

siguiente: « Para que la fama sirva de prueba, se requiere: 1.º, que se derive de personas ciertas que sean graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideracion la que nace de personas malélicas, sospechosas ó interesadas en ella.—2.º, que se funde en causas probables, de modo que los testigos que depongan sobre la existencia de la fama, no solo han de manifestar las personas de quienes oyeron el asunto de que se trata, sino que deben expresar tambien las causas que indujeron al pueblo á creerlo.—3.º, que se refiera á tiempo anterior al pleito, pues de otro modo puede presumirse que este ha dado motivo á ella.—4.º, que sea uniforme, constante, perpetua é inconcusa, de modo que una fama no se destruya por otra fama; bien que en concurso de una fama buena y otra mala, siempre ha de preferirse la buena, aunque no sean tantos los testigos que depongan sobre esta como los que afirman aquella. » « La fama ó notoriedad se reputa probada con el testimonio de dos ó tres testigos graves, fidedignos y mayores de toda excepcion, cuando juran que así lo siente la mayor parte del pueblo. » Ferraris, en su Biblioteca jurídica, artículo « Fama, » números del 11 al 18, enseña las mismas doctrinas que se acaban de ver tomadas de Escriche. Indicciones análogas se encuentran en el Curso de Derecho de Murillo, tit. de Probationibus 19 del lib. 2.º, núm. 147, y en el Febrero Mexicano de Pascua, lib. 3.º, tit. 2.º, cap. 12, núm. 107.

Pero por lo mismo que la admision de la fama pública como medio legal de prueba es una excepcion al principio consagrado por nuestras leyes de que el testimonio de oídas no tiene valor, esa excepcion no se ha admitido en derecho sino en los términos mas estrechos y limitados. No hace plena prueba sino en causas civiles de corto momento, y en otros casos en que no están comprometidos graves intereses. Cuando el negocio tiene alguna gravedad, solo hace semiplena prueba, y en las causas criminales no tiene valor ninguno. Así lo enseñan los mismos autores ántes citados. Las palabras de Escriche son las siguientes: « La fama, aunque esté probada, no hace regularmente por sí misma plena prueba, porque muchas veces es falaz y engañosa, pues como dice el Derecho canónico (*cap. cum in multitudo 12 de purgation. can.*) dic-

*« tum unicus facile sequitur multitudo. »* Tiene á veces un hombre el capricho de decir una cosa contra otro sin mas fundamento que el de una noticia inexacta ó el de una secreta antipatía cuya causa le es quizá desconocida á él mismo; los oyentes se hacen luego un placer en reproducir su dicho en otras partes; las especies se multiplican y van tomando cuerpo; nace la persuasion, y se comunica como un contagio; adóptala insensiblemente el vulgo crédulo que tan fácil es de sorprender, y he aquí formada la fama pública que tal vez condena al inocente. ¿Qué viene, pues, á ser la fama pública? Un eco que repite los sonidos y los multiplica al infinito; el eco de la voz de un hombre que tal vez habló de chanza, que tal vez quiso desacreditar á un sugeto virtuoso que se oponia á sus perversos designios, ó que tal vez se propuso burlarse del público. No será por lo tanto la fama pública una prueba suficiente para imponer una pena, porque al efecto se necesitan pruebas mas claras que la luz, ni aun para hacer una prision, y arrastrar á un hombre al Tribunal de Justicia: pero si existe un cuerpo de delito, será motivo bastante para inquirir, y aun en caso de haber algun indicio contra el sugeto designado por la voz comun, podrá procederse contra él, por lo mucho que interesa evitar que los crímenes queden sin castigo. *Vera es Baldi sententia, dice Argenteo, famam non esse per se speciem probationis, sed egere adminiculis et substantia veri, et valere ad inquirendum, non ad judicandum, et circa preparatoria, non circa decisoria.* Ferraris, en el mismo artículo ántes indicado, números 19 y 20, dice en términos expresos y formales, lo que sigue: « *Fama regulariter loquendo de per se non facit plenam probationem. . . . facit tamen semiplenam probationem in causis civilibus, secus autem in criminalibus, ubi requiruntur probationes indubitatae et luce meridiana clariores.* » Murillo, en el mismo lugar ántes citado, enseña doctrinas sustancialmente conformes con las referidas, pues dice: « *Fama igitur in civilibus facit plenam probationem, quando res est modici prejudicii, vel quando agitur de peccato vitando. . . . In criminalibus autem, etiam legitime probata, cum in his causis ob earum gravitatem et præjudicium liquidissimæ probationes requirantur, nec semiplene probat, nec ad torturam sufficit, sed tan-*

« *tum ut ad inquisitionem specialem diffamati procedatur.* » También Febrero, en el lugar ántes citado, Lib. 3.º, tít. 2.º, cap. 12, núm. 108, niega todo valor probatorio á la fama pública en las causas criminales, y en las civiles aun le concede ménos fuerza que los anteriores autores, pues se expresa en los siguientes términos: « El efecto « de la fama originado de personas timoratas y fidedignas, es hacer « regularmente la semiplena probanza, bien que se deja al arbitrio « del juez el graduar el aprecio que merezca, atendidas la cualidad « de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias; « teniendo entendido que los autores están vacilantes sobre si la « fama hace prueba semiplena aun en las causas civiles, por ser « tan falaz, siguiendo fácilmente muchos el dicho de uno. Como « quiera que esto sea, en las causas criminales no hace prueba, « porque esta debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada « y no se han de determinar por sospechas. »

Por lo mismo, en virtud de las observaciones que preceden, además de que el Sr. Archiduque Maximiliano no puede ser juzgado por un tribunal incompetente, ni en virtud de una ley anticonstitucional, aun cuando la jurisdicción y el procedimiento no estuvieran expuestos á tan graves objeciones, no se le podría condenar sino que se le debería absolver indispensablemente, á causa de que la sumaria se ha formado de manera que no existe en ella constancia ninguna en que se puedan hacer descansar los cargos que se hacen. Todo lo que se alega en apoyo de ellos es vaga é indefinidamente la notoriedad pública, cuya existencia, según lo demostrado, habria sido necesario probar, lo que ni siquiera se ha intentado. Pero aun cuando hubiera sido ella justificada, como que se trata de una causa criminal, en la que se exigen pruebas tan claras como la luz del medio día, y la que según observa Febrero, apoyándose en la ley 12, tít. 14, de la Part. 3.ª, no puede ser determinada por sospechas, la notoriedad pública es de todo punto inadmisibile en el presente caso como medio de prueba legal, aun cuando ella constara de una manera legítima.

Ni se diga que las observaciones que preceden serian atendibles si se procediera con arreglo al derecho comun; pero que en el caso

la causa se sustancia con arreglo á una ley de circunstancias, privativa, especial y excepcional, y que en consecuencia, observándose ella, no hay necesidad de observar en el presente negocio las reglas que se acaban de recordar, propias solo del derecho comun, fuera del cual nos encontramos. Porque en primer lugar, por excepcional que se suponga dicha ley, ella no determina en ninguno de sus artículos, ni puede haber querido que nadie pudiera ser condenado por cargos de los que no se presenta ninguna prueba, pues la única que se hace valer, que es la de notoriedad pública, no probada, se reduce, en último análisis, al simple dicho de la parte acusadora. Y en segundo lugar, léjos de que en la ley de 25 de Enero de 1862 exista ningun artículo que pudiera tener una inteligencia tan inadmisibile, ántes bien, esa ley contiene una disposición que confirma que aun en la legislación excepcional, sobre la que tenemos que discurrir, deben observarse los principios que se han fundado con las observaciones que preceden. En el art. 6.º de la ley de 25 de Enero de 1862, se previene, que luego que la autoridad militar tenga conocimiento de que se ha cometido cualquiera de los delitos que ella especifica, bien por la fama pública, por denuncia ó acusacion, ó por cualquiera otro motivo, procederá á instruir la correspondiente averiguacion, con arreglo á la Ordenanza general del ejército y á la ley de 15 de Setiembre de 1857. Nótese, en primer lugar, que dicha ley, al asignar la fama pública como uno de los motivos para que se proceda á formar un proceso, no le da, en materia criminal, otro valor que el mismo que le da uno de los autores antes citados, á saber: Murillo cuando dice: *Tantum sufficit ut ad inquisitionem specialem diffamati procedatur.* Se le equipara en ese artículo con la denuncia y la acusacion, y así como estas no tienen el carácter de pruebas judiciales de los cargos, sino que solo pueden servir de motivos para proceder en virtud de ellas á formar la sumaria, así tambien ese es el único efecto legal que puede producir la fama pública, tratándose de una causa criminal, como lo es la presente; pero además, en el citado art. 6.º de la ley de 25 de Enero de 1862, de que nos vamos ocupando, no solo se da á la fama pública el único efecto legal de que solo sirve de causa para inquirir, sino que previene que en las cau-

sas á que dicha ley se refiere, la averiguacion deba instruirse con arreglo á la Ordenanza general del ejército y á la ley de 15 de Setiembre de 1857, que á su vez, en todos los puntos que ella no determina especialmente, se remite á las mismas Ordenanzas. Pues bien, basta hojear el título 5.º del tratado 8.º de dichas Ordenanzas, y la parte de la obra de Juzgados militares de Colon, en que expone la doctrina contenida en dicho título y tratado, para tropezar á cada paso con disposiciones y doctrinas que manifiestan que todas las alegaciones que pueden hacerse en favor ó en contra del acusado ante un Consejo de guerra, deben necesaria y precisamente fundarse en las constancias de la sumaria. Colon, en su citada obra, tomo 3.º, núm. 558, explicando el modo de tomar la confesion al reo, expresa que una de las precisas obligaciones del fiscal es no formar los cargos con cavilaciones y sofismas, apartándose de los que arrojan los autos; y al fin del mismo número explica que los cargos y reconvenciones se hacen al reo con lo que produzcan las declaraciones que haya dado y las de los testigos. Mas adelante, en el núm. 560, recomienda al fiscal, que para preparar bien la diligencia de la confesion con cargos, ha de imponerse ántes muy despacio de las declaraciones de los testigos y peritos, y las que tenga dadas el reo, para hacerse cargo de lo que resulta en el proceso contra él, y formar de todo un pequeño extracto para arreglar el interrogatorio, que se ha de llevar extendido, distinguiéndose lo que está plenamente justificado de lo que no está, para hacer cargo al reo y reconvénirle. El mismo autor, en el núm. 555, hablando de la misma diligencia de confesion con cargos al reo, dice que se le recibe haciendo cargo de la culpa que contra él resulta, y se le arguye y convence con lo que se produce de autos, y tambien con lo que ofrecen las declaraciones, que sirven admirablemente para convencerlo, con lo mismo que tiene dicho y declarado. En el formulario de una confesion con cargos en causa de robo, que se encuentra en el mismo tomo 3.º del tratado de Juzgados militares de Colon, haciéndose cargo al reo de que segun antecedentes gastaba dinero con una mujer con quien vivia en tal parte y llevaba amistad, el autor hace la siguiente observacion contenida en una anotacion marginal: «Nótese, dice, que por no estar

«justificada la amistad que se supone tenia el reo con una mujer, «se le arguye diciendo que hay algun antecedente, y no se le dice «que resulta de autos y que consta por testigos.» Por último, el mismo autor vuelve á tocar el mismo punto en el núm. 606 del referido tomo 3.º, en el que volviéndose á ocupar de la referida diligencia de la confesion con cargos, dice: «Y con lo que resulte «de autos se le hacen los cargos y reconvenciones, no estando ya «hecho en su primera confesion, ó faltando alguno sustancial y «grave con que argüirle.» Las doctrinas de Colon que se acaban de hacer valer y que se podrian multiplicar hasta el grado que se quisiera, pues á cada paso insiste ese autor en el concepto que vamos fundando, de manera que las citas de él que hemos hecho, las hemos tomado al acaso y sin habernos tomado el trabajo de elegir las con preferencia á otras análogas, no son sino la exposicion doctrinal de disposiciones expresas contenidas en diversos artículos de la Ordenanza del ejército. En el 13 del tit. 5 del tratado 8.º, se reconoce que *la justificacion del delito es el fundamento de todas las causas criminales*. En el 26 del mismo título y tratado, al designarse la forma con que el fiscal debe redactar su conclusion, se expresa que esta debe fundarse en las informaciones, cargos y confrontaciones con el acusado, y que debe pedirse contra este la pena impuesta por la ley al delito de que se le acusa, cuando estuviese convencido de él, agregándose en el mismo artículo, que en caso que no esté plenamente justificado el crimen, expondrá el fiscal en su conclusion lo que sintiere, *segun le dictare el conocimiento de lo que constare por el proceso*. En el art. 29 del mismo título, se impone de la manera mas formal á los vocales del Consejo de guerra, la obligacion de votar segun su conciencia y honor, y lo que de las *informaciones se deduzca*; y aunque en el segundo periodo del art. 43 se les reconoce la facultad de interrogar al acusado para mejor instruirse, se pone al ejercicio de esa facultad la condicion de que puedan hacerlo *arreglándose á lo que conste de la causa*. El art. 46 solo autoriza á los vocales del Consejo á condenar cuando el acusado está convencido del delito de que se le acusa; cuando no lo está, les impone la obligacion de absolverlo; y cuando la materia fuese dudosa, no habiendo bastantes pruebas

para condenarle, ó muchas para absolverle, les permite resolver que se tomen nuevas informaciones, expresando sobre qué puntos deban recaer. Por último, el art. 55 del mismo título y tratado, que debería escribirse con letras de oro, por el noble principio de humanidad que lo ha inspirado, expresa de la siguiente manera el santo respeto que debe tenerse á la vida del hombre. « Para fundar « el voto á muerte, debe tener presente todo juez *que ha de haber « concluyente prueba del delito* en el caso de no estar confeso el reo.»

Ya se atiende, pues, á los principios de la legislación comun, ya á los especiales de la militar, con arreglo á los cuales se pretende que debe sustanciarse este proceso, es legalmente imposible condenar en él al Sr. Archiduque Maximiliano, pues ni él ha confesado ser autor de los hechos de que como criminales se le hace cargo, ni se ha recogido en el sumario ninguna prueba de haberlos él ejecutado, ni se ha justificado que ellos sean de notoriedad pública, ni aun probada esta, ella es prueba admisible en materia criminal. En consecuencia, puesto que el Sr. Archiduque Maximiliano no está convencido con las constancias de autos, como debería estarlo para poder ser condenado, de haber ejecutado los hechos de que, como delitos definidos por la ley, se le hace cargo, conforme á las terminantes disposiciones contenidas en los artículos 46 y 55 de la Ordenanza militar del ejército, debe ser inevitablemente absuelto. Pero permitiendo, sin conceder, que nos encontráramos en el último caso previsto por el primero de dichos artículos, á saber, en el de que fuera dudoso el juicio que se hubiera de formar, sobre si el acusado debiera ser condenado ó absuelto, aun en él no podría adoptarse el primero de esos extremos, sino que conforme al art. 46 del tít. 5 del tratado 8.º de las Ordenanzas del ejército, lo que debería hacerse sería que se tomaran nuevas informaciones, lo que en el caso equivaldría á formar enteramente de nuevo la sumaria. Pero no nos encontramos en ese caso, porque el que se califica de dudoso en dicho art. 46, es el en que habiendo pruebas de cargo y descargo, la concurrencia de estas y su recíproca contradicción, dejan el ánimo en estado de vacilacion y de duda, y el en que nos encontramos es el de no existir en la sumaria constancias algunas que justifiquen los cargos, falta de pruebas, y no contradicción en-

tre ellas, que coloca al ánimo, no en estado de duda, sino en el de deber calificar que el acusado no está convencido de haber cometido el delito de que se le hace cargo, debiéndose, en consecuencia, absolverlo y mandarlo poner en libertad, conforme á lo prevenido en el segundo caso previsto por el repetido art. 46.

Y no se diga que sí existe en la sumaria prueba de los cargos hechos á nuestro defendido, á saber, la confesion tácita, ficta ó presunta, que resulta del hecho de haberse rehusado á contestar á las interpelaciones que le ha hecho la autoridad judicial en el proceso, ya al tomarle su declaracion preparatoria, ya al recibirle su confesion con cargos, porque esta observacion tiene diversas respuestas, todas decisivas y que no admiten réplica. Es la primera, que aun suponiendo, y despues verémos que esto no es exacto, que la confesion tácita, ficta y presunta, que se toma del silencio, debiera tener los mismos efectos que la expresa, que consiste en reconocer en términos explícitos un hecho, el de guardar silencio solo importa confesion, cuando eso se hace caprichosamente y sin motivo, y no cuando uno, con razon, se niega á contestar por alguna causa legal y fundada. Y en el presente caso, no puede ser mas justa, legal y fundada la causa por que nuestro defendido se negó á contestar, á saber, la de ser incompetente el Tribunal á que se le queria someter, y la de ser inconstitucional la ley por que se le queria juzgar. En tales circunstancias, como ántes se ha demostrado, aun los mismos defensores habríamos tenido el derecho, sin faltar á nuestros deberes, de abstenernos de hablar. Por principios de conveniencia, y no porque careciéramos de facultad legítima para ello, nos hemos abstenido de usar de tal derecho. Con mayor razon lo ha tenido el acusado mismo, sobre cuya conducta se podrá formar el juicio de que tal vez no fué conveniente; pero de ninguna manera que no estuviera autorizada por las leyes. Todo el valor de la confesion tácita, ficta ó presunta, se toma de que negarse á responder constituye un acto de rebeldía, de contumacia, de desobediencia á la autoridad. Por lo mismo, en todos aquellos casos en que un acusado tiene motivos prudentes y legítimos para no creerse obligado á contestar, los caracteres de rebeldía, de contumacia y desobediencia á la autoridad desaparecen completamente; y el si-