

Las inducciones de esta última especie, designadas habitualmente con el nombre de *indicios*, que les daba ya Quintiliano, son las únicas de que tengamos que ocuparnos. Esta distinción es importante en Inglaterra, porque en este país, corresponde á la magistratura, y no al jurado (1), determinar sobre las presunciones que se confunden con la evidencia (Blaxland, *Cód. ver. angl.* pág. 500.)

809. ¿Merecen las presunciones mas fé que los testimonios directos? Puede pensarse en darles la preferencia, si se atiende al peligro de la corrupcion de los testigos, de la alteracion de los escritos; de donde el axioma de la jurisprudencia inglesa, que los hechos no mienten (*facts cannot lie*). Pero, si el testimonio mudo que se funda en los indicios no puede ser sospechoso de falacia, como el testimonio del hombre, puede, no obstante, ser algunas veces obra del dolo; no deja de haber ejemplos de que una pérdida convincente haya preparado anticipadamente ciertos signos para hacer creer en la existencia de un delito supuesto. Mas aun; aun cuando los indicios en que se funda la presuncion están al abrigo de toda sospecha de falsedad, la relacion que pueda existir entre estos indicios y la realidad de un hecho litigioso es muchas veces equívoca, mientras que una vez establecida la sinceridad del testimonio; resalta de ella con evidencia la verdad del hecho. Por lo demás, es difícil sentar sobre este punto reglas generales, puesto que la fé del testimonio varia hasta lo infinito, segun las circunstancias, dándoles su reunion frecuentemente una fuerza de que carecerian enteramente si estuvieran aisladas.

810. La cuestion sobre hasta qué punto hace verosímil tal elemento conocido la existencia de tal ó tal causa desconocida, subordinada por su naturaleza á las luces de la razon, depende en general únicamente de la apreciacion del juez. Pero, en los casos mas importantes, la ley, queriendo

1. Lo mismo en lo civil que en lo criminal, puesto que existe en Inglaterra el jurado en todas las jurisdicciones criminales.

asegurar la estabilidad de ciertas posiciones, y evitar ciertas controversias, ha establecido presunciones con que tiene que conformarse el juez. Hay, pues, presunciones legales, lo mismo que hay pruebas legales. No es esto decir, que resulte de las presunciones establecidas por la ley una certidumbre completa de los hechos que el juez está obligado á deducir; así, la circunstancia de que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio, no es una prueba absoluta de la paternidad del marido. Pero, en el curso ordinario de las cosas, la virtud de las mujeres es la regla, y el vicio la escepcion; el matrimonio con la madre del niño hace, pues, la paternidad bastante verosímil, para que se haya podido, en interés de la seguridad social, establecer entre estos dos sucesos la relacion de causa á efecto, salvo la negativa de reconocimiento en ciertos casos determinados.

811. Antes de hablar de las presunciones á que la ley dá una fuerza enteramente particular, ocupémonos de las presunciones simples, es decir, de las que se han abandonado á las luces y á la prudencia del magistrado.

812. Debe observarse que no tendremos que desarrollar aquí las reglas de un procedimiento especial. Las presunciones no exigen ni el exámen de testigos, ni la comprobacion de escritos; dan simplemente lugar de ordinario á una discusion en los pedimentos ó en los informes. No obstante, la investigacion de los indicios es muchas veces objeto, ya de una comprobacion directa por el juez, ya de un juicio pericial, puntos de que hemos tratado en la primera parte de esta obra. La instruccion preparatoria, en materia criminal, en que los indicios son de tanta importancia, puede considerarse como una de las formas de la comprobacion directa y del juicio pericial (1).

Nuestra ley 8, tít. 14, Partida 3ª admite en el número de las pruebas las presuncio-

1. De hecho, y salvo ciertos procedimientos, tales como la inscripcion de falsedad, en que los pedimentos del abogado son un informe por escrito, raras veces hay una discusion formal en estos actos, que serian ventajosamente reemplazados con conclusiones motivadas.

nes, y las define del modo siguiente: "E aun hay otra natura de probar, á que llaman presunciones, que quiere tanto decir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba. E como quier que el rey Salomon diese su juicio por sospecha solamente sobre la contienda que era entre la mujer libre, e la que era sierva, en razon del fijo; pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales ó de sospecha, fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro; porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad."

Entre nosotros, las presunciones se dividen en *presuncion legal ó de derecho* y es la que determina la ley, y en *presuncion natural ó de hombre*, y es la que forma el juez por las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina; por lo que tambien se le llama *judicial* y esta es la á que se refiere M. Bonnier en este párrafo y que llama *presuncion simple* (V. el núm. 811). (N. de C.)

El capítulo 12 del tít. 6º del Código de procedimientos del Distrito federal contiene las prevenciones siguientes: "Presuncion es la consecuencia que la ley ó el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.—Hay presuncion legal:—1ª Cuando la ley la establece expresamente:—2ª Cuando la consecuencia nació inmediata y directamente de la ley.—Hay presuncion humana cuando de un hecho debidamente probado, se deduce otro que es consecuencia necesaria ó infalible de aquel.—El que tiene á su favor una presuncion legal, solo está obligado á probar el hecho en que se funda la presuncion.—No se admite prueba contra la presuncion legal:—1º Cuando la ley lo prohíbe expresamente:—2º Cuando el efecto de la presuncion es anular un acto ó negar una accion.—Se exceptúa de lo dispuesto en la fraccion segunda del artículo anterior, el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.—Contra las demas presunciones legales y contra las humanas es admisible la prueba.—Las presunciones humanas no servirán para probar aquellos actos que conforme á la ley deben constar por escrito.—La presuncion debe ser grave: esto es, digna de ser aceptada por personas de buen criterio. Debe tambien ser precisa: esto es, que el hecho probado en que se funda, sea parte ó antecedente ó consecuencia del que se quiere

probar.—Cuando fueren varias las presunciones con que se quiere probar un hecho, han de ser ademas concordantes: esto es, no deben modificarse ni destruirse unas por otras, y deben tener tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no puedan dejar de considerarse como antecedentes ó consecuencias de este.—Si fueren varios los hechos en que se funda una presuncion, ademas de las calidades señaladas en el artículo 765, deben estar de tal manera enlazados, que aunque produzcan indicios indiferentes, todos tiendan á probar el hecho de que se trate, que por lo mismo no puede dejar de ser causa ó efecto de ellos."—(Artículos del 757 al 767).

Por los arts. 799 y 800 del mismo Código se previene que "las presunciones legales de que habla el art. 761 hacen prueba plena y que las demas presunciones la hacen mientras no se prueba lo contrario."—(N. de los EE.)

LIBRO PRIMERO.

PRESUNCIONES SIMPLES (JUDICIALES O DE HOMBRE).

SUMARIO.

813. Fuerza de las presunciones, bien en lo civil, bien en lo criminal.

813. En las legislaciones que abandonan en toda materia las pruebas á la apreciacion del juez, éste es quien debe pesar el valor de los indicios, así como el de los testimonios, sin que venga regla alguna á restringir *á priori* la fuerza de las presunciones. Así se verificaba en Roma: "Indicia certa, decia Diocleciano (l. 19, Cod. *de reivind.*). "non minorem probationis quam instrumenta continent fidem." Pero en nuestro derecho, que somete á pruebas preconstituidas las convenciones de las partes, era preciso, bajo pena de inconsecuencia, excluir las presunciones donde se excluía la prueba por testigos, á fin de poner entonces á los contratantes en la necesidad de redactar un escrito. De aquí la poca autoridad de las presunciones en materia civil, en que la mayor parte de los procesos se refieren á contratos. Por el contrario, en materia criminal, donde casi siempre se trata de simples hechos, tienen una extrema importancia, puesto que pueden motivar con frecuencia una condena

capital. Aquí, lo mismo que respecto de la prueba testimonial, es preciso atenerse á la naturaleza de las cuestiones, y no al carácter de la jurisdicción que entiende del asunto: así, pues, se admitirán las presunciones en lo civil, cuando no se trate de disposiciones que deben consignarse por escrito, cuando se reclame, por ejemplo, la reparación civil de un delito; serán, por el contrario rechazadas en lo criminal, cuando se trate de acreditar previamente la existencia de un contrato que debia ser consignado por escrito, de un depósito, por ejemplo; cuya violación se alegase.

No estableciéndose por nuestro derecho las restricciones sobre la admisión de la prueba testifical en materia civil, y sobre la admisión de la documental en materia criminal, que por el derecho francés, la prueba de presunciones tiene lugar y se admite con mas amplitud, tanto en materia civil como en la penal, si bien no tiene tanta eficacia esta prueba ni ejerce la misma influencia en una que en otra. Así, pues, en materia civil, las presunciones de hombre ó judiciales solo hacen semiplena prueba, y las presunciones legales, si son *juris et de jure*, tienen tal fuerza, que no se admite contra ellas prueba en contrario; y si son *juris tantum*, ó de solo derecho, solo se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario.

En materia criminal, las presunciones á favor del acusado sirven para absolverle; mas las contrarias á él no pueden ser bastantes á condenarle, á no ser muy claras y vehementes, y nunca se impone, según nuestro derecho, la pena capital por meras presunciones ó indicios, como acontece según el derecho francés ó indica M. Bonnier en este núm. 813, pues para ello es necesario que las pruebas sean ciertas y claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir duda alguna, como dice la ley 12, tit. 14, Part. 3^a. Véase la nota inserta á continuación del núm. 52 de esta obra tom. I, donde se expone la regla 2^a de la ley provisional para la aplicación del Código penal y la sentencia del Tribunal supremo de 28 de Noviembre de 1865 y la A. al núm. 826.—(N. de C).

SECCION PRIMERA.

PRESUNCIONES SIMPLS EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

814. Fuerza de las presunciones simples mal definidas en el antiguo derecho.

815. Sistema del Código.

816. Admisibilidad de las presunciones en materia mercantil.

817. Carácterés que deben tener las presunciones.

814. La admisibilidad, en materia civil, de las pruebas circunstanciales, no se regia por principios muy ciertos en la antigua jurisprudencia. Aunque el espíritu de la Ordenanza de Moulins que queria pruebas estables y fijas, debiera dirigirse á excluir las presunciones en todos los casos en que se excluía la información, no rechazándolas el texto de la Ordenanza, habia que atenerse á las reglas sentadas por los jurisconsultos romanos, y por consiguiente, se dejaba al juez un poder ilimitado para decidirse según las circunstancias. Danty (adic. sobre el cap. VII, de Boiceau, §. 62 y siguientes), admite la doctrina que pone la autoridad de las presunciones en la misma línea que la de la prueba testimonial, pero no saca de aquí la consecuencia que deba aplicarse la misma exclusion en lo tocante á la una ó la otra prueba. Pothier se espresa de un modo sumamente vago, mencionando ciertas presunciones simples, como la que establece, en favor de un escribano ó de un procurador, la posesion de los títulos de la parte que pretende haberle dado poder de obrar en su nombre. Despues añade (Oblig., número 849): "Las demás presunciones que llamamos *simples* no constituyen por sí solas y por sí mismas una prueba, sino que sirven únicamente, para confirmar y completar la prueba que resulta por otra parte." Pero, ¿cuáles eran las presunciones no establecidas por una ley, que podian hacer prueba? ¿Cuáles eran, por el contrario, las que solo tenían una fuerza subsidiaria? Es evidente que todo esto depende de la apreciación arbitraria del juez. Así, vemos algunas veces á la antigua jurisprudencia, atenerse á indicios muy débiles en

las causas de un grande interés. Así fué como una providencia del Parlamento de Paris adjudicó á la ciudad de Auxerre una casa que habia principiado á edificar el obispo, y de la cual anunciaban un gran número de presunciones leves que habia tenido el proyecto de hacer un colegio, aun cuando no hubiera un hecho, ni aun meditado ningun acto de donación ó de fundación. El tribunal de casación decidió en este sentido por sentencia denegatoria de 22 de Marzo de 1810, que ha innovado el Código civil diciendo en el art. 1353.

815. "Las presunciones que la ley no tiene establecidas quedan enteramente á las luces y á la prudencia del magistrado, el cual no deberá admitir sino las presunciones graves, precisas y concordantes entre sí, y solo en el caso en que la ley admite la prueba de testigos, á menos que el acto sea atacado por causa de fraude ó de dolo."

Estas últimas espresiones, á no ser que sea atacado el acto por causa de fraude ó de dolo, son una verdadera redundancia, porque no es dudoso que la prueba testimonial se admite para acreditar el fraude ó el dolo, que son simples hechos, respecto de los cuales nunca se ha exigido que se presente una prueba escrita. No hay duda, que como han hecho notar nuestros autores antiguos (Merlin, *Repert. V. Indicios* §. 2), era necesario admitir la prueba circunstancial del fraude, que por lo comun no puede consignarse directamente por escrito, ni aun por testigos. Pero, con mas razon es admisible la prueba testimonial. Hubiera, pues, bastado poner, en general, la admisibilidad de las presunciones en la misma línea que la de la información (V. los discursos de los oradores del gobierno y del tribunado). Decimos, en general, porque no carece de ejemplo ver admitir la prueba testimonial, sin que sean admisibles las presunciones, según se ha decidido (núm. 599) para la prueba contraria contra los procesos verbales.

El sistema de nuestro Código, respecto á esto, no está admitido en todas las legis-

laciones. El procedimiento austriaco (V. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 63) no admite las presunciones simples, cuando no es admisible la prueba testimonial (1), aunque estuvieran fortificadas con el juramento supletorio del demandante. Sin ir tan lejos, la jurisprudencia de Nápoles (sent. del Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 1851, citado en la traducción siciliana de este tratado) quiere que antes de hacer uso de los indicios, se discuta sobre la admisibilidad de la prueba por testigos.

816. Puesto que se coloca á las presunciones en la misma línea que la prueba testimonial, son siempre admisibles, según la antigua costumbre (Merlin, *ibid.*, núm. 1), en materia mercantil, en que se recibe esta prueba, por el solo hecho de crear el tribunal que debe admitirla (Cód. de Com., art. 109). De donde esta doble consecuencia, que se puede acreditar con simples presunciones la existencia de una obligación mercantil, cualquiera que sea su importancia (sent. den. de 31 de Mayo de 1836), y que, según la doctrina que autoriza en materia mercantil la práctica de la prueba testimonial contra y fuera del contenido de las escrituras (núm. 145), se puede igualmente fundarse en presunciones para probar contra las enunciaciões contenidas en un escrito mercantil (sent. deneg. de 28 de Marzo de 1821 y 10 de Abril de 1860).

817. ¿Qué carácterés deben tener las pruebas circunstanciales para hacer fé en juicio? Danty (loc. cit.), aplicando á las presunciones las reglas que se siguen para apreciar las deposiciones de los testigos, quiere que sean graves y precisas; despues añade, aplicando la regla; *Testis unus, testis nullus*, que no basta una sola presuncion, sino que deben concurrir muchas para acreditar la realidad de los hechos alegados. El Código Napoleon, que quiere que sean graves, precisas y concordantes, parece un eco de esta doctrina, que ha reproducido Toullier (tom. X, núm. 21). Pero si se pudiera concebir en otro tiempo que se exi-

1. Esto se explica, por lo demás, por la facilidad con que admite la legislación austriaca [núm. 139] la prueba de testigos.

giera *á priori* cierta cantidad y cierta calidad de indicios, así como se exigía tal número y tal naturaleza de testimonios para obrar la convicción, en el día, que la práctica de la prueba testimonial está libre de todas estas trabas, deben desaparecer igualmente en lo relativo á las pruebas circunstanciales. Un hecho aislado puede dar lugar á inducciones de suma gravedad, y fuerza es confesarlo, la mayor parte de las presunciones legales no se apoyan efectivamente sino en un solo hecho. Siempre que la ley no ha dicho lo contrario, han perdido su fuerza los antiguos principios sobre la prueba legal, tanto en lo civil como en lo criminal (núm. 292), y el legislador se dirige, en principio, á los magistrados, lo mismo que á los jurados, en la instrucción de 21 de Octubre de 1791 sobre el procedimiento criminal, cuyos términos se reproducen por nuestro Código de instrucción (art. 342). La ley no pide cuenta á los jurados de los medios por los que se han convencido; no les prescribe reglas de que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba. La ley no les dice: Tendreis por verdadero todo hecho atestiguado por tal ó tal número de testigos: no les dice tampoco: No considerareis como suficientemente establecida toda prueba que no se forme de tales procesos verbales, de tales piezas ó documentos, de tantos testigos ó de tantos indicios: no les hace mas que esta pregunta: ¿Teneis una convicción íntima?

En lo tocante á la gravedad, la precisión y la concordancia, son en verdad preciosas cualidades; pero debe buscárselas igualmente en las declaraciones de los testigos, aunque la ley no hable de ellos, y no puede considerárselas aquí sino como indicadas á la conciencia del juez. Así, el tribunal de casación ha deshechado el 27 de Abril de 1830 un recurso fundado en este singular motivo, que las presunciones en el caso en cuestión no eran graves, precisas y concordantes, como si fuera posible ver aquí una cuestión de derecho. Con mayor razón ha rehusado (sent. deneg. de 5 de Di-

ciembre de 1849) ver un *exceso de poder* por parte de un juez de paz que habia rehusado admitir presunciones que se decían graves, precisas y concordantes.

Un sistema menos feliz aún, sobre el que este mismo tribunal ha hecho justicia (sent. deneg. de 11 de Noviembre de 1806), consistía en sostener que, en el caso previsto por un texto famoso de Papiniano (l. 26 D., *De prob.*), citado por Pothier y muy en voga en la antigua jurisprudencia, la inducción no era admisible sino en cuanto presentaba el caso en cuestión la reunión de diversas circunstancias enumeradas por la ley romana. Es sobrado evidentemente que la ley *Procula* no tiene entre nosotros mas que una autoridad de doctrina, y que la pretendida violación de esta ley no podría dar lugar á un recurso en casación.

Por derecho español, las presunciones judiciales ó de hombre que son las de que trata aquí M. Bonnier con el nombre de presunciones simples, solo hacen semi-plena probanza más ó menos fuerte según el grado de probabilidad en el raciocinio, y quedan abandonadas á las luces y á la prudencia del magistrado, no produciendo plena prueba, sino en unión con otras pruebas legales, como dice la ley 8, tít. 14, Partida 3^a con estas palabras: "pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales e de sospecha." El juez no debe admitir mas presunciones que las que sean graves, precisas y concordantes con el objeto del litigio.

Nuestro Código de Comercio admite tambien las presunciones como medio de prueba para probar las obligaciones mercantiles, calificándose según las reglas del derecho común el grado de prueba que les corresponda. V. el art. 262.

Acerca de la apreciación y carácter de las presunciones de que trata M. Bonnier en el núm. 817, deben tenerse presentes las nuevas disposiciones que sobre la apreciación de las pruebas y su valor se hallan establecidas en la nueva ley de Enjuiciamiento. Así se ha declarado por el Tribunal Supremo, por sentencia de casación de 28 de Noviembre de 1865 en un caso que versaba sobre la presunción, por la que se puede probar el adulterio según la ley 11, tít. 17, Part. 7. Una de las mas principales de estas reglas es la del art. 317 sobre

la apreciación de la prueba testifical.—
(*N. de C.*)

SECCION SEGUNDA.

PRESUNCIONES SIMPLS EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

818. Importancia de los indicios en materia penal.
819. División.

818. En lo criminal, las presunciones que se llaman mas propiamente *indicios*, tienen suma importancia. Cometiéndose los delitos frecuentemente sin testigos, es necesario, atenderse á las pruebas circunstanciales, por inferiores que sean á las pruebas directas.

819. Vamos á hablar desde luego de la admisibilidad de los indicios; despues presentaremos algunas observaciones sobre su clasificación, y sobre el modo como conviene discutirlos.

§. I.—ADMISIBILIDAD DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

820. Importancia de los indicios en Roma.
821. Fuerza de los indicios completada por el tormento, en nuestro derecho antiguo.
822. Pena extraordinaria y sobreseimiento.
823. Principio sentado por el Código de instrucción.
824. Necesidad de una discusión contradictoria.
825. Legislación austriaca sobre los indicios.
826. Casos en que se admite los testigos sin admitir los indicios.

820. Háse reconocido en todos tiempos, que la prueba de indicios presenta graves peligros: "Nec de suspicionibus debere aliquid quem damnari, divus Trajanus rescripsit," nos dice Ulpiano (l. 5, D. *de pen.*). Por otra parte, Graciano permite valerse de ellos, "indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus" (l. últ. *de probat.*). Sabido es, por lo demás, que los jurisconsultos romanos no trataron nunca de fijar los límites que separan la duda de la certidumbre. En materia de presunciones, lo mismo que en materia de testimonios, no tenían la pretensión irracional de encadenar la conciencia del juez con las reglas del derecho, como si la convicción legal se apo-

yara en otras bases que la convicción moral; no querían mas que darles prudentes consejos. Vemos, por los escritos de Ciceron y de Quintiliano, que los indicios eran muy importantes en las acusaciones criminales en Roma. Lo mismo que en el sistema de las acusaciones privadas, no se procedía á un interrogatorio en forma de acusación, por lo que no habia otro recurso despues de oír á los testigos, que la discusión de las pruebas circunstanciales, discusión que por su naturaleza misma se prestaba singularmente á los efectos del arte oratorio.

821. Según el sistema inquisitorial que se dirige á la investigación de la verdad, el exámen de los indicios no es solamente un texto para los informes, sino que es un medio de información que es preciso combinar con las declaraciones de los testigos, y sobre todo con el interrogatorio del acusado. Provocar esplicaciones orales para aclarar las pruebas circunstanciales, en vez de discutir las pura y simplemente, *in abstracto*, es evidentemente un progreso perceptible en legislación. Desgraciadamente, un deseo exagerado de llegar al descubrimiento de la verdad hizo emplear la vía menos propia para alcanzar este objeto, la violencia física. Siempre que no hay confesión del acusado, ó atestación de dos testigos intachables, los indicios, por graves que fuesen, no podían generalmente dar lugar (V. núm. 828) á una condena capital, sino solamente al uso del tormento; escrupulo singular, que para no condenar con demasiada facilidad á un culpable, corría el peligro de hacer sufrir á un inocente un modo de instrucción que era por sí solo un verdadero suplicio. El tormento preparatorio era una especie de prueba legal, que tenia por efecto, si era favorable al acusado, purgar los indicios. "Torturæ tanta vis est," dice Farinacio (*Quest.*, 40, número 1^o) ut in ea persistens negando vel non persistens fatendo, quidquid dixerit, puram veritatem dixisse præsumatur." "Cuando "el acusado, dice Pothier (Tratado del procedimiento crim., sec. V. art. 2, §. 3), no

"ha confesado en el tormento el crimen de que se le acusa, si la sentencia que ha ordenado el tormento, no hace reserva de pruebas, todas las pruebas y los indicios que están en el proceso contra el acusado, son purgadas por el tormento; y si no sobrevienen otras nuevas entre el tormento y la sentencia, debe ser absuelto." Esta facultad de reservar los indicios es todo lo mas arbitrario que puede concebirse. Así, muchos autores querian por lo menos, que el *manentibus indiciis* no pudiera pronunciarse sino por los Tribunales Supremos (1); la Ordenanza de 1670 (tit. XIX, art. 2) establece tambien esta facultad para todas las jurisdicciones, contra el parecer del presidente Lamoignon. Cuando no se habia hecho esta reserva, la energía moral del acusado, ó al menos la fuerza de sus nervios, tenia la virtud de destruir todos los cargos que podian pesar anteriormente sobre él. Si, por el contrario, se arrancaba una confesion por el tormento, esta confesion daba una falsa seguridad al juez, quien condenaba sin imponerse la obligacion de examinar el valor real de los indicios. Nunca ha habido mas condenas injustas que bajo el imperio de una jurisprudencia que prohibia imponer la pena capital por simples indicios. La historia tan conocida de la *Urraca ladrona* no es mas que un ejemplo desgraciadamente sobrado verdadero de estos deplorables errores judiciales (2).

822. Si no pueda tratarse ya en el dia de suplir, con el auxilio del tormento la insuficiencia de las presunciones que militan contra el acusado, otro error que está lejos de hallarse enteramente desarraigado, y que hemos tenido ya ocasion de combatir (núm. 52) es el que consiste en imponer, en caso de duda, segun la estraña frase de Papon *alguna condena graciosa ó estraordinaria*. Este medio término, tan contrario á la

1. El tormento con reserva de pruebas era una pena que se consideraba como mas rigurosa que la de galeras perpétuas [ord. den. de 1670, título XXV, art. 13]. Esta reserva permitia aplicar otras penas que la de muerte [ibid., tit. XIX, art. 12].

2. Sabido es que se consagró en París hasta la revolucion de 1793, la memoria de este triste suceso, con una misa conocida con el nombre de *Misa de la Urraca*, á la cual asistian los magistrados con togas rojas.

justicia como á la lógica, aunque rechazado, como hemos visto, desde 1737 por el canceller d'Aguesseau, se ha sostenido largo tiempo por la doctrina. Volvemos á encontrarlo en Merlin: "Si solo se tratara, dice hablando de los delitos contrarios á las costumbres (Repert., v.º *Indicios*, núm. IV) de imponer una pena leve, y mas bien correccional que afflictiva ó infamante, no se deberia ser tan riguroso sobre las pruebas, porque, aun cuando el acusado no fuese culpable del delito que se le imputa, seria siempre reprehensible de haber dado lugar con su conducta á sospechas escandalosas." Encuéntrase tambien este sistema, así como el del *sobreseimiento* y el *mas amplio informe* en ciertas legislaciones germánicas. Pero no hay nada semejante en nuestro derecho francés moderno, que no reconoce medio entre la culpabilidad y la inocencia. Así, el art. 727 del Código Napoleon solo declara indigno al que ha sido condenado por haber dado ó intentado dar muerte al difunto, mientras que en otro tiempo bastaban simples sospechas para autorizar ó pronunciar la indignidad. Así fué, que en el asunto de la *Bella tonelera*, el Parlamento de París declaró, el 3 de Junio de 1766, que podia resultar la indignidad de una simple sentencia de á mas amplio informe.

823. Todas las restricciones relativas á la fé de los indicios en materia criminal han desaparecido de nuestra legislacion, desde la abolicion del sistema de las pruebas legales. Ya hemos citado (núm. 817) la instruccion de 1791, reproducida por el art. 342 del Código de instruccion criminal, que aplica especialmente á los indicios el principio moderno comun á todas las jurisdicciones, segun el cual, se halla generalmente libre de toda traba la conviccion del juez. "La ley no dice á los jurados: No considereis como suficientemente acreditada toda prueba que no se forme de tal proceso verbal, de tales piezas ó documentos, de tantos testigos, de tantos indicios; no les hace mas que esta pregunta que contiene todo el resúmen de sus deberes. ¿Teneis una íntima conviccion?" Desde en-

tonces, si no há lugar á reproducir las limitaciones de la antigua jurisprudencia relativamente al número y á la naturaleza de los indicios, no debe tampoco declararse, con ciertos jurisconsultos ingleses (número 806) que la prueba circunstancial es preferible á toda otra prueba, porque no es susceptible de falacia. M. Wills (cap. II, secc. 8) hace notar con mucha razon, que los hechos en que se funda esta prueba, suponiéndolos concluyentes, lo cual no es siempre cierto en la práctica, se apoyan frecuentemente en la fé del testimonio, y que es imposible en su consecuencia, fundar en tésis la superioridad de la prueba por indicios sobre la prueba por testigos.

824. Las reglas que se dirigen á determinar *a priori* el valor de los indicios como las demás aplicaciones del sistema de las pruebas legales, son difícilmente compatibles con la institucion del jurado (V. núm. 52). Es verdad que el jurado inglés ó americano recibe, bajo este respecto, instrucciones de los jueces, pero la apreciacion de las pruebas circunstanciales se halla abandonada en definitiva á su inteligencia (M. Greenleaf, tit. I, pág. 59). Compréndese mas la utilidad de estas reglas donde se ejerce la jurisdiccion criminal por una magistratura permanente, sobre todo donde es secreto el procedimiento escrito. "El acusado y su defensor, dice M. Mittermaier (capítulo 61, nota final), "no compareciendo en el procedimiento final, no pueden ni contradecir los indicios, ni preveer qué circunstancias de detalle relatadas en las piezas harán una impresion poderosa en el ánimo del juez que juzga en definitiva. Este por otra parte, les atribuye un valor que no tiene realmente en la causa, ó bien se deja llevar á contar maquinalmente los indicios, en vez de examinar la persona del acusado, y de pesar la importancia real de las circunstancias. Aquí tambien debe darse la preferencia al sistema del debate oral y público donde todo indicio de cargo se articula separadamente por el acusado; donde el acusado, á su vez, es puesto en posesion de todos los medios de pro-

ducir su defensa sobre cada punto de debate; mientras que el juez, por su parte, considera atentamente su persona y su actitud, que le suministran datos útiles, y pronuncia, al fin de la causa, una sentencia que se puede decir producto de sus impresiones en conjunto y en detalle, á consecuencia de todo el debate."

825. El Código de procedimientos penal austriaco de 1853, reproduciendo en gran parte las disposiciones de un decreto especial del 6 de Julio de 1833, sienta (§. 279) los principios siguientes:

"El inculpadó que niega el hecho puede ser tenido (1) por legalmente convicto por el concurso de los indicios, pero solamente cuando se hallen reunidas y de concierto las tres condiciones siguientes:

I. "Es preciso que tanto el hecho como las circunstancias que lo constituyen estén plenamente probados:

II. "Es preciso que concurren los indicios contra el inculpadó en el número determinado por los §§. 138 y 140.

III. "De la combinacion de los indicios, de las circunstancias y de las relaciones establecidas por la instruccion, debe resultar una conformidad tan directa y tan clara entre la persona del inculpadó y el delito, que, segun el concurso ordinario y natural de las cosas, no se pueda suponer que lo haya cometido ninguna otra persona que el inculpadó."

La primera de estas condiciones, la consignacion prévia del delito, debe exigirse razonablemente entre nosotros, siempre que sea posible, es decir, cuando se trata de los *delicta facti permanentis* (núm. 109).

La tercera es de la esencia de la prueba por indicios, que supone siempre una conviccion bien decidida.

En cuanto á la segunda, cuya esplanacion se encuentra en las disposiciones del Código que enumeran un gran número de indicios, y exigen en general (§. 283) que estos indicios concurren en número de tres,

1. Observemos que se dice que el acusado puede ser, y no que debe ser tenido por legalmente convicto. La doctrina de las pruebas legales no existe ya en efecto actualmente en los países en que es admitida, sino en favor del acusado.

es preciso confesar que es puramente arbitraria. Un solo indicio puede ser decisivo; tres ó aun cuatro indicios pueden no tener fuerza alguna. El buen sentido quiere que, así como los testimonios, se pesen y no se cuenten. Por lo demás, la legislación austriaca es consecuente, puesto que admite también la máxima: *Testis unus, testis nullus* (§. 269), y como las presunciones no tienen la misma fuerza que los testimonios directos, ha creído deber exigir tres presunciones para que hagan las veces de dos testigos. Esto solo es, además, la reproducción de la doctrina de los antiguos intérpretes, que exigían que las presunciones fuesen en número de tres, á no ser que fueran extraordinariamente vehementes, en cuyo caso podrian bastar dos (compárese Dumoulin, cost. de París, tít. de los feudos, §. 33, glos. II, núm. 69, con el decreto austriaco de 1833, §§. 6 y 7). Es sensible ver estas rancias ideas vueltas á poner en auge en el siglo XIX (V. también la Ord. crim. de Baden de 1845, art. 261).

826. El principio, verdadero en lo criminal como en lo civil, que admite las presunciones donde quiera que se admiten los testigos, nos ha parecido padecer excepción cuando se trata de practicar la prueba contraria á ciertos procesos verbales. No se puede entonces, según los términos del artículo 154 del Código de instrucción, practicar mas que pruebas bien sea escritas, bien testimoniales. En su consecuencia, los indicios no se considerarían en esta materia como medios de prueba formales (núm. 599). No hay duda que hay casos en que los indicios de descargo, opuestos á un proceso verbal, pueden ser sumamente graves. Así, supongamos que un guarda de montes consigna un delito ó una contravención rural, y que el culpable haya debido dejar necesariamente la huella de sus pasos en la nieve; si la persona designada en el proceso verbal acredita claramente que las huellas que se han encontrado no corresponden en manera alguna á sus pies ó calzado, ¿no sería sumamente injusto sostener la fé del proceso verbal,

mientras no sea atacado por la vía costosa y complicada de la inscripción de falsedad? Hay algo de arbitrario en escluir de esta suerte en masa los indicios, en lugar de analizarlos, pero tal nos ha parecido ser el espíritu de la legislación especial.

Ya hemos espuesto en nuestras adiciones anteriores los peligros que presenta la prueba de indicios según la ley 8, tít. 14, Part. 3, que dá la razón de ello, "porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad." Sin embargo, entre nosotros, no prescribiendo nuestras leyes las limitaciones que el derecho francés en materia de pruebas, la prueba de presunciones ó indicios se admite con la misma amplitud que las demás clases de prueba, tanto en lo civil como en lo criminal.

Respecto á la doctrina que espone M. Bonnier en el núm. 822, debe tenerse presente, que entre nosotros, el juez ha de proceder al castigo del acusado cuando el delito resulta demostrado completamente con pruebas mas claras que la luz, y de lo contrario, ha de absolverle, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones, con especialidad si la pena habia de ser de las mas graves.

Las leyes de partida exigen para condenar á uno que haya pruebas tan claras como la luz. La ley 12, tít. 14, Part. 3ª se expresa en este sentido con suma claridad sobre la prueba de indicios. "Criminal pleito que sea movido contra alguno, dice, en manera de acusación ó de raptor debe ser probado abiertamente por testigos ó por cartas, ó por conecencia (confesión) del acusado *et non por sospechas* tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del hombre o contra su fama, que sea probado et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda... Pero cosas señaladas y ha" añade luego la misma ley, "en que el pleito criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigüe por otras pruebas," y en seguida refiere varios hechos ó presunciones en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio, para imponer la pena correspondiente, sin hablar de otro ningún delito. Pueden verse también las leyes 7 y 9, tít. 31, Part. 7ª. Sin embargo, algunos autores, y entre ellos Escriche sientan, que esta ley que prohíbe la condenación por sospechas, por señales ó presunciones, habla solo de las presunciones, señales ó sospechas que dejan lu-

gar á la duda, pero que si en lugar de meras sospechas, señales ó presunciones concurren hechos y circunstancias tan íntimamente ligadas con el crimen que llegan á formar un convencimiento irresistible de que el acusado lo ha cometido, estos indicios entonces serán verdaderas demostraciones, inferencias necesarias, pruebas tan claras como la luz, y aunque no haya confesión, escritos, ni testigos presenciales del hecho principal, podrán servir de base para imponer al reo la pena que por el delito la ley ha designado.

Por nuestra parte, no obstante este raciocinio, creemos que no podrá imponerse por indicios ó presunciones la pena capital, mucho menos en el día, después de las prescripciones que contiene la regla 2ª de la ley provisional para la aplicación del Código penal que hemos espuesto en nota al núm. 52 de esta obra, tomo 1º, y atendido el espíritu mismo de nuestro Código penal. Puede verse también las reflexiones que hemos espuesto sobre esta importante materia de la prueba de indicios en la causa de los hermanos Marina, que forma parte de las *Causas célebres*, publicadas por los editores Gaspar y Roig.

Respecto al *sobreseimiento* de que trata aquí M. Bonnier, vease la adición inserta á continuación del número 59 de esta obra. —(N. de C.)

§. II.—CLASIFICACIONES DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

- 827. Clasificación de los intérpretes, seguida por diversas leyes.
- 828. Indicios manifiestos, próximos, remotos.
- 829. Indicios antecedentes, concomitantes, subsiguientes.
- 830. Carolina y Código austriaco de 1853.

827. Los antiguos criminalistas, y las leyes que se han redactado según sus teorías, han dado diversas clasificaciones de los indicios.

828. Háseles dividido desde luego (*Inst. al der. crim.* de Muyar de Vouglans, parte VI, cap. V), en manifiestos ó urgentes, próximos y remotos.

Los primeros son los que tienen una relación necesaria con el hecho alegado. En la teoría de las pruebas legales no podrian ser combatidos por la prueba contraria. Dábase ordinariamente como ejemplo de indicio manifiesto, el caso en que dos testigos intachables depusieran haber visto al

acusado con una espada desnuda y ensangrentada en la mano salir del aposento donde habia sido encontrada una persona herida con espada. Sin embargo, este indicio es muy próximo, vehemente, si se quiere, pero no manifiesto; porque se podría acreditar, que hubo suicidio, ó que por el contrario, el acusado habia defendido á la víctima contra el matador que habia desaparecido. Mejor ejemplo es el que se saca del capítulo XII del título de *presumptionibus* de las Decretales, en que se considera el delito de adulterio como claramente probado, si se halla al acusado *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*. En nuestra legislación, que no admite otras pruebas que el flagrante delito ó la correspondencia (1), jamás se ha vacilado en considerar estas circunstancias como equivaliendo al flagrante delito (2); porque ¿cómo explicarlas? El acusado haria mal en sostener que nuevo Rovertó de Arbrissel, solo se esponia á la tentación, para tener el mérito de vencerla; ó bien, ¿pretenderia, con ciertos doctores (Mascardo, de *probat*, concl. el 57, núm. 5), que semejantes hechos, probando mas bien la tentativa que la consumación del delito, bastaban para hacer pronunciar la separación de cuerpos, mas no la pena de adulterio?

Además, en lo tocante al flagrante delito que exige la ley, no debe creerse, como se imagina con frecuencia, que el flagrante delito mismo debe resultar de un proceso verbal estendido por un oficial público. Basta que el hecho de las relaciones íntimas sea atestiguado por testigos dignos de fé. La prueba de este flagrante delito, dice una sentencia denegatoria del 6 de Mayo de 1853, "no está sujeta á condicion ni for-

1. Los tribunales eclesiásticos de Inglaterra admiten, en cuanto á la prueba del adulterio, dos principios contradictorios. Por una parte exigen como hemos visto [núm. 292] dos testigos aun cuando se halle directamente probado el hecho. Por otra parte, admiten como suficiente la declaración que los testigos están convencidos del adulterio, *from their impression and belief* [M. Greenleaf, tom. II, pág. 41].

2. Si los indicios son vehementes, sin llegar hasta la prueba de la consumación del adulterio, por ejemplo, si ha habido visita á una hora indebida, desorden en los vestidos, ect., estos hechos bastan para probar un grave perjuicio al honor del marido, y para motivar una acción en indemnización de daños y perjuicios [Agen, 11 de Marzo de 1850.]

"ma particular alguna; la convicción del juez puede formarse, conforme al derecho común, de todos los testimonios, de posiciones, informes y procesos verbales de naturaleza propia para acreditar á sus ojos que los acusados han sido sorprendidos *in ipsa turpitudine*." Todo lo que quiere la ley, es que esté formalmente consignado el flagrante delito.

Los indicios próximos son los que tienen una relación directa con el delito, sin suponerlo necesariamente. Pónese, por ejemplo, el embargo de efectos sospechosos, la enemistad capital del acusado, la compra de instrumentos propios para cometer el crimen, etc.

Los indicios remotos son los que no tienen más que una relación indirecta con el delito, tales como los malos antecedentes del acusado ó su fuga. Háse llegado hasta poner en el número de estos indicios (Muyart de Vouglans *loc. cit.*) *la mala fisonomía del acusado ó el mal nombre que llevaba*. Pero estos eran, fuerza es convenir en ello, indicios muy remotos.

Los indicios debían ser manifiestos para que se pudiera imponer la pena capital; debían ser próximos para dar lugar al tormento. Hoy la distinción de las diversas clases de indicios no tiene ya el mismo interés, pero el juez debe analizarlos cuidadosamente y pesarlos, si no está ya obligado á contarlos. Pues si los indicios son manifiestos, como no se halla obligado á creer en un milagro en el orden físico ó en el orden moral, no se le puede acusar de ligereza, cuando se declara inmediatamente convencido.

Muyart de Vouglans, queriendo poner los principios del derecho criminal en armonía con los del derecho civil, hace de los indicios manifiestos una presunción absoluta; de los indicios próximos, una presunción, admitiendo la prueba contraria; de los indicios remotos, una simple presunción. Pero esta correlación parece más ingeniosa que sólida. Los indicios manifiestos no producen siempre esa certidumbre absoluta, que equivale á una presunción ju-

ris et de jure. Los indicios próximos no equivalen á una presunción de derecho. Finalmente, los indicios remotos están necesariamente lejos de tener la autoridad que presentan, en lo civil, presunciones graves, precisas y concordantes. Encuéntrase en estas analogías y correlaciones el espíritu del rigor inflexible de los últimos defensores de nuestro antiguo derecho criminal, batido en brecha por los publicistas del siglo XVIII.

829. Una división bastante cómoda en la práctica, para establecer en algún modo la cronología de la acusación, clasifica los indicios en *antecedentes, concomitantes y subsiguientes*. Son indicios antecedentes los actos preparatorios, las amenazas, etc. Los indicios concomitantes se toman de las circunstancias que acompañan al delito, del hecho, por ejemplo; de haberse encontrado un arma perteneciente al acusado cerca de la víctima. La fuga, las tentativas de soborno de testigos, etc., son indicios subsiguientes. Si es útil investigar separadamente estas tres clases de indicios, es un grave error querer, como ha hecho el Código criminal de Baviera de 1813 (1) (art. 328, núm. 1), que estas tres clases de indicios se hallen reunidas. Esto es exigir una condición á veces imposible, y que hay obligación de eludir en la práctica bavuesa.

830. La famosa ordenanza criminal de Carlos V, conocida con el nombre de *Carolina*, enumerando los principales indicios que podrían dar lugar á la aplicación del tormento (2), los ha clasificado en indicios comunes y en indicios propios, según que pueden referirse á toda clase de delitos, ó

1. Este Código, obra del célebre Feuerbach, peca por una tendencia demasiado sistemática, y ha sido modificado por una ley de 29 de Agosto de 1848.

2. Pero la Carolina, conforme á la doctrina de los antiguos criminalistas [núm. 821] no permitía fundar la condena definitiva en simples indicios. Según el artículo 22 de esta ordenanza, no puede pronunciarse ni decretarse una condena de pena *sino hay* contra el acusado más que *indicios, sospechas, presunciones, cualesquiera que sean su número y naturaleza*. Los jurisconsultos alemanes del siglo XVII, imaginaron, para eludir la aplicación de este artículo, aplicar en este caso una pena extraordinaria [V. núm. 52]. Además, vuelve á encontrarse el espíritu de la Carolina en la ordenanza badense de 1845, cuyo art. 261 quiere, "que no tengan los hechos simplemente indicios por base de su demostración, sino que vengan pruebas inmediatas, solas ó combinadas con otros indicios á constituir la certidumbre jurídica."

son particulares al robo, al envenenamiento, etc. (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*) Las Salas del Consejo que deben determinar sobre la gravedad de los indicios, pueden tomar útiles indicaciones en estas reglas, cuya última edición puede considerarse el Código Austriaco de 29 de Julio de 1853, que enumera cuidadosamente los indicios generales y especiales (§§. 138-140.)

Los que deseen más amplios pormenores sobre la clasificación de los indicios, consultarán con fruto el libro V de las *Pruebas judiciales* de Bentham, dedicado á las pruebas circunstanciales, en que se trata esta materia sobre todo bajo el punto de vista del derecho criminal.

Los indicios se han dividido también por nuestros escritores criminalistas en próximos y remotos, leves y graves, urgentes ó vehementes, ó violentos, y equivocados ó medianos, claros ó indubitables, oscuros ó dudosos, etc.; pero generalmente los indicios ó presunciones se dividen en tres clases: vehementes, probables ó medianos y leves, según el mayor ó menor grado de probabilidad que ofrecen. El hallazgo de un hombre muerto ó herido en una casa, se tiene por un indicio de los más vehementes contra el morador de ella, cuando no se sabe quien fué el agresor, y la ley 16, tít. 21, lib. 12, de la Nov. Recop. le hace responsable, dejándole salvo su derecho para defenderse si pudiere. Puede verse la historia y explicación de esta ley en nuestras *Causas célebres*; causa de los hermanos Marina.

El Sr. Escribano, en su Diccionario, se expresa sobre esta materia en estos términos: No es fácil dividir, subdividir ni sujetar á cálculo lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago; no es posible formar una tabla ó escala en que se aprecie y fije en abstracto el valor real de los indicios simples ó combinados; los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan, porque los indicios varían en razón de las circunstancias, y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas. No puede sentarse en general que dos indicios forman prueba semiplena, y que tres, cuatro ó más la forman completa; dos solos ponen á veces la verdad en evidencia, y cuatro no hacen

en algunos casos más que mostrarnos el camino que conduce á ella... El indicio á veces no es una prueba, es solo una luz que puede guiar al juez en el descubrimiento de la verdad. La concurrencia de muchos indicios puede formar un aparato terrible contra el acusado, mas para ello es necesario que sean fuertes y no dependan unos de otros.

También es aplicable entre nosotros la doctrina que espone M. Bonnier en este párrafo sobre esta materia.—(N. de C.)

§. III.—DISCUSION DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

- 831. Exactitud que es de desear en el acta de acusación.
- 832. Debe separarse el hecho principal de los accesorios.
- 833. Deben correlacionarse los indicios entre sí.
- 834. Modelos que deben consultarse.

831. Conviene proceder con método y precisión en la discusión de los indicios; de otra suerte, cuando el asunto es un poco complicado, hay peligro de estraviarse.

El acto de acusación, que es la base del procedimiento en los delitos enormes, debe contener conclusiones claras y terminantes, enumerando cada uno de los cargos que pesan sobre el acusado, y los medios de apoyo de estos cargos. Debe hacer resaltar las inducciones que pueden sacarse del hecho alegado; después, demostrar como se ha consignado este hecho mismo, mientras que con sobrada frecuencia se procede al azar, insistiendo en circunstancias insignificantes, tanto como sobre aquellas cuya justificación sería decisiva. En el *indictmen* inglés, la parte acusadora está obligada á probar en términos técnicos los hechos acriminables que alega; pero se incurre en exceso cuando se introduce un estilo solemne de que el *indictmen* no puede apartarse bajo pena de nulidad. El 10 de Agosto de 1824 se anuló uno en los assises de Hereford, porque se había hecho uso en él de las palabras *assises generales*, en lugar de las de *grandes assises*; lo cual recuerda demasiado el sistema de las acciones de la ley, en que sucumbía un litigante