ²⁵. El precepto respectivo de las Partidas fue recordado por el fiscal: está "prevenido (como por modo de excepción de la regla general que todo hombre que fuere emplazado por juez competente, debe venir ante él por sí o por otro) que no se hagan semejantes emplazamientos en causas civiles a mujeres casadas, viudas o doncellas, u otras que vivan honestamente para que vengan personalmente ante los juzgadores" ²⁶.

8. AUDIENCIA DE PARTE.

El principio de la bilateralidad del proceso determinaba que, como regla, no se decidiera nada, que interesara a una parte, sin darle antes la oportunidad de ser escuchada. Es así que "la pena de destierro que se le ha impuesto a don A.P. es intempestiva, y nula la providencia por los vicios, que desde luego se vienen a la vista, bastando el de la falta de audiencia" ²⁷.

24. 9-11-1786. JMP, I, 221.

25. M. CORVALÁN, ob. cit., 92.

26. 29-8-1787. JMP, I, 300.

27. 21-12-1787. JMP, I, 336.

Y en otro caso: "el procedimiento es nulo porque no se ha observado el orden de derecho que exige la citación y audiencia del colitigante para declarar y juzgar en su perjuicio, aunque sea por interlocución o modo provisional, siendo este defecto tanto más reparable, cuanto que se da a entender, que el asunto tenía aspecto de contencioso (. . .) no hay que le excuse de observar la formalidad de citación y audiencia, por que aunque fuese temporal, e interino podía irrogarse perjuicio y gravamen, siendo máxima constante elemental de derecho que en la menor incidencia, y para cualquiera interlocución se haga citación, y audiencia al menos virtual, como sucede en los juicios sumarios, y de ínterin que requieren la citación y audiencia aunque por modo breve" ²⁸.

Naturalmente, el requisito de la audiencia de parte valía también a favor del fiscal, de modo que el haberse pronunciado una sentencia "sin audiencia del ministerio fiscal a quien se había dado vista del proceso (. . .) la arguye de nula, de ningún valor, ni efecto" ²⁹.

No obstante, el principio no fue absoluto. De ese modo, "aunque en cumplimiento de las disposiciones de las leyes se observa generalmente en todos los tribunales que hecha la pesquisa o sumaria del delito, recibida la confesión, y puesta la acusación se da traslado de ella, de los nombres de los testigos y de sus dichos al reo, o reos contra quienes se procede para que se puedan defender diciendo contra éstos y aquéllos, se limita esta regla en cierto crímenes; porque aunque la ley señala sólo el de cohecho, en cuyo caso prohíbe se muestren los nombres y los dichos de los testigos a los delincuentes, esto mismo se practica en otros bajo aquella misma excepción y con muy harto fundamento en los que se cometen por personas poderosas, y que verosímilmente se teme que puedan sobornar, o amedrentar a los testigos o que por su respetos, enlaces y conexiones se presuman en la misma forma con influjo para seducirlos y moverlos a la retractación" ³⁰.

De la misma forma, cuando en el sumario el juez lego nombraba un asesor letrado, "como en dicha primera actuación informativa por proceder de oficio debe omitirse la citación, no hay necesidad de que se haga saber a las partes, antes es superfluo, y perjudicial; pero puesta la acusación, y respondida por los reos, como ya está la causa contestada, y en plenario, es conforme a derecho que sin embargo de aquel primer nombramiento se pase al asesor nombrado, u otro que con algún motivo se nombre, haciéndose saber, en uno u otro caso a las partes para la seguridad del juicio, y que constándoles puedan usar de su derecho" ³¹.

28. 31-3-1803. JMP, III, 1082.

29. 12-2-1791. JMP, II, 641.

30. 26-10-1788. JMP, I, 421.

31. 28-3-1788. JMP, I, 355.

Otras excepciones fueron si el reo estaba prófugo, si el delito era notorio, y se era muy atroz, aunque las dos últimas no fueron absolutas. A un prófugo, contra quien se había despachado el mandamiento de prisión y embargo, según el fiscal, "no se le debe dar audiencia por ser contra derecho, y sí prevenirle al escribano que no admita escrito de él, ni por medio de apoderado sin que primero conste su arresto" ³².

En el procedimiento para separar a un arcediano, "no hubo necesidad de oír primero a dicho arcediano (. . .) mucho menos interviniendo causas que no necesitaban de examen o justificación por su notoriedad; pues se sabe que aun para la imposición de las penas en casos notorios, se puede proceder sin audiencia del delincuente" ³³.

En el caso de un robo en la iglesia, si concurría efracción "se haría más atroz el delito, aumentándose su pena a privarle de la audiencia que hoy se le da, guardándose así la proporción que debe haber entre los delitos, y las penas" ³⁴.

9. CUERPO DEL DELITO.

La comprobación del cuerpo del delito era de la esencia del juicio criminal y a ella se dirigía, principalmente, la sumaria. Sin dicha comprobación las demás actuaciones eran consideradas nulas ³⁵.

Frecuentemente, se generaron cuestiones acerca del "corpus delictil", sobre todo, si con los elementos de juicio que se habían reunido debía darse por acreditada o no sus existencia. La respuesta dependía del delito cometido y de las circunstancias del hecho.

Tratándose del robo de dinero, "según las circunstancias del que lo comete, y contra quien se hace, el cuerpo del delito, y el delincuente se prueba por la querrela del robado, y por conjeturas, y presunciones; y de ahí es, que concurriendo en esta causa todas estas calidades, no es del caso el conocimiento perfecto del ladrón, y plena justificación del cuerpo del delito" ³⁶.

Para su comprobación en un homicidio "no basta que aparezca un cuerpo muerto violentamente, es necesario también que aparezca inferida esta violencia por una acción externa del que sea capaz de delinquir. De otra suerte podría decirse cuerpo de delito el que fuese causado por la cosa inanimada o por el irracional" ³⁷.

Cuando se procedía por una herida, si "ni se reconoció, ni se sabe se era mortal, o curable, no constando tampoco legalmente si falleció el que se dice

32. 28-7-1787. JMP, I, 262.

33. 20-7-1787. JMP, I, 274.

34. 22-11-1788. JMP, II, 428.

35. ALONSO R., ob. cit., 190.

36. 24-11-1786. JMP, I, 227.

37. 29-1-1801. MGv, 170-171.

herido, ni fue enterrado, circunstancias todas de que se compone el cuerpo del delito" ³⁸, el defecto era notorio.

En el caso del delito de incendio, "habiéndose quemado enteramente el rancho, sin que quedasen vestigios como lo declaran sus dueños, era ineficaz la diligencia, bien que si el juez cuando se contemplase absolutamente necesaria la diligencia no la practicó, después del tiempo que pasó, hasta que tomó conocimiento, esto no puede perjudicar a la vindicta, que por otra parte tiene a su favor otros comprobantes más seguros cuales son la confesión del reo, coadyuvada con las declaraciones de los habitantes de la casa incendiada con que combina en lo sustancial, de suerte que no puede dudarse del cuerpo del delito" ³⁹.

De un conjunto de circunstancias, aunque la causa no hubiese sido llevada con riguroso arreglo al derecho, podía resultar probado el cuerpo del delito. Frente a una duda sobre el mismo, "por no estar circunstanciado con todas las solemnidades de concurrencia del juez, escribano que diese fe, y facultativo que hubiese examinado, y certificado, si la herida era por su naturaleza mortal. No hay duda que estos requisitos son de mayor autoridad para la comprobación de un delito, y que deben evacuarse en los parajes cultos donde hay copia de estos ministros; pero sin embargo de que así se debe ejecutar, cuando hay proporciones para ello, si por su falta no se practica, y consta en otra forma el cuerpo del delito, no se puede dudar, que debe estar precisamente a esta clase de justificación porque el objeto de este acto en sustancia sólo es la constancia del delito que se cometió, con la vista del difunto y reconocimiento de las heridas que son las señales de que la muerte no fue natural, y que arguyen violencia y malicia en su ejecución, lo que basta para el procedimiento contra el delincuente, puntos todos, que pueden evacuarse muy bien, sin asistencia de juez, fe de escribano, y reconocimiento de cirujano, cuya asistencia, aunque parece la más precisa, por lo que es el discernimiento del arma con que se causaron las heridas (. . .) no es materia tan ardua que esté sólo reservada al conocimiento de éstos; en cuyo concepto, si el cuerpo del delito se puede comprobar en dicha forma, aun en las ciudades donde no se carece de ministros, que autoricen semejantes actos, como es frecuente, con mucha mayor razón se podrá ejecutar en las campañas, donde son tan largas las distancias, hay poco jueces, y no se halla escribano, ni facultativo, que pueda presenciario" ⁴⁰.

Del mismo modo, opinó que para su prueba "basta que los testigos del sumario afirmen y digan que después de los tiros vieron al paciente tendido en el suelo sin movimiento y a juicio de todos muerto en la realidad; y así aunque después desapareciese el cadáver, esto no es faltar el cuerpo del delito; porque ya aquel cadáver, bien presunto, o verdadero, estuvo patente, se vio, y reconoció por los testigos. No sucede así cuando a alguno se le imputa que ha cometido un homicidio, y no se encuentra ni se ha visto el cadáver del sujeto, pues

38. 5-5-1801. MGV, 157

39. 15-10-1801. MGV, 170-171.

40. 14-2-1787. JMP, I, 239.

entonces se dice no haber constancia del cuerpo del delito; pero si hubo testigos que viesen el tal cadáver aunque después lo desaparezcán, no le aprovechará al reo, ni se podrá alegar que no hay cuerpo del delito, respecto a que éste se prueba en un homicidio violento, con dos, tres, o más testigos que depongan haber visto el cadáver y ser el mismo del que deponen" ⁴¹.

Por otra parte, la diligencia de comprobación, se aseveró, "no es necesario se ratifique en el plenario, y es suficiente se haga constar en cualesquiera estado de la causa, cuando en sus principios no se hallan todos los conocimientos necesarios de él" ⁴².

10. PRUEBA "CON TODOS CARGOS".

El auto de prueba que dictaba el juez en el plenario del proceso criminal, si correspondía, podía llevar la calidad de "con todos cargos", y con ello, abreviarse el trámite de la causa. A esa circunstancia se refirió la siguiente vista fiscal. "aunque la causa se hubiese recibido a prueba con todos cargos de publicación, conclusión y citación para oír sentencia, habiendo las partes interesadas pedido no obstante esto que se hiciese dicha publicación y por consiguiente que se les diese traslado para alegar de bien probado o deducir lo que tuviesen por conveniente, estaba obligado el juez a condescender con su solicitud, mayormente habiendo sido irregular, y no conforme a la naturaleza y circunstancias de la causa la calidad de con todos cargos puesta en el auto de prueba, respecto a que en ella sólo puede usarse cuando el delito es notorio y exige el más pronto y ejemplar castigo, o no es la causa de tanta gravedad, o concurren particulares circunstancias para abreviar de este modo la sustanciación plenaria" ⁴³.

11. CONFESIÓN.

Fue la reina de las pruebas en el proceso criminal, y condición indispensable para la imposición de la pena ordinaria, pero no bastante por sí sola para eso ⁴⁴. Un fiscal, que actuaba como protector de naturales, recordó que "el reo, como que no es señor de sus miembros ni de su vida, no puede disponer de ella a su arbitrio por su sola confesión. De aquí han deducido los criminalistas que ninguno en este caso es testigo contra sí mismo, y que cuando es sola la confesión, jamás puede llamarse prueba, y no falta disposición en el derecho civil, que

41. 12-2-1791. JMP, II, 645.

42. 21-7-1787. JMP, I, 271.

43. 1-8-1788. JMP, I, 384.

44. R. ALONSO, ob. cit., 205-212.

prohíbe al juez numerar la confesión del reo entre las pruebas evidentes del delito y condenarle sin otras que confirmen la verdad de su confesión" ⁴⁵.

La confesión podía ser judicial o extrajudicial, siendo la primera la que surtía el efecto de plena prueba; con mayor razón si había sido ratificada. En un caso se destacó que "no es una mera confesión hecha fuera de juicio a personas privadas; son varias, y una de ellas a los ministros de justicia, y demás personas de auxilio, y asistencia al tiempo de su captura" ⁴⁶.

Si quien confesaba era un indio había motivos para dudar de su veracidad. Sostuvo un fiscal protector, que "todos saben la condición tímida de los indios de Misiones, la inconsecuencia de sus ideas, la facilidad con que declaran circunstancias que no han ocurrido, prefiriendo más bien hacerse reos que dejar de convenir con el cargo que se les hace, y últimamente el capricho de que están convencidos de que nunca son más apreciables sus disculpas que cuando las cubren con algún pretexto de religión aunque sea erróneo, o supersticioso" ⁴⁷.

El reo podía retractarse de lo que había confesado. Los efectos de la retractación variaban según las circunstancias. Se consideró que "no puede obstar lo que en el escrito de expresión de agravios se alega (. . .) sobre la retractación que han hecho de varios robos en su ratificación, fundándose en la violencia que supone les hicieron a tiempo de recibirles sus confesiones (. . .) a más de ser éste un acto ineficaz y que no produce a su favor efecto alguno, está convencido por su mismos correos de aquellos mismos hechos de que se ha retractado, y sólo ha conseguido por este medio aumentar otro delito a los demás, con el que ha manifestado su poca religión" ⁴⁸.

12. TORMENTO.

Cuando el reo se mantenía negativo, pesaba un principio de prueba contra él, y el delito que se le imputaba era grave, se lo sometía a cuestión de tormento para obligarlo a confesar ⁴⁹.

Si las pruebas reunidas hasta el momento de ordenarse la tortura eran importantes, el auto respectivo solía pronunciarse "quedando en su fuerza y vigor los indicios y probanzas" existentes, de manera que la negativa del reo no lo

45. 29-1-1801. MGv, 140-141.

46. 4-3-1787. JMP, I, 242.

47. 17-9-1804. MGv, 273.

48. 22-12-1788. JMP, II, 437.

49. Mucho se escribió, y se sigue escribiendo, sobre la tortura judicial. Ver, entre otros: A. DE QUEVEDO Y HOYOS, *Libro de indicios y tormentos, que contiene toda la práctica criminal, y modo de sentenciar el proceso indicativamente, y ponerle en estado de condenarle, o absolverle*, Madrid, 1632; R. ALONSO, ob. cit., 244-256; G. MARTÍNEZ DÍEZ, "La tortura judicial en la legislación histórica española", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 32, Madrid, 1962, 223-300; F. L. ROMAY, *Las torturas en el procedimiento penal*, La Plata, 1958; y F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, 1973.

liberaba totalmente de una pena. Así fue que pidió el fiscal: "habiendo permanecido negativos dichos reos por el tiempo de cuarenta minutos el primero, y treinta y nueve el segundo, que duró la operación, y quedando sin embargo en su vigor, y fuerza los indicios, y presunciones porque se dio la sentencia de tormento en virtud de la reserva que en ella se hizo V.A., parece tiene la causa estado de que se dé en ella la determinación que corresponda en justicia" ⁵⁰.

Y también: "la prueba que contra el reo L. había, y quedó reservada fue sola de vehementes indicios, presunciones, y conjeturas, en cuya inteligencia deduce el fiscal por la confirmación que V.A. hizo de aquella sentencia de tormento, que no halló suficientes pruebas para la pena ordinaria de muerte que el fiscal pidió contra el reo; y aunque no faltan opiniones propensas a la impunidad que por aquella expresión de la ley: *débenlo dar por quitto* sostengan que se debe absolver al reo negativo en el tormento, la más común de los prácticos, y más recomendables regnícolas, y lo que es más la general práctica de tribunales, estimada por el mejor y más autorizado intérprete de las leyes, es imponerles la arbitraria, agravándola según las circunstancias, principalmente habiéndose puesto en la sentencia de tormento pronunciada en esta causa, que se dejaban a salvo las pruebas que había del delito" ⁵¹.

13. LIBERTAD BAJO FIANZA.

El reo que era encarcelado a causa de un delito no considerado grave, y castigado con una pena no aflictiva, podía ser puesto en libertad bajo fianza después de la confesión ⁵².

Advirtió por eso el fiscal, que hallándose la causa "aún en estado de acusación (. . .) no puede en semejante estado, sin contravenirse a la leyes, concederse soltura al reo bajo de fianza carcelera, aunque sea con el fin de seguir el recurso de que ha usado por lo tocante al interés civil, y ofrezca dejar apoderado, pues éste no es admisible en causa criminal y mucho menos cuando por el delito se incurre en pena corporal u otra equivalente" ⁵³.

14. TESTIGOS.

Del número y calidad de los testigos dependía la fuerza probatoria de sus dichos. En principio, dos testigos idóneos y contestes, que no eran tachados por sus personas o sus dichos, hacían plena prueba. Esta regla admitió varias excepciones: a veces bastó con uno; otras veces fueron necesarios más de dos.

50. 21-2-1789. JMP, I, 149.

51. 22.-12-1789. JMP, II, 576.

52. M. CORVALÁN, ob. cit., 215-216; y R. ALONSO, ob. cit., 203-204.

53. 27-8-1787. JMP, I, 262.

Como garantía de veracidad, los testigos debían prestar juramento antes de declarar. En el proceso criminal, los de la sumaria tenían que ratificarse en el plenario ⁵⁴.

Las únicas cuestiones que se plantearon fueron la del juramento y la de la ratificación. Esta, cuando mediaban grandes distancias entre la residencia del testigo y la del tribunal, difícilmente se practicaba. A juicio del fiscal, siendo ésta "de poca consideración para la prueba del robo, estando, como está suficientemente justificado, no debe tenerse por defecto sustancial la falta de ratificación de dichos testigos, para la determinación de la causa" ⁵⁵.

En cuanto al juramento, "nada importa que uno de los testigos (. . .) refiera en su ratificación no se le recibió juramento en su primera declaración (. . .) cuando así hubiese sucedido había convalidado aquel acto por el posterior de su ratificación con la solemnidad que dice faltó" ⁵⁶.

15. PERITOS.

La prueba pericial estaba asimilada a la testimonial, salvos los conocimientos que de una determinada ciencia o arte tenía el experto, y la general suficiencia del dictamen de un solo ⁵⁷. Uno de los fiscales observó "que en la Real Chancillería de Granada, en la Audiencia de Sevilla, en los juzgados inferiores de dichos tribunales, y en los de aquellas intendencias (. . .) era práctica común y general el reconocimiento de armas blancas por peritos (que siempre lo eran maestros armeros), y formando concepto de que esta práctica provenía de aquel sentado principio de derecho, de que toda ley, estatuto, o disposición que se funda en cualidad, requiere para su cumplimiento la previa justificación de ella" ⁵⁸.

Una de las aplicaciones de este medio de prueba era al cotejo de letras. Así, "cotejada la muestra de su letra, que tiene reconocida, con lo escrito en el cuerpo de la referida licencia, se viene en claro conocimiento de que toda es una misma; y a mayor abundamiento resultaría de su reconocimiento, y cotejo, que desde luego pide el fiscal se haga por peritos juramentados en la forma ordinaria" ⁵⁹.

54. R. FERNÁNDEZ ESPINAR, *El principio "Testis unus testis nullus" en el Derecho procesal español*, Madrid, 1979; A. LEVAGGI, *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (siglos XVI a XIX)*, Buenos Aires, 1974, 35-52; M. CORVALÁN, ob. cit., 112-126; y R. ALONSO, ob. cit., 229-234.

55. 27-3-1786. JMP, I, 148.

56. 22-4-1788. JMP, I, 363.

57. LEVAGGI, *Historia de la prueba...* cit., 65-70.

58. 28-3-1788. JMP, I, 356.

59. 17-1-1788. JMP, I, 74.

16. SECUESTRO DE PAPELES.

En el procedimiento criminal estaba previsto el secuestro de papeles del reo y la apertura de su correspondencia. "La aprehensión, y reconocimiento de sus papeles, que de ninguna manera está prohibida por derecho en causas criminales aún menos graves que ésta, si conduce a la materia en cuestión, con la interpretación de cartas, y correspondencias cerradas, para las cuales está dada la forma con que se debe solemnizar su apertura, a fin de poner a cubierto esta diligencia, sin que se malogre, vicie, ni dispute el fruto de ella" ⁶⁰, debía practicarse.

En una causa por contrabando, "la apertura de las cartas aprehendidas a C. se ha verificado con todas aquellas formalidades que S.M. tiene prevenidas, y solamente se ha hecho uso de las que trataban de las negociaciones y comercios de aquél, como que es el objeto a que se ha dirigido el procedimiento y porque en esta clase de delitos ninguna prueba está reservada" ⁶¹.

17. JURAMENTO SUPLETORIO.

Entre los varios usos procesales que tenía el juramento, uno era para suplir la falta de otras pruebas. La importancia que entonces tenía el honor, y la gravedad que se le reconocía al hecho de poner a Dios por testigo de un dicho, más las penas previstas contra el perjurio, fundamentaron la prueba del juramento ⁶².

En un proceso que se seguía por faena clandestina de ganado, el fiscal opinó que "aunque no se justifica plenamente la identidad de los cueros en orden al origen de su adquisición y su legitimidad, se presentan algunos fundamentos para que supliéndose la falta de prueba que se considere con el juramento del referido B., por ser el subsidio legal para salvar esto requisitos en semejantes casos" ⁶³.

18. PRUEBA SUFICIENTE.

La suficiencia de las pruebas producidas en una causa dependía tanto de su fuerza como de circunstancias ajenas a ellas, como ser la dificultad o imposibilidad que había para obtenerlas mejores.

"Los derechos de la vindicta son muy privilegiados -sostuvo un fiscal-, y a ella importa no queden impunes los delitos, y por eso es que cuando por

60. 10-2-1788. JMP, I, 293.

61. 20-11-1789. JMP, II, 559.

62. A. LEVAGGI, *Historia de la prueba ... cit.*, 18-21.

63. 15-5-1789. JMP, II, 494.

negligencia, impericia, o casualidad no pueden justificarse los delitos graves de esta clase cometidos en la campaña con copia abundante de testigos, a beneficio público se tiene por suficiente el examen y declaraciones de testigos menos idóneos" ⁶⁴.

En el mismo sentido, en un caso de muerte en despoblado, "habiendo ésta acaecido en el campo, donde no se puede usar de las formalidades que en poblado, es más que suficiente haya quien declare le viese al reo tirar el pistoletazo, el lugar donde le dio la bala, haberle visto morir, y enterrándolo después, cuyas circunstancias con la confesión del delincuente hacen la comprobación más formal que pudiera desearse" ⁶⁵.

Asimismo, "la impericia e inacción del alcalde que entonces era del partido de la campaña donde acaeció el suceso, produjo el que hoy no se halle justificado con más copia de testigos como podía, mediante a que este reo caminaba en aquella sazón acompañado; pero esta diligencia no debe recaer en perjuicio de la vindicta pública gravemente ofendida con este suceso, cuando de otro modo se ha podido hallar la verdad; en cuyo caso estamos" ⁶⁶.

19. PRUEBA INSUFICIENTE.

En cambio, "como reconocidos ambos sumarios en punto a los robos de animales que se le atribuyen, y conducta perjudicial que le suponen, estando negativo el reo, no haya más que una prueba vaga, y general, que aunque de algún modo llama la atención para contener y corregir a dicho indio, no impele el ánimo judicial para imponerle todo el peso de la ley" ⁶⁷.

Igualmente, "no habiendo en la causa todos los conocimientos que se requieren para la formal comprobación de ellos, no obstante su confesión, y las dos repetidas fugas que ha hecho de la cárcel, aunque los procedimientos de dicho reo con otra constancia eran suficientes para que se le impusiese la pena ordinaria en el modo con que viene su justificación, sólo conceptúa hay mérito bastante para la pena arbitraria que se le ha impuesto" ⁶⁸.

20. SENTENCIA.

La forma de las sentencias estaba dada por la costumbre y por alguna disposición legal. El estilo no era el mismo para las audiencias que para los

64. 5-4-1799. JMP, II, 825.

65. 22-4-1788. JMP, I, 364.

66. 5-4-1799. JMP, II, 824.

67. 11-4-1788. JMP, I, 361.

68. 16-9-1789. JMP, II, 529.

jueces inferiores: las sentencias de las primeras se reducían a la decisión, expuesta brevemente; las de los segundos incluían fundamentos más o menos extensos⁶⁹. De la observancia de ese estilo dependía la validez del acto.

En una oportunidad, comprobó el fiscal que "el juez *a quo* sin absolver de la acusación a los reos, ni condenarles en la pena pedida, ni observar la forma que se acostumbra en las sentencias de declarar por bien probada o no probada la acción o demanda, o las excepciones y defensas del reo, no hizo otra cosa que poner un fallo a secas, condenando arbitraria y despóticamente a (. . .) de forma que semejante sentencia no sólo es nula por la total disconformidad que en ella se advierte con la demanda o acusación sino por el arbitramento de que se usa en la imposición de penas no correspondientes al delito sin motivarlas"⁷⁰.

Entre las cláusulas que podían llevar las sentencias figuraba la de ejecución; excepcionalmente en las de primera instancia⁷¹ más ordinariamente en las de la alzada. En tales casos procedía la ejecución en forma inmediata⁷². Así, "una aprobación de sentencia con la calidad de ejecución (. . .) por derecho no admite dilación alguna para que se verifique, aunque el condenado diga tiene que revelar al príncipe cosas tocantes a su estado, persona, salud, y vida"⁷³.

21. APELACIÓN.

Lo normal era que las partes tuviesen el derecho de apelar, particularmente de las sentencias definitivas. Este recurso fue considerado por varios autores como de derecho natural. En su interposición, los litigantes tenían que guardar las reglas procesales⁷⁴.

Ante las audiencias cabía, en principio, apelar de toda decisión de otro tribunal que el vasallo considerase agravante para sus derechos. Como dijeron dos fiscales, en ese tribunal superior "reside la inmediata representación del Soberano, para poner a los vasallos a cubierto de las violencias y excesos de otros jueces, y al que sería apelable cualquiera resolución que diese en el particular el señor presidente", inclusive⁷⁵.

69. A. LEVAGGI, "La fundamentación ... " cit.; y R. ALONSO, ob. cit., 260-261.

70. 1-8-1788. JMP, I, 383-384.

71. "Se ejecute sin embargo de súplica u otro recurso".

72. CORVALÁN M., ob. cit., 228-231.

73. 11-12-1789. JMP, II, 572.

74. G. ESCALONA Y AGÜERO, "Tratado de las apelaciones del gobierno del Perú", en D. A. PAREJA, "Un inédito valioso del autor del *Gazophilatium Regium Peruvicum*" (*Revista del Archivo Nacional del Perú*, 2, Lima, 1921, 79-130); A. LEVAGGI, "El recurso de apelación en el Derecho indiano", en *Revista de Historia del Derecho*, 12, Buenos Aires, 1984, 171-198;" cit., 37-55.

75. 16-2-1808. MGv (y Antonio Caspe), 564-565.

Por eso, "una de las cosas en que cuidadosamente resplandece la soberana protección, la sabiduría de las leyes, y la autoridad de V.A. es la constante vigilancia con que en todos tiempos se procura tener expedito el general remedio de la apelación a beneficio de los vasallos; la ley 26, y 27, tít. 23, Partida 3ª; la 4ª, tít. 10, Partida 7ª; la 2ª, 12 y 13, tít. 18, lib. 4º de la Recopilación de Castilla; la 34 y 35, tít. 15, lib. 2º de estos Reinos; la 22, tít. 12, lib. 5º de ellas, que es concordante, el art. 41 de la instrucción de señores Regentes de estas audiencias; uno de los establecimientos del presente reinado que las renueva; la 24, tít. 12, lib. 5º que las declara; y otras reales cédulas, y órdenes expedidas sobre la materia están manifestando con cuánto esmero se ha mirado este asunto; las leyes, y reales provisiones para conservar las regalías, y por ellas proteger a los vasallos, que experimentan la opresión de no admitírseles sus legítimas apelaciones en los tribunales eclesiásticos (. . .). Pero no por esto considera el fiscal autorizado a este regio tribunal para admitir cuantos recursos se traigan a él; para ello deben venir arreglados a la forma que circunscriben las leyes, a las demarcaciones, a los plazos, y a las demás calidades, que según su naturaleza requiere cada uno" ⁷⁶.

El procedimiento judicial debía seguirse de modo que no se obstruyese el derecho al recurso. Una intervención prematura de la audiencia podía producir ese efecto. De allí que el fiscal señalase que "exigir de este tribunal declaración, o resolución sobre lo principal de la causa (antes de tiempo) sería privar a las partes del recurso de apelación, que pueden interponer, e instruir" ⁷⁷.

Otras veces los jueces de primera instancia, obrando con malicia, intentaban eludir la intervención de la audiencia con el pretexto de dar cuenta directa al rey. "No es nuevo en los jueces pagados de sus dictámenes o determinaciones, que quieren ser despóticos y no reconocer la autoridad de los tribunales inmediatos a quienes están subordinados, el arbitrio (porque ya lo ha visto practicar el fiscal bien que inútilmente en diferentes ocasiones) de añadir en sus providencias que se dé cuenta al rey, o al superior gobierno para de ese modo eludir, embarazar, o frustrar los recursos legales a los tribunales de apelación inmediatos" ⁷⁸.

"No porque la última providencia (del gobernador intendente) contuviese la cláusula de que se diese cuenta con autos a S. M. quedaban excluidos los recursos legales ordinarios que el mismo soberano tiene establecidos para ante los tribunales inmediatos, pues a ser así fácil sería a cualquier juez, aun el más inferior, eludir y frustrar dichos recursos con sólo añadir a sus providencias que se diese cuenta al rey" ⁷⁹.

Por excepción, algunas resoluciones no eran apelables. No lo eran las que adoptaba el virrey en los juicios de disenso, reglados éstos por el real decreto del

76. 26-4-1786. JMP, I, 153-154.

77. 15-4-1791. JMP, II, 659.

78. 25-9-1799. JMP, II, 857.

79. 25-6-1799. JMP, II, 834.

10 de abril de 1803, "ya por consideración a la materia que (. . .) debía tratarse como negocio puramente económico, y ya finalmente por sofocar en lo posible el fuego de la discordia, que no podía menos que aumentarse en el empeño que animaba la pesquisa del origen de las familias". "Los juicios informativos reglados en su modo de actuación por las antiguas pragmáticas no dejaron de causar descrédito a las familias a pesar de las prevenciones, y declaraciones hechas en resguardo de ellas (. . .). Si las declaraciones de los virreyes y presidentes en el día han de sufrir los recursos que de las jurisdicciones subalternas se hacían antes a las reales audiencias, la sociedad queda expuesta a los mismos males, y perjuicios que trató evitar el real decreto" ⁸⁰.

Tampoco eran apelables las decisiones judiciales cuando de ellas resultaban alcances líquidos a favor de la Real Hacienda, mientras no los hubiesen pagado los deudores, "porque la Hacienda Real sin embargo de apelación ha de ser reintegrada, y hasta que el deudor no lo verifique, ni puede formar pleito, ni ser oído, según lo determina expresamente la ley 13, tít. 23, Partida 3ª conforme con el capítulo 20 de las segundas Ordenanzas Reales de los Tribunales de Cuentas de Indias, en que el rey se dignó declarar con motivo de las apelaciones que interponían los oficiales reales en los cargos que se les hacían por los contadores, de que dice se seguían pleitos, dilación, y otros inconvenientes, que en ninguna manera se dé lugar a que sobre ello sean oídos en justicia, sino que se cumpla y ejecute lo que está mandado acerca de esto, que es el que se verifiquen ante todo los enteros en arcas reales" ⁸¹.

22. SEGUNDA SUPPLICACIÓN.

Como recurso extraordinario que era, limitado a ciertas causas civiles en las que no había otro remedio contra el agravio producido por la sentencia de revista, su interpretación fue restrictiva ⁸². Recordó el fiscal que " la ley prohíbe expresamente esta segunda suplicación de todo auto interlocutorio aún cuando tenga fuerza de definitivo y pare perjuicio al negocio principal irreparable para la definitiva" ⁸³.

23. RESTITUCIÓN INTEGRAL.

Es sabido que este privilegio, originario del Derecho romano, lo gozaban las personas "miserables", incluidos los indios, y las corporaciones de interés público. A juicio del fiscal protector de naturales, "una gracia concedida en

80. 7-3-1808. MGv, 572-574.

81. 13-2-1806. MGv, 427.

82. M. CORVALÁN, ob. cit., 262-263; y G. ARVIZU, "Especialidades..." cit., 27 y 56-61.

83. 4-12-1789. JMP, II, 571.

forma de restitución a unas personas que por la miseria de su condición y suerte gozan entre otros de este privilegio, no puede llamarse de modo alguno excesiva, ni menos limitarse a los términos de otros recursos ordinarios, cuando por sí no tiene cláusula de limitación par su uso. Lejos de ser la presente expedida contra fuero, derecho o en perjuicio de tercero, debe considerarse como un remedio seguro de levantar los daños causados a una parte oprimida, sin detrimento o gravamen de la otra : como un medio extraordinario de alcanzar justicia a favor de unos desvalidos, que no han usado ni podido usar legítimamente de su defensa. Como una retroacción al primer estado del litigio para usar de las excepciones perentorias que se han dejado de oponer en lo principal de la causa; y por consiguiente como una gracia especial, que no comprendida en los límites de la ley, no ha tenido otro término para su uso, que el tiempo de la voluntad del concedente" ⁸⁴.

24. AUXILIO DEL BRAZO SECULAR.

Otra vista del fiscal Villota contiene párrafos suficientemente ilustrativos sobre la institución, que eximen de todo comentario. "Según el incontestable principio de que ambas jurisdicciones son independientes entre sí, cada una tiene en sí mismas todos los medios que le son necesarios para su ejercicio. La eclesiástica los remedios canónicos y espirituales, y la real los civiles y temporales; pero como muchas veces la corrección de las penas eclesiásticas se hace ineficaz, porque los incluidos en ellas son rebeldes en no cumplir lo que por la Iglesia justamente les es mandado, reúne en estos casos el Soberano su autoridad con la de la Iglesia, y es un fiel compañero que la sirve con religioso celo, no para ejecutar una sentencia meramente temporal cuya imposición no le pertenezca, sino para facilitar sus determinaciones eclesiásticas, ayudándola con los medios temporales que son necesarios para ponerlas en ejecución. Este es el que llamamos auxilio del brazo secular, y el que contraído por las leyes al embargo de bienes y prisión de la persona como medios suficientes para poner en ejecución las determinaciones de los jueces eclesiásticos, no puede extenderse a otras penas corporales cuya imposición no está en manos de la Iglesia".

"Como la ejecución real y personal de los legos es un medio suficiente y apremio capaz para hacer exequibles las sentencias eclesiásticas, parece que es el único que se ha concedido por nuestras leyes reales con tal que la ejecución se verifique por el brazo secular: más por esto no ha querido el Soberano desprenderse en ningún caso de la regalía que tiene en la imposición de penas temporales a favor de la Iglesia, ni ésta ha creído compatible con su mansedumbre y blandura el usar de otras penas temporales que las que ha

84. 10-6-1800. MGv, 97-98.

considerado como medios para poner en práctica las determinaciones de su jurisdicción. Así se ve que nuestras leyes de Castilla e Indias cuando mandan prestar el auxilio a los jueces seculares, hablan siempre de la prisión de legos y embargo de sus bienes como únicos casos permitidos" ⁸⁵.

25. PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Generalmente, frente a la necesidad de administrar justicia con rapidez, en casos determinados se siguió algunas veces un procedimiento que se apartaba de las reglas ordinarias, y que no estaba constreñido a normas fijas. Tal fue lo expuesto por el fiscal: los "procedimientos extraordinarios, por su propia denominación, no tienen orden fijo, y están sujetos a tantas variaciones cuantos son casos" ⁸⁶.

26. PROCEDIMIENTO SUMARIO.

Las causas civiles de menor cuantía y las penales por excesos cometidos por personas de mala fama se tramitaron en forma sumaria por considerarse que en esos casos no se justificaba cumplir con todas las formalidades del proceso ordinario. Por lo tanto, "siempre que los excesos cometidos por la plebe, o gente vil no merezcan todas las solemnidades, y trámites de una causa formal, pueden con la prudencia y pulso que se requiere, según la ocurrencia corregir a los agresores de delitos leves con 25 azotes, o menos atendida su gravedad, y complicidad, después de haber estado 24 horas en la cárcel, procediendo cuando menos la competente información, y confesión del reo" ⁸⁷.

27. PROCEDIMIENTO SECRETO.

Lo normal era que a la finalización de la fase sumaria del proceso criminal, y una vez planteada formalmente la acusación, el juez dispusiese el traslado de ésta al reo para que ejerciera su defensa ⁸⁸. Por excepción, no se obraba así.

Según el fiscal "aunque en cumplimiento de las disposiciones de las leyes se observa generalmente en todos los tribunales que hecha la pesquisa o sumaria del delito, recibida la confesión, y puesta la acusación se da traslado de ella, de

85. 10-2-1801. MGv, 146-147.

86. 12-10-1789. JMP, II, 543.

87. 26-3-1789. JMP, II, 456. La Audiencia resolvió de conformidad a favor de los alcaldes de la Villa Rica del Paraguay, y después a favor de otros más.

88. R. ALONSO, ob. cit., 214-215.

los nombres de los testigos y de sus dichos al reo, o reos contra quienes se procede para que se puedan defender diciendo contra éstos y aquéllos, se limita esta regla en ciertos crímenes; porque aunque la ley señala sólo el de cohecho (. . .) en cuyo caso prohíbe se muestren los nombres, y los dichos de los testigos a los delincuentes, esto mismo se practica en otros bajo aquella misma excepción y con muy fuerte fundamento en los que se cometen por personas poderosas; y que verosímilmente se teme que pueden sobornar, o amedrentar a los testigos o que por sus respetos, enlaces y conexiones se presuman en la misma forma con influjo para seducirlos y moverlos a la retractación" ⁸⁹.

28. PROCEDIMIENTO IRREGULAR.

Con frecuencia, los procesos instruidos por los jueces legos, que no contaban con un asesoramiento letrado, adolecieron de vicios más o menos graves, que pudieron provocar su nulidad o no, según fuera el caso. No sólo la ignorancia, también la malicia de los jueces fue causa de las irregularidades.

Varias veces fueron acusados los alcaldes ordinarios de imponer castigos sin un proceso formal previo. Uno de ellos lo fue de "haber despreciado las solemnidades de sustanciar las causas de muerte en que entendió, determinándolas por sí solo, sin parecer de letrado (. . .) y puesto en ejecución las sentencias sin consultarlas a V.A. (. . .) y últimamente haber ejecutado otras penas afflictivas, como destierro, y azotes en diversos sujetos, sin figura de juicio" ⁹⁰.

El fiscal destacó en una oportunidad, "no habiendo sido legal el procedimiento, como se reconoce de las causa desde sus principios, sin haberse practicado de oficio más diligencias, desde que se condenó a P., que unos careos, que si algo produjeron, no fue otra cosa que debilitar las observaciones que impropriamente se han llamado indicios, y sospechas, no prestando sustancia, ni mérito jurídico para llevar adelante la causa, porque no es tan absoluto el ánimo judicial, que sin él pueda proseguirla (. . .) advirtiéndose también entre otras cosas, que sin embargo de no haber hallado mérito la parte del promotor fiscal para la acusación se pasó al plenario, sin haberle hecho cargos formales al preso, y se recibió la causa a prueba con todos cargos" ⁹¹.

En otro caso, "como ni se hiciese reconocimiento de heridas, ni porque el conocimiento sobre dicha muerte, se tomó a los seis, u ocho años según se comprende de la misma causa, tampoco se recibió información sobre el particular, ni se cuidó de hacer constar en qué iglesia se enterró; parece que importando estos conocimientos para la determinación de la causa (. . .) se sirva

89. 26-10-1788. JMP, I, 421.

90. 26-9-1786. JMP, I, 189-195. La Audiencia lo condenó a las penas de multa, inhabilitación temporaria y apercibimiento.

91. 17-3-1786. JMP, I, 476.

declararla por nula, de ningún valor ni efecto, o al menos revocarla, y mandar que evacuadas las mencionadas diligencias con la exactitud que corresponde proceda a pronunciar nueva sentencia" ⁹².

Los vicios pudieron ser menos graves y no invalidar el proceso. Así, uno fue reputado válido "sin embargo de no haberse reconocido dicha herida, no haberse hecho aprehensión real de la daga, con que se dice hizo resistencia, y que las personas contra quienes se ejecutó no aparece estuviesen autorizadas para dicha aprehensión" ⁹³.

92. 17-4-1789. JMP, II, 476.

93. 26-4-1787. JMP, I, 254.