

mos. Dunod, que trata de esta cuestion bajo el aspecto del derecho comun, se espresa del modo siguiente:

«Presumiéndose de derecho la libertad, y teniendo á su favor esta presuncion el que obra por accion negatoria, no debe estar encargado de prueba alguna; pues incumbe á la parte que pretende la servidumbre probar que se ha constituido ó se ha prescrito; á menos que se reconozca á esta hallarse en posesion, porque su posesion destruiria la presuncion de la libertad.»

48. Resta examinar cómo puedo yo probar que no existe servidumbre sobre el fundo que poseo, puesto que esto es una negacion indefinida que se resiste á la demostracion. En casos semejantes, se ha adoptado un temperamento por los partidarios de la doctrina que sostenemos aquí: temperamento que consiste en obligar al demandado, no á probar su derecho, si no á alegar el título á que se refiere, por ejemplo, una donacion, un testamento (1).

Entonces se hallará colocada la cuestion en un terreno positivo y será posible al demandante probar que no existe dicho título. Si no lo consigue, se le negará su pretension: si por el contrario, logra probarlo, estará la presuncion en su favor y corresponderá al demandado que ha sucumbido ya una vez, justificar, si puede, la existencia de otro título. Este temperamento no es solamente cuestion de práctica, sino que se halla perfectamente conforme con los principios que hemos sentado en la primera parte de este artículo, en que hemos reconocido, que cuando no puede probarse una proposicion negativa, consiste en que es indefinida, de suerte que si se la hace definida, concentrándola en un punto, nada mas fácil que salir del embarazo respecto de su prueba (2).

Otro temperamento admitido en la práctica inglesa (M. Greenlaef, tomo 1.º, págs. 103—106), consiste en mostrarse menos riguroso para la prueba, con respecto al que se vé en el caso de probar una negativa; entonces basta que se funde su alegacion en una presuncion razonable, á falta de todo testimonio. Así, cuando se trata en virtud de la ley del 3 de mayo de 1844, que prohíbe (art. 13)

(1) En Roma se seguía una marcha análoga en la *interrogatio in jure*. (V. en el Digesto, el título *De interrogationibus in jure faciendis*).

(2) Atendiendo, dice dicha sentencia de 1826, á que la prueba negativa se considera afirmativa siempre que revestida y circunscrita por hechos positivos de tiempo ó de lugar, resulte ella misma perfecta y completa de la sola prueba de estos hechos.

cazar en tierras de otro, *sin su consentimiento*, no necesita demostrarse la falta de consentimiento de un modo preciso, sino que basta probarlo valiéndose de las circunstancias del caso.

49. En resumen, para reducir la cuestion á su mas sencilla expresion, valiéndonos de las formas de la lógica, la opinion que hemos tratado de combatir, puede reducirse á este silogismo. No es susceptible de prueba una proposicion negativa; es así que el que alega una proposicion que no es susceptible de prueba, puede echar la prueba sobre su adversario; luego el que alega una proposicion negativa puede echar la prueba sobre su adversario. Ya hemos consignado que toda negativa sería susceptible de demostracion, lo cual destruye la mayor de este silogismo. La menor está en oposicion con los principios mas constantes sobre las reglas de un buen procedimiento, puesto que dicha menor se apoya falsamente en el derecho romano que la rechaza en los casos ordinarios y no la autoriza en caso particular, sino bajo la influencia de ideas que no tienen curso en el día. Así, pues, hay que llegar forzosamente á la conclusion, de que entre nosotros incumbe siempre la prueba al demandante, y que puede hacerla, aun cuando se trate de un hecho negativo; lo cual conseguirá mucho mas fácilmente, si se admite esta prudente restriccion, que para hacerla negativa definida, es permitido obligar á la parte contraria á precisar sus pretensiones.

## II.

## ¿QUÉ DEBE DECIDIRSE A FALTA DE PRUEBAS SUFICIENTES?

## SUMARIO.

50. Manera como se relaciona esta cuestion con la precedente.
51. Justificación del principio que decide sin duda alguna en favor del demandado.
52. Violacion de este principio en lo criminal, por medio de la institucion de la *pena extraordinaria*.
53. Conforme á este mismo espíritu, variaciones de la antigua absolucion (*acquittement*) ó término medio entre la absolucion (*acquittement*) y la condena.
54. Salida por la galería.
55. Simple apertura de las prisiones,
56. Sobreseimiento.
57. A mas ámplio informe.
58. No debe confundirse la providencia de no há lugar con la absolucion (*acquittement*).
59. Diferencia entre lo civil y lo criminal en esta materia.

50. Ya hemos dicho que esta cuestion se refiere íntimamente á la precedente. De la solucion de esta cuestion depende en efecto en gran parte el interés de las dificultades relativas á la parte que corresponde á cada litigante respecto de la prueba en el procedimiento; porque no debemos imaginarnos, que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose á ilustrar á la justicia, y además, raras veces dejará de haber peligro en abstenerse de responder á las alegaciones del adversario. Pero la importancia de la atribucion de la parte que á cada litigante corresponde respecto de la prueba en el procedimiento, consiste sobre todo en que la insuficiencia de la prueba, de parte del que está encargado de producirla, lleva consigo la denegacion de su pretension. *Actore non probante, reus absolvitur*.

Esta es la gran ventaja de la posicion del demandado, desde que se admite con nosotros, que incumbe siempre la prueba al demandante. Las consideraciones que militan en favor de esta decision

conducen á reconocer que, que el demandante que no prueba su pretension, debe sucumbir respecto de ella. La prueba no seria una carga (*onus probandi*) si el no verificarla no debiera ser fatal á la parte que debe probar.

51. Sin embargo, no siempre se ha observado este principio tan racional; los Romanos que nos lo han trasmitido, no han sido siempre fieles á él. Así, Aulo Gelio (Noches Aticas, lib. XIV, cap. II), nos dice, que teniendo que decidir sobre la existencia de un crédito, en un negocio en que el demandante no tenia pruebas suficientes, pero en que era de una reputacion intacta, mientras que la del demandado era detestable, salió del compromiso, jurando que no veia claro en el negocio, *sibi non liquere* (1), lo cual hoy se consideraria como una denegacion de justicia. Nuestros autores antiguos por su parte, han propuesto diversos espedientes para resolver las cuestiones dudosas. Unos quieren que se corte la diferencia por la mitad, lo cual llama Cujacio con razon *anile iudicium*. Otros proponen que se eche suertes, lo cual se ha realizado efectivamente en 1644, en la famosa *sentencia de las tamaras ó pajillas* (2). Lo arbitrario y ridículo que resulta del uso de tales medios, prueba cuán prudente es sentenciar pura y simplemente en favor del demandado.

Es verdad que un novador intrépido, que hemos tenido ocasion de encontrarnos al paso, Bentham, propone echar abajo la antigua máxima *actore non probante*, etc. Entre el demandante y el demandado la *presuncion antejudicial*, para valernos de sus espresiones, debe estar en favor del primero. (V. Pruebas judiciales, edic. de Dumond, t. II, lib. II, cap. II.) Las causas ganadas por los demandantes, dice, están en proporcion muy superior á las causas ganadas por los demandados. Pero esto es sacar de su sitio la cuestion. Aquí no se trata de saber si en todos los procesos, considerados en masa, tiene razon la mayoría de los demandantes, lo cual podria ser cierto: se trata de examinar si puede presumirse que un demandante que no ha probado suficientemente su derecho, está fundado en su pretension. No hay duda que la mayor parte de los demandantes triunfan, pero es porque consiguen probar su derecho. ¿Pero

(1) Paul. (l. 36 D. *de rejud.*) menciona el mismo juramento, *sibi non liquere*.

(2) Esta sentencia se dió por un Juez de Melle que hizo sacar á los litigantes pajillas ó tamaras que tenia entre los dedos. Afortunadamente para honor de la justicia, fué reformada por el parlamento de París.

hay en este resultado nada que nos autorice á suponer que los que no consiguieron probar, tenían razon en el fondo? ¿Quién no vé que si se admitiera semejante presuncion se abriría la puerta á los litigios mas escandalosos, á las mas intolerables vejaciones? Atengámonos á la máxima, tan antigua como sábia, que protege el *statu quo*, la presuncion de propiedad ó de libertad que limita en favor del demandado (1).

52. Esta máxima debe considerarse sagrada, sobre todo en materia criminal: siempre que no se prueba bien la culpabilidad, seria monstruoso imponer una pena. En otro tiempo se admitía en Francia un término medio, que hallamos tambien en ciertas legislaciones contemporáneas. «Los Jueces, dice Papon (lib. XXIV, tit. VIII, n. 1 de su coleccion de sentencias) que no tienen á mano en la prueba del delito, otra cosa que indicios y presunciones, á menos que sean indubitables y vehementes, si bien no deben imponer la verdadera y última pena, como si hubiera testigos que declarasen haber visto su perpetracion, deben inclinarse á imponer alguna condena extraordinaria ó arbitraria (*gracieuse*)». Dejando aparte este error, frecuente en todo tiempo, que propende á confundir una culpabilidad imperfectamente probada con una culpabilidad menor, la pena *arbitraria ó extraordinaria* se referia íntimamente á las doctrinas de nuestra antigua jurisprudencia sobre la prueba. Este sistema parece haber prevalecido, sobre todo en la época en que propendiendo el procedimiento inquisitorial á sustituirse á la acusacion privada, se desconfiaba, no obstante, aun del nuevo procedimiento, y no se imponía cuando se habia hecho uso de éste, la pena mas grave, sino una pena inferior. Aun en tiempo en que la forma inquisitorial dominó completamente, estuvieron avasallados los tribunales, como veremos mas adelante, por la teoría de las pruebas legales, que no permitian condenar á falta de ciertas condiciones. Así, valiéndonos del ejemplo citado por Papon, no podia pronunciarse una sentencia capital por meros indicios. Trabado el Juez con esta prohibicion, se acogia á la pena extraordinaria, si se

(1) Véase las notas de M. Rossi sobre este pasaje de Benthan en la edicion de Dumont, en el lugar citado. Los traductores italianos de nuestro *Tratado de las pruebas* rechazan la idea de toda presuncion antejudicial en favor, ya del demandante, ya del demandado; pero llegan al mismo resultado que nosotros, ateniéndose á la idea de que en caso de duda, no ha hecho prueba el demandante.

hallaba moralmente convencido de la culpabilidad. Así se procedió en Toscana en 1838, y en Prusia hasta la ordenanza del 3 de enero de 1849, que sirvió de introduccion á la ley de la misma fecha, que estableció el procedimiento público y oral con el jurado. Esta última ordenanza (§. 23 y 118) prescribe, que se aplique la pena legal, plena y completa en el caso en que se declare la culpabilidad del procesado, y no declarándose ésta, que se ponga á éste en libertad. En Austria, en que ha tenido la reforma penal una existencia efimera (de 1850 á 1851), las cartas patentes del 31 de diciembre de 1851 (art. 29 y sigs.), han vuelto á poner en vigor la pena extraordinaria (V. Cód. de jur. pen. de 1853, §. 2). Hoy se espera una reforma definitiva sobre este punto, y creemos que esta antigua institucion, vivamente combatida por M. Mittermaier (*Prueba en materia criminal*, cap. 69), no está destinada á una larga existencia, aun mas allá del Rbin (1).

(1) El antiguo derecho y jurisprudencia española sobre esta importante materia, daban ocasion á cuestiones y dudas, cuya esposicion excederia los límites propios de unas anotaciones, por lo que juzgamos conveniente limitarnos á hacernos cargo de las últimas disposiciones contenidas en la ley provisional prescribiendo reglas para la aplicacion de las disposiciones del Código promulgado en 1848 y reformado por varios decretos posteriores.

Segun la regla 2.<sup>a</sup> de dicha ley provisional agregada al Código, publicado en 1848, en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquirieran los Tribunales la certeza de la criminalidad del acusado, pero faltase alguna de las circunstancias que constituyen plena probanza segun la legislacion actual, debian imponer en su grado mínimo la pena señalada en el Código, á menos que ésta fuese la de muerte ó alguna de las perpétuas, en cuyo caso debian imponer la inmediatamente inferior. Mas la aplicacion de esta regla daba ocasion á graves y numerosas dificultades, porque refiriéndose en general á la certeza de la criminalidad del acusado, no se sabia si esta certeza habia de ser moral ó legal; y aun en caso de entenderse lo primero, que era lo que se queria decir en esta regla, como se referia la misma á la falta de las circunstancias que constituyen plena probanza, segun la legislacion actual, y como estas eran de muy diversa índole, segun las diferentes clases de pruebas y las diversas leyes que tratan de ellas, no se sabia á cuáles atender. Así fué que esta regla fué reformada y sustituida por otra que forma actualmente la 45 de la mencionada ley provisional, y que se halla concebida en estos términos. «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquiriesen los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12, tit. 14, Part. 3.<sup>a</sup>, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código. Si esta fuese una sola indivisible ó se compusiere de dos igualmente indivisibles, los Tribunales

Condenar así á una pena menor al que, despues de todo, puede ser inocente, es un procedimiento que habia ya reprobado enérgicamente el ilustrado juicio de D'Aguesseau: «Este uso, dice en una carta de 4 de enero de 1759, es un abuso que no se puede tolerar, y que yo trataria de reprimir. O es plena y completa la prueba de un crimen ó no lo es; en el primer caso, no es dudoso que debe imponerse la pena que marcan las ordenanzas; pero en el último caso, es tambien indudable que no se debe imponer ninguna pena.» Y no obstante, Jousse (*Inst. crim.* Part. 3.<sup>a</sup>, lib. 2.<sup>o</sup>, tit. 25, núm. 194) nos refiere haber visto aun en 1740 dictar el presidial de Orleans contra un tal Barberousse, una sentencia que le declaraba *violenta-mente sospechoso* de asesinato, y condenarle *per via de reparacion*

procederán con sujecion á lo que disponen las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del art. 66, respecto á los autores del delito frustrado y cómplices del consumado.»

Por esta nueva reforma se han resuelto las dificultades que ofrecia la regla antigua, puesto que dicha nueva regla se refiere, al tratar del convencimiento de la criminalidad del acusado, al que producen las reglas ordinarias de la crítica racional, y respecto de la falta de evidencia, se refiere á la evidencia moral que exige la ley 12, tit. 14, Partida 3.<sup>a</sup> Esta ley dice lo siguiente: «Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de riepto, debe ser probado abiertamente por testigos ó por cartas ó por consciencia del acusado, é non por sospechas tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del ome ó contra su fama, que sea probado é averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna duda.» De manera que la regla 45 nueva, sin disminuir los requisitos que exigen nuestras antiguas leyes para constituir la prueba plena necesaria para la imposicion de la pena que se marca al delito, deja á los Tribunales la apreciacion, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, de la forma ó circunstancias esterioras de dichas pruebas, facultándoles para imponer el grado mínimo de la pena, cuando exista prueba de tal fuerza, moralmente considerada, que produzca el convencimiento de la criminalidad del acusado, pero que no constituya prueba plena por falta de algun requisito de importancia. Si se probase, pues, un delito por testigos presenciales, pero estos se hallasen presos en la misma cárcel donde se perpetró el delito, y no hubiese otros idóneos, apareciendo esta prueba clara en sí, aquella falta en la prueba influirá solo para que no se impusiera la pena marcada en el Código, sino en su grado mínimo. «Deber era del legislador, dice un ilustrado comentarista del mismo, en su nota á esta regla, prevenir los inmensos males de esa impunidad legal, que á veces rayaba en un escándalo inaudito para toda una poblacion que tenia evidencia de la comision de un delito atroz, no presenciado por dos testigos ó presenciado si se quiere por tres, pero faltando alguna de las escolásticas circunstancias que requiere una ley de Partida. Hemos visto pruebas moralmente robustísimas, invalidadas por derecho á causa de faltar los requisitos legales secundarios de todo punto indiferentes á los ojos de una sana crítica. De hoy mas, cesarán es-

á presidio perpétuo. Los jurados que en nuestros dias, declaran en semejante hipótesis la culpabilidad *con circunstancias atenuantes* recaen por otro camino, en el mismo abuso (1). Ni la razon ni la conciencia admiten semejantes transacciones.

53. Igual espíritu sirvió de guía á la antigua jurisprudencia para establecer desde luego la absolucion de diversos grados de pena, y despues un término medio entre la absolucion y la condena (2).

54. El modo de absolucion mas honroso era el llamado la *salida á la galería*. Solo podia pronunciarse por los tribunales superiores cuando reconocian la injusticia de la acusacion. Entonces el acusado salia *por la galería*, es decir, era puesto inmediatamente en libertad al salir de la sala del Consejo, sin que volvieran á llevarlo á

tos inconvenientes. Las pruebas han de ser claras como la luz; mas la ley no se entromete á delinear su forma, y deja en todo caso la calificación de su suficiencia al recto juicio y buen sentido de los Tribunales.»

Respecto de la pena que debe aplicarse en este caso, la antigua regla daba ocasion á dudar, si en el caso de prescribirse la pena de muerte, deberia aplicarse la de cadena perpétua ó la de cadena temporal, puesto que diciendo la regla citada que «si la pena impuesta al delito fuera la de muerte, ó alguna de las perpétuas, se impusiera la inmediatamente inferior, creian algunos que la ley no queria se impusiera nunca en tales casos penas perpétuas, por lo que al hallarse con que la pena inferior á la de muerte era la de cadena perpétua, bajaban á la temporal. La nueva reforma trató de resolver estas dudas. Así, pues, segun lo dispuesto en ella, si la pena impuesta es una sola indivisible, se aplicará, no habiendo la prueba mencionada, la pena inmediatamente inferior en grado, ya sea divisible ya indivisible; v. g. si fuese aquella la de muerte, se impondrá la de cadena perpétua; si de cadena perpétua, la de cadena temporal, etc. Si la pena se compusiere de dos indivisibles, se impondrá la mas baja de éstas y la inmediata inferior en grado á la misma en sus grados máximo y medio; v. g. si fuera la pena impuesta cadena perpétua ó muerte, se impondrá la de cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua. (*Nota del Traductor*).

(1) Barbacovi, en un opúsculo que publicó cuando se estableció el reino Lombardo-Véneto en Italia, pedia tambien que el número de votos sobre la culpabilidad influyera en la especie y calidad de las penas. (M. Paratoni, *Rev. crit. de legisl.*, tomo 16, pág. 227). Mas recientemente (*Gaceta de los Tribunales* del 3 de julio de 1842) el Tribunal Supremo de Berna condenó á un hombre acusado de envenenamiento, á seis años de detencion en una casa de correccion por recaer sobre él *sospechas vehementes*. La decision es del 28 de mayo de 1842.

(2) Encuéntrase sobre este punto pormenores interesantes en un artículo de M. Parigault sobre la *condenacion en costas* en las causas criminales en los casos en que no interviene represion (*Rev. hist.*, tomo 5.<sup>o</sup>, pág. 408).

la cárcel para oír en ella la lectura de la sentencia, como en el caso de absolución ordinaria (Jousse, *ibid.*, núm. 108).

55. Se comprende hasta cierto punto que en circunstancias particulares en que se reconoce completamente la inocencia del acusado, se quiera darle una satisfacción honrosa, según la opinión de varios criminalistas. Lo que es mucho menos admisible es la práctica que consistía en poner, por el contrario, al acusado en libertad, pero sin librarle precisamente de la acusación. A veces, dice Jousse (*ibid.*, pág. 104), los jueces, en lugar de soltar ó dar libertad á un acusado, mandan sencillamente que se le abran las prisiones, sin añadir nada más. El efecto de este juicio es que el acusado no puede volver á ser encarcelado por el mismo hecho. Solo los tribunales superiores pueden providenciar en esta forma, que á la verdad no imprime nota en el acusado pero que parece no obstante contener una admonición ó advertencia de no reincidir; y en el Parlamento no se hace uso comunmente de esta clase de pronunciamientos sino en el caso de ser muy joven el acusado ó por recomendación de parientes muy distinguidos.

56. La presunción desfavorable al acusado, daba un paso más cuando se pronunciaba respecto á él, *el sobreseimiento* (1). «Si hay, dice Jossue (*ibid.* núm. 84) algunas pruebas aunque ligeras contra el acusado, no se debe absolverle de la acusación, sino solamente sobreseer en el procedimiento sobre la querrela ó acusación (2). Esta providencia no encierra en verdad la justificación de la inocen-

(1) En materia civil el sobreseimiento suponía á veces una demanda poco digna de la atención de la justicia. (Merlin. Repertorio. V. *Hors de cour.*) Algunas veces suponía haberse incurrido en caducidad. (V. Ordenanza de 1737, tit. I, art. 40, y Cód. de proc. art. 247.)

(2) Antiguamente no se distinguía como hoy la absolución del *acquittement* (1). Esta distinción se refiere á la separación de los poderes de la magistratura y del jurado en la organización criminal moderna. Las Ordenanzas de 1539 y 1670, emplean siempre la palabra *absolución*.

(1) Para que nuestros lectores puedan comprender perfectamente la diferencia entre estas dos palabras del derecho francés, creemos conveniente trasladar aquí lo que sobre ellas dice Dalloz en su *Repertorio de Jurisprudencia*, artículos *Absolution*, *Acquittement*. Aunque sinónimas en el lenguaje social las palabras *Acquittement* y *Absolution*, tienen significado distinto en el lenguaje del derecho criminal. Ha lugar á *Acquittement* cuando se declara al acusado pura y simplemente no culpable, y á la *absolución*, cuando reconocida culpable ó autor del hecho acriminado, no se halla castigado este hecho por la ley, ó se declara al acusado haber obrado sin intención criminal ó sin discernimiento. El acusado absuelto puede ser condenado en costas; el *acquitte* no debe serlo porque el *acquittement* no deja subsistir nada de la acusación ni de sus consecuencias. El efecto del *acquittement* es tal, que la persona *acquitte* no puede volver á ser aprehendida ni acusada por razón del mismo delito, debiendo ponerse al punto en libertad, si no hay contra ella otro proceso que la retenga en la cárcel.—(N. del T.)

cia del acusado á los ojos del público, á diferencia de la providencia que libra de la acusación, pero contiene no obstante una absolución completa á los ojos de la justicia. Los antiguos criminalistas calificaban el sobreseimiento de *infamante de hecho*, porque causaba en el honor del penado, dice Muyart de Vouglans (*Leyes criminales* de Francia, lib. II, tit. IV, cap. V, núm. 1), ciertas impresiones que sin deshonrarle enteramente, no dejaban de ajarle de modo que perdiere notablemente la estimación de la gente honrada. No obstante, el sobreseimiento podía concebirse en términos tales que no lastimase en nada el honor y la delicadeza del que era objeto de él, como resulta de un dictámen del Colegio de Abogados del Parlamento de París de 21 de abril de 1777, y de una carta del guarda sellos del 17 de julio de 1778 (V. Merlin. *Repert.* V. *Sobreseimiento* §. 3.) En nuestros Códigos no se encuentra nada semejante. Así, el Tribunal de casación casó el 18 germinal, año X, una sentencia del Tribunal de justicia criminal del Sena que condenó á los acusados que habían sido absueltos, á pagar la mitad de las costas (1) por no haber destruido de un modo suficiente las imputaciones de la acusación. No se puede disimular, no obstante, que una sentencia del mismo Tribunal de 22 de diciembre de 1831 denota cierto retroceso á las tendencias antiguas, en cuanto autoriza á la justicia criminal para condenar en costas al acusado absuelto, si dió lugar á ello con su conducta. Una sentencia de 10 de enero de 1831 restableció los verdaderos principios, declarando que al acusado absuelto no debía considerársele como habiendo *sucumbido* según la letra del art. 369 del Código de procedimiento criminal, rectamente entendida.

57. Finalmente, el abuso más grave en esta materia, abuso que vuelve á hallarse aun en el derecho comun de Alemania (2), es

(1) D'Aguesseau (cartas de 15 de febrero de 1730 y del 18 de setiembre de 1734) había igualmente reprobado el antiguo uso de condenar en costas á un acusado respecto del cual se había sobreseido.

(2) A diferencia de nuestro sobreseimiento, la *absolutio ab instantia*, que solo tiene efecto de *rebus sic stantibus*, permite reproducir la instancia contra el acusado. (V. Mittermaier, *Prueba en materia criminal*, capítulo 65.) Abolida en el gran ducado de Baden en 1843, lo fué también en Austria á consecuencia del movimiento de 1848, pero fué restablecida por las cédulas del 31 de diciembre que dicen en el art. 29: «Las sentencias serán dictadas por los Jueces. En las causas criminales se usará la fórmula *culpable*, *no culpable* ó *absuelto de la acusación*.» En Prusia fué abolida por la Ordenanza del 2 de enero de 1849. (§. 22.)

el que consiste en tener al acusado *in reatu*, sin determinar sobre su suerte. Esto es lo que se llamaba el *mas amplio informe*, institucion que no se menciona ni en la Ordenanza de 1539 ni en la de 1670, pero que introdujo la practica en el caso de prueba imperfecta, cuando intervenia en el asunto una parte pública, pues el sobreseimiento debia reservarse para el caso en que no interviniera mas que la parte civil. (Jousse, *ibid.* núm. 87.)

Habia el *mas amplio informe á tiempo*, que obligaba al acusado á seguir en la cárcel, variando el espacio de tiempo por lo regular de tres meses á dos años.

El *mas amplio informe usque quo* daba libertad provisionalmente al acusado, pero dejaba subsistir indefinidamente la acusacion: «Se le pronuncia siempre en las causas graves», dice Jousse (*ibid.* n. 89) por pocos indicios que haya contra el acusado.»

El *mas amplio informe indefinido* tenia en cierto modo, el carácter de una pena infamante, puesto que imponia al acusado, no obstante hallarse en libertad, todas las incapacidades que resultaban del decreto de aplazamiento personal, y á veces tambien de la incapacidad de adquirir. (Jousse, *part.* 1, *tít.* 3, núms. 132 y 133.) Servan, en sus observaciones sobre la reforma del procedimiento criminal (citados por Merlin, *Repert.* V.º *Mas amplio informe*) queria solamente que el *mas amplio informe* se pronunciara solo mediante ciertas precauciones. Pero este abuso fué abolido completamente por la legislacion de 1791 y solo se encuentran vestigios de él en el decreto de 3 de mayo de 1810 sobre las prisiones de Estado, respecto á cierta clase de sospechosos que no era conveniente dicen los motivos del decreto, «ni llevar ante los tribunales, ni poner en libertad.»

58. Sin embargo, el principio de que no puede volverse á prender á la misma persona por el mismo hecho, no se aplica sino al caso en que hubiera liberacion ó absolucion. Una providencia de no ha lugar dada por la Sala del Tribunal encargada de declarar las acusaciones, no impide volver á prender al presunto culpable ó reo, si se presentan nuevos cargos (art. 246 del Cód. de procedimiento crim.) El sistema contrario seria muy desfavorable á la acusacion que por el mero hecho de haber seguido por algun tiempo una falsa vía, se hallaria para siempre paralizada. Solamente cuando ha seguido el procedimiento todas sus fases, tiene derecho el

acusado á una decision definitiva que no deje lugar á suposicion alguna equívoca sobre su posicion.

59. Observaremos, para terminar este punto, que hay una diferencia muy marcada entre lo civil y lo criminal, en lo relativo á la falta de prueba suficiente. En lo criminal, basta para la liberacion (*aquittement*) que el Juez ó el Jurado no tenga una completa conviccion de la culpabilidad del acusado. Nada puede suplir esta conviccion si no es perfecta. Al contrario en lo civil, donde solo se ventilan intereses puramente pecuniarios, la máxima *actore non probante reus absolvitur*, no se aplica con el mismo rigor. No se estiende al caso en que la prueba que hace el demandado, sin ser completa, presente cierta gravedad, pues entonces se autoriza para completar la prueba por medio del juramento supletorio. El uso de este juramento ya criticable en materia civil, seria mas peligroso aun en materia penal; así es que no ha sido admitido por nuestras leyes.

Haciendo el autor en este párrafo repetidas referencias á la clase de providencias que dicta el juez en Francia, segun que es mas ó menos imperfecta la prueba, y á los efectos que tienen dichas providencias con relacion al acusado, hemos creido oportuno reunir en una sola nota, para evitar repeticiones, la diversa clase de providencias que el derecho y jurisprudencia de España admiten tanto en lo civil como en lo criminal y sus diferentes efectos.

En materia civil, prescribiéndose por el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento, que las sentencias sean claras y precisas, *declarando, condenando*, ó absolviendo de la demanda, las fórmulas de la sentencia deben atemperarse á esta prescripcion, condenando, absolviendo ó declarando sobre los puntos concretos de la demanda. El efecto de estas sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, es que el pleito quede definitiva é irrevocablemente decidido, sin que pueda volver á promoverse nuevo juicio sobre el mismo objeto ó derecho decidido por ellas por la misma accion.

Anteriormente, además de la absolucion de la demanda, se conocia entre nosotros la absolucion de la instancia, esto es, la absolucion, no de la reclamacion que se hacia al demandado ó de la cosa que se le pedia, absoluta y perpétuamente, sino tan solo del pleito ó procedimiento, á la sazón promovidos. Esto se verificaba cuando no aparecian méritos bastantes de las pruebas practicadas para condeparle ni absolverle libremente, y no obstante, arrojaban los autos los necesarios para persuadirse el juez de la justicia de las reclamaciones del demandante ó de la injusticia de las defensas del demandado, aunque no por un pleno convencimiento. En estos casos podia el demandante volver á entablar nuevo pleito contra el mismo demandado, ó reclamarle la misma cosa que le pidió en el primero, si habia encontrado nuevas pruebas en que fundar su accion. En el dia se duda y controvierte entre los intérpretes sobre si subsiste este modo de providenciar. Los que opinan por la afirmativa se apoyan en la ley 9, *tít.* 22,

Partida 3.<sup>a</sup>, que dice, «que si el juez fallare en los autos quel demandado non oviera plazos guisados en que pudiesse probar su intencion, ó entendiessse otra dubda en ellos porque no se atreviese á dar el juicio, entonces puede quitar al demandado que no sea tenido de responder al demandador en razon de aquellos actos que pasaron por este pleito, mas non le debe dar por quito de aquella cosa quel demandaba.» Véase Gregorio Lopez en la glosa á esta ley, Hevia Bolaños, *Curia Filipica*, parte 1, §. 18, n. 7, y los Sres. Laserna y Montalban en su *Tratado de los procedimientos judiciales*. Sin embargo, habiéndose declarado por el Tribunal Supremo de Justicia, como ilegal la absolucion de la instancia por varias sentencias, entre la que merece particular mencion la de 17 de noviembre de 1849, en que declara haber lugar al recurso de casacion por no haberse absuelto de la demanda, sino solo de la instancia, fundándose en que segun la ley 15, tít. 22, Part. 3.<sup>a</sup>, no es válido el juicio en que no se absuelve ó condena al demandado, la práctica ya vacilante en esta materia se vigorizó con dicha sentencia, para declararse contra la absolucion de la instancia. Las mencionadas sentencias y la nueva prescripcion de la ley de Enjuiciamiento civil, que parece querer se ponga término al litigio y se lije clara y expresamente el derecho de las partes sobre los puntos controvertidos, han ratificado la práctica anterior, y tal es la opinion general de los intérpretes.

Otra fórmula ha solido emplearse en los fallos, absolviendo de la demanda en la forma en que está propuesta, ó absolviendo con la limitacion de dejar á salvo los derechos del demandante para reclamarlos de nuevo en otro juicio; pero esto viene á ser una especie de absolucion de la instancia, por lo que se considera en el dia como poco legal atendido lo dispuesto en el art. 61 citado de la ley de Enjuiciamiento civil.

En materia criminal el fallo se formula de uno de los modos siguientes:

- 1.º Absolviendo libremente al acusado, lo cual se verifica cuando resulta su inocencia de la causa (véase la ley 9.<sup>a</sup>, tít. 31, Part. 7.<sup>a</sup>)
- 2.º Absolviéndole de la instancia, lo que tiene lugar cuando el procesado no probó de un modo evidente su inocencia, en cuyo caso, si se reúnen nuevas pruebas, puede volver á ser juzgado sobre el mismo delito. Este medio, establecido por la jurisprudencia fundada en el espíritu de nuestras antiguas leyes, no se opone, como opinan algunos, á lo prescrito por el art. 45 de la Ley provisional para la aplicacion del Código penal, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia publicada en 5 de febrero de 1855.
- 3.º Condenando al acusado á sufrir la pena ordinaria que marca la ley, lo cual se verifica cuando aparece completamente comprobado el delito y el juez adquiere el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, encontrando la evidencia moral que requiere la ley 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>.
- 4.º Condenando á la pena que impone la ley, pero solo en su grado mínimo, lo cual tiene lugar en el caso de que examinadas por el juez las pruebas y graduado su valor, adquiriese el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontrare la evidencia moral que requiere la ley 12, título 14, Part. 3.<sup>a</sup> Estas dos últimas formas de condena se hallan prescritas por el art. 45 de la Ley provisional para la aplicacion del Código penal que hemos espuesto y aplicado en la nota al número 52 de esta obra.

Otra providencia que tiene también lugar en las causas criminales, y que aunque no termina definitivamente la causa, la resuelve respecto del procedimiento y provisionalmente, es la providencia de sobreseimiento, de

la cual creemos oportuno esponer aquí algunas noticias, puesto que M. Bonnier hace algunas referencias á ella en el presente párrafo.

La providencia de *sobreseimiento* es aquella en que se manda terminar el procedimiento en cualquiera estado en que se halle, ó suspenderlo, sin perjuicio de continuarlo mas adelante cuando hubiese motivo para ello. En cualquiera estado en que aparezca inocente el procesado, se sobreseerá desde luego respecto á él, declarando que no le pare ningun perjuicio en su reputacion, y sobreseerá asimismo el juez, si terminado el sumario viere que no hay mérito para pasar mas adelante, ó que el procesado no resulta acreedor sino á alguna pena leve. Se sobresee asimismo en el juicio criminal cuando el acusado es demente ó menor de edad, y solo se sigue en la parte civil relativa á la indemnizacion de daños al perjudicado: y cuando el procedimiento se ha comenzado en virtud de una accion personal por delito privado, y el acusador desiste de ella ó dá motivo á que esta accion cese, como si la causa se sigue por calumnia ó injuria y perdona al reo la parte agraviada, y en los demás casos mencionados en los artículos 360, 362, 371 y 391 del Código penal.

Son comunes á los juicios civiles y criminales los autos para mejor proveer, á que también hace referencia M. Bonnier en este párrafo.

El auto para mejor proveer es el que dá el juez de oficio cuando encuentra un hecho oscuro ó dudoso al ver un proceso, mandando practicar alguna diligencia indagatoria para ilustrarse y averiguar la verdad. En lo civil, puede el juez con este objeto, decretar que se traiga á la vista cualquier documento; exigir confesion judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que se refieran á la cuestion y no estén probados; decretar que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que juzgue necesario; traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito (art. 48 de la ley de Enjuiciamiento civil). En lo criminal, segun previene la regla 12, art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia, si dentro de los tres dias de concluida la causa, el juez hallase en ella defectos sustanciales que subsanar, ó faltaren algunas diligencias precisas para el cabal conocimiento de la verdad, acordará, que para determinar mejor, se practiquen sin pérdida de momento todas las que fueren indispensables; pero entendiéndose bajo su responsabilidad, en el caso de dar margen con esto á diligencias innecesarias. (Nota del Traductor.)

## III.

## ¿QUE SE PUEDE PROBAR?

## §. I. Principios generales sobre los hechos susceptibles de prueba.

## SUMARIO.

- 60. Condiciones para la admisibilidad de la prueba.
- 61. Necesidad de que los hechos sean concluyentes.
- 62. Necesidad de que la prueba no sea imposible ó prohibida por la ley.
- 63. Imposibilidad física ó moral.
- 64. Prohibición de la ley.

60. Los tribunales no deben mandar sin discernimiento la prueba de todos los hechos que un litigante quiere consignar. Los hechos propuestos deben ser examinados bajo dos puntos de vista; relativamente á la causa en cuestion y despues en sí mismos.

61. Considerados en su relacion con la causa los hechos alegados deben ser *concluyentes*.

Esta condicion de admisibilidad indicada por la ley, respecto de las informaciones (Cod. de proced. art. 954) debe evidentemente generalizarse; porque, si el hecho alegado no es, aun suponiendo lo cierto, de tal naturaleza que haga triunfar á la parte que lo alega, seria supérfluo mandar que se probara: *frustra probatur quod probatum non relevat*.

Dícese comunmente que los hechos deben ser *pertinentes* y *concluyentes*. Pero la primera de estas condiciones entra evidentemente en la segunda. Es claro que se debe rechazar como no concluyentes las alegaciones estrañas al litigio; mas solo cuando se trate de pertinencia, será generalmente fácil decidir, al paso que se deberá proceder con mucha reserva, cuando se trate de apreciar la gravedad de hechos por otra parte pertinentes. Antes de denegar ó desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado, á qué resultados puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto; porque hay tales circunstancias que, aunque insignificantes si se las considera por separado pueden por su concurrencia, producir la conviccion así como se origina el fuego

del contacto de diversas substancias que puestas separadamente, no serian susceptibles de producir este fenómeno.

62. Supongamos que los hechos son concluyentes; restará saber si deberán ser desechados desde luego, ya por ser imposibles por sí mismos, ya porque la ley no admita su prueba.

63. La imposibilidad matemática no puede ocasionar dificultad alguna. En cuanto á la imposibilidad física, que no es otra cosa que una improbabilidad extrema, ya hemos reconocido que los hechos que presentan este carácter deben desecharse desde luego, pues un litigante no puede sostener seriamente que acaba de verificarse un milagro en su favor; pero no debe confundirse con los hechos físicamente imposibles, los que, sin contrariar las leyes de la naturaleza, se desviarán solamente de su marcha ordinaria.

Así hay ejemplos innegables (V. Bentham, *Pruebas judiciales*, tom. II, lib. VIII, cap. VII) de hechos que mira el vulgo como imposibles. La prolongacion de la existencia por largo espacio de tiempo, con abstinencia de todo alimento; la concepcion de la mujer de una edad avanzada, etc., son acontecimientos que parecen milagrosos, pero que solo son desviativos del curso ordinario de la naturaleza. Deberá procederse con mucha circunspeccion cuando se trate de admitir la prueba de hechos semejantes; pero no es permitido desechar su exámen. Tan razonable como es no admitir en la práctica ordinaria de la vida la existencia de hechos milagrosos, tan prudente es no declarar á primera vista imposible un hecho, por solo parecer estraordinario, cuando en nada es físicamente imposible.

64. Finalmente, los hechos pueden ser concluyentes y muy verosímiles en sí mismos, pero de tal naturaleza que la ley no permita su prueba. No nos referimos aqui á los hechos contrarios á una presuncion legal, como si se quisiera hacer cesar la interdiccion estableciendo que la persona que la sufría se hallaba en su sano juicio cuando verificó tal ó cual acto. Estos pormenores, que nos obligarian á anticiparnos sobre la materia de presunciones, no son por otra parte de nuestro actual objeto. Ahora no se trata de los impedimentos estrictos que pueden oponerse á la admision de la prueba, sino de la naturaleza misma de los hechos que hay que probar. Y sabido es que existen ciertos hechos cuya prueba oficial no puede permitir la ley, por verdaderos que por otra parte sean.

En materia civil, rechaza nuestro Código frecuentemente la prueba de hechos que lastiman la moral. Por eso prohíbe la investigación de la filiación incestuosa ó adulterina, y también la paternidad natural en casi todos los casos. No puede menos de confesarse que el legislador ha hecho en esto un gran sacrificio, temiendo abrir la puerta á procesos escandalosos. Por una parte priva de todo recurso á los hijos procreados de semejantes uniones, los cuales no pueden probar quiénes son sus padres; por otra, abre la vía á las mas exageradas liberalidades voluntarias en su favor, puesto que no reconociéndolos, se elude toda clase de prohibiciones. Parece que se preocupa mas de las apariencias que de las reglas de fondo que ha establecido en interés de la sociedad. «No estoy lejos de pensar, dice nuestro digno colega M. Demolombe (*Paternidad y Filiación*, 2.<sup>a</sup> ed., núm. 561), que lo mejor en legislación y cuando se trata de gobernar á los hombres, es, si me atrevo á decirlo, considerarlos tales como son. Me parece muy dudoso que haya muchas ventajas en no ver lo que todo el mundo vé, y en negar lo que es cierto; así nos esponemos á resultados chocantes, que ponen esta ignorancia afectada de la ley en contradicción con la evidencia de los hechos, y que producen un escándalo con frecuencia mayor que la verdad misma que no se ha querido reconocer y que no se ha podido disimular.» Este sistema tan impugnado es enteramente moderno, y no se encontrarían casi vestigios de él en el derecho romano ni en la antigua jurisprudencia.

En materia criminal se vé algunas veces reproducirse el mismo espíritu. Por eso queda impune el incesto, y no puede probarse el adulterio sino por delito flagrante, ó por correspondencia de las partes (Cód. pen., art. 538).

Lo que no es dudoso y lo que está admitido respecto de la prueba de hechos inmorales por legislaciones menos severas que la nuestra, como la ley inglesa (M. Greenlaef, tom. I, págs. 332 y 333), es, que en el caso de que no interese á la sociedad la revelación de semejantes hechos, sino que se provoca simplemente por la maligna curiosidad de un tercero, se la debe rechazar sin vacilación alguna. Así, pues, el Juez reusará dar importancia á un contrato cuya condición fuera la de causar el embarazo de una mujer no casada.

## §. II.—De la prueba en materia de difamación.

### SUMARIO.

65. Distinción de la difamación y de la injuria.
66. ¿Debe pensarse la maledicencia, así como se pena la calumnia?
67. Doctrina de la antigüedad sobre este punto.
68. Doctrina de nuestra antigua jurisprudencia.
69. Legislación de Inglaterra y de los Estados- Unidos.
70. Derecho intermedio en Francia.
71. Sistema del Código penal de 1810.
72. Sistema de la legislación de 1819.
73. Prohibición de la prueba sobre hechos de la vida privada.
74. Reglas particulares á los actos de la vida pública.
75. Inmunidad completa en ciertos casos.
76. Facultad de probar la verdad de los hechos; variaciones de la legislación sobre este punto.
77. ¿Existe esta facultad en el caso de difamación puramente verbal?
78. Prueba de la falsedad de los hechos alegados.

65. Conviene detenernos mas en una materia que ha dado lugar en la antigua jurisprudencia y en el derecho moderno, á vivas controversias; en la admisibilidad de la prueba de los hechos alegados por parte del que es acusado de difamación.

Fijemos bien el punto en que estriva la dificultad. En el sistema autorizado por el artículo 13 de la ley de 17 de mayo de 1819, debe distinguirse la alegación ó imputación (1) de un hecho que afecta al honor y la consideración de la persona ó de la corporación á que se imputa el hecho, lo cual constituye la difamación, y la expresión injuriosa, el término despreciativo ó la invectiva que no contiene imputación de hecho alguno, lo cual constituye la injuria propiamente dicha (2). Esta distinción importante por otra parte bajo

(1) *Imputer*, dice M. de Courvoisier, en su dictámen sobre esta ley, es afirmar, alegar, es anunciar bajo la fé de otro, ó dejar á la imputación la sombra de una duda.»

(2) Esta distinción es muy antigua en lo relativo á libelos infamatorios, puesto que Vinio nos dice (en el §. 1.<sup>o</sup> *Inst. de injur.*): «Pro famoso libello eam solam scripturam haberi in qua obicitur speciale, certum, et capitale crimen.»