enemigo de alguno de los interesados en el juicio, ó tener interés en el negocio que en él se ventila (ley 13, y 3, tít. 10, lib. 11 de la Nov.): tambien debe preguntarse al testigo por su oficio, edad y demás circunstancias conducentes á conocer su persona. Si algun testigo no supiere la lengua vulgar se le examinará por medio de dos intérpretes que protestarán conducirse con verdad, pero si no hubiese más que un intérprete en el lugar se valdrá el juez de él, más estimará su dicho segun las circunstancias (leyes 21, tít. 20. lib. 2 de la Recop. y tít. 29, lib. 2 de la Recopilacion de Indias). Si el testigo es sordo-mudo, por analogía con lo que se practica en el caso anterior, se procederá en los términos que dijimos al hablar de la declaracion indagatoria del acusado. El testigo de oídas no hace fé sino respecto de cosas que se justifican por el sentido de la vista. (leyes 25 y 29, tít. 16, part. 3) Las declaraciones de los testigos deben estenderse á la letra y no con abreviaturas, y no se alterarán ni aclararán aunque contengan palabra obscena. (ley 5, tít. 11, lib. 11 de la Nov.) Segun las leyes 27 y 5, tít. 11, lib. 11, de la Nov. los litigantes pueden presentar cada uno hasta treinta testigos por cada interrogatorio. Esta prohibicion tendrá lugar en el plenario; pero no en el sumario, donde como hemos dicho, se reciben toda clase de pruebas necesarias para inquirir, aunque desechando las inútiles. De manera que si son innecesarios más testigos aunque solo hayan declarado tres ó cuatro, el juez se abstendrá de recibir más declaraciones. (art. 127, ley de 23 de Mayo de 1837 y decreto de 11 de Setiembre de 1820) Segun Villanova (observ. 10, pár. 4, núm. 166) pueden ser tachados los testigos presentados más allá del número permitido por la ley, lo que es conforme con la doctrina comun de los institutistas que asienta que es nulo lo que se hace contra derecho, sobre todo cuando la ley prohibitiva no tiene sancion especial. Toda esta doctrina será aplicable en negocios que no se vean ante un jurado, pues en estos el jurado

aprecia segun su conciencia el valor de la prueba testimonial.

Esplicadas las formalidades con que deben declarar los testigos, veamos cual es el valor legal de sus declaraciones. Se necesitan dos testigos sin tacha legal y conformes en lo sustancial de sus declaraciones para que haya prueba plena, excepto en los casos en que se requiere pruebas de otro órden ó mayor número de testigos, como para probar la falsedad de un instrumento público, ó para reconocimientos periciales, segun hemos dicho ya. (ley 32, tít. 16, part, 3ª) Si solo hay testigos en sentido de un hecho se debe fallar de acuerdo con ellos; pero si hay testigos en favor de un extremo y en favor de su contrario, el juez debe fallar en el sentido de lo que declaren los más dignos, probos, verosímiles y que presten mayor garantía de veracidad por todas circunstancias, segun el axioma, *non tan numeranda quam ponderanda sunt testimonia.* Si los testigos que se contradicen fueren iguales bajo el aspecto de las circunstancias de probidad que hemos enunciado, fallará el juez á favor del mayor número, pero si en todo fueren iguales fallará á favor del acusado, (ley 40, tít. 16, part. 3ª) porque los *jueces deben ser aparejados más para quitar al demandado que para condenarlo.*

Hemos manifestado que para que hagan fé los testigos no deben tener tacha legal, es decir, alguna circunstancia que segun la ley haga sospechosa de falsedad su declaracion y por lo mismo inadmisible. Las tachas que se refieren á inhabilidad absoluta de las personas, como la de menor de edad, ser el testigo falsario, etc., debe atenderlas el juez aunque el acusado no las haga valer; pero no así las que ven á inhabilidad relativa, como la de parentesco con el acusador etc., pues no se tendrán en cuenta si el reo no las hace valer (Villanova observ. 10, pár. 4, núm. 167, Curia Philípica, 1ª parte, pár. 17, núm. 14, Antonio Gomez, Var. R. tomo 1º,

cap. 12, núm. 22);[1] y la razon es porque su inhabilidad depende en este caso de un hecho particular que solo el interesado puede apreciar en su valor moral respecto de la influencia que tenga en la imparcialidad del testigo; y si no la hace valer es por que no juzga perjudicial el hecho que dá lugar á tacha y lo habilita no rechazándolo.

Los circunstancias que hacen tachable á un testigo son el carecer de los requisitos que debe tener para que su testimonio se tenga por verídico. Estos requisitos son que sea mayor de 20 años: que no sea loco, fátuo, mentecato, ébrio en el acto de suceder el hecho por que declara ó habitualmente entregado al vicio de la embriaguez, ó de cualquiera otra manera destituido de juicio: que no sea de mala fama, que no hubiere dicho falso testimonio ó cometido el delito de envenenamiento, que siendo casado no esté amancebado, que no haya cometido el crímen de forzar mujer, ni haya contraido matrimonio legalmente incestuoso, ni haya cometido delito de traicion ó alevosía, ni sea de mala vida como ladron, alcahuete, tahur (leyes 7 y 9, tít. 16, part. 3ª). Tampoco puede ser testigo el ascendiente y descendiente en causa recíproca, excepto en las de filiacion: la mujer por su marido y al contrario: un hermano por otros mientras vivan bajo la patria potestad: el interesado en la causa, excepto el individuo de comunidad cuando no se trate de su interés personal, sino del interés público (este es el verdadero sentido de la ley, que quiere excluir la parcialidad): el enemigo capital mientras dura la enemistad: el criado familiar ó paniaguado: el hombre muy pobre sin buena reputacion: el juez en pleito que juzgó ó ha de juzgar: el abogado, procurador y tutor por sus respectivos clientes, apoderados y

1 Esta es doctrina comun de nuestros prácticos; pero nosotros no la aceptamos por las razones que siguiendo á Mittermaier expondremos al hablar de pruebas relativas á la persona del inculpado.

menores: el cómplice en el delito contra su compañero: el que está preso por causa criminal: el sócio en favor de su consócio en negocios de la sociedad: el presentado por el acusador si fuere su pariente ó viviese con él cotidianamente (leyes 10, 14, 18, 19, 20. 21 y 22, tít. 16, part. 3ª y 15, tít. 15, part. 3ª).

Como se vé la ley ha querido acrisolar la veracidad de los testigos ó á lo ménos alejar cuanto sea posible toda influencia que en la exactitud de su testimonio pueda ejercer la ignorancia, la falta de criterio, la parcialidad, la mala fé ó la falta de honradez de los testigos. El objeto de las leyes ha sido, pues, depurar de todo vicio que pudiera tergiversar la verdad, la prueba testimonial. Para ello ha hecho esa larga enumeracion de inhabilidades; pero ella no es bastante, pues no está en manos de la ley prever todos los casos que puedan presentarse, no ya bajo un mismo órden de cosas, sino cuando el cambio de costumbre y de leyes produzca nuevas relaciones, nuevos vínculos entre las personas, que de alguna manera puedan afectar la veracidad de sus testimonios. Por lo mismo, los jueces fundados en el principio *ubi eadem est ratio eadem esse debet juris dispositio*, desecharán el testimonio de personas cuya honradez, parcialidad y criterio se encuentren viciados por iguales ó mayores motivos que los enumerados en las leyes; así como al contrario fundados en el principio de que *correcta ratione legis, lex ipsa sensetur correcta*, no tendrán en cuenta aquellas inhabilidades que por la influencia de la legislacion ó de las costumbres no pueden racionalmente subsistir porque no modifican la veracidad del testigo. No tendrán por ejemplo como inhábil al apóstata, aunque no haya ley explícita que derogue la de partida que sancionó tal inhabilidad, pues basta para ello el hecho de que nuestra legislacion no tiene en cuenta en materias jurídicas la religion de las personas. Creemos que esta doctrina condensa la multitud de reglas que dan los

casuistas sobre habilidad de testigos. Cuando éstos son singulares, es decir, cuando deponen sobre hechos asilados, los autores dividen esa singularidad en obstativa, diversificativa y acumulativa. Hay singularidad obstativa cuando los testigos deponen sobre hechos que se contradicen, como si Pedro declarase que vió á Juan robando á las doce del dia en lugar determinado, y Antonio que le vió robar á la misma hora en lugar distinto. Hay singularidad diversificativa cuando los testigos deponen sobre hechos diversos que no tienen entre sí enlace ninguno, como si Pedro declara que vió á Juan robar un relox á las doce del dia, y Antonio que le vió robar un libro á las tres de la tarde. Finalmente hay singularidad acumulativa cuando los testigos singulares deponen sobre hechos enlazados entre sí, de manera que sus deposiciones concurren á fundar la probabilidad de la existencia del hecho; como si Pedro declara que vió á Juan en una hora determinada dar un balazo á una persona, y Antonio declara que á la misma hora y en lugar próximo al del acontecimiento vió al mismo Juan correr asustado con la pistola, y Luis declara que le vió poco tiempo ántes correr tras del occiso.

Como ya hemos manifestado que solo dos testigos contestes hacen prueba plena, es claro que cuando son singulares, aunque la singularidad sea acumulativa, no hacen fé sino presuncion más ó ménos vehemente y cuyo valor se gradúa por el criterio de presunciones que á su tiempo diremos.

Hemos dicho tambien que para que hagan fé los testigos se necesita que sean presenciales, no bastando que sean de oidas. Por esta razon no colocamos entre las pruebas jurídicamente admisibles en materia criminal la notoriedad y fama pública, que en materia civil sí es admisible.

La ley 28, título 16, part. 3ª dice: que cuando el testigo declara saber una cosa por haberla oido: no cumple lo que atestigua. Por lo mismo la admision de notoriedad y fama

pública, como uno de los medios judiciales de prueba importa reconocer una excepcion al principio que dice: "el testimonio de oidas no es valedero." Por eso Escriche se espresa en estos términos al hablar de la fama pública: "La fama aunque esté probada, no hace regularmente por sí misma prueba plena, porque muchas veces es falaz y engañosa, pues como dice el derecho canónico (cap. cum in multitudo 12 de purgation. can.) *dictum unicus facile sequitur multitudo.* Tiene á veces un hombre el capricho de decir una cosa contra otro sin más fundamento que el de una noticia inesacta 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 hé 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 más claras que la luz; ni aún 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 aún 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 est Baldi sententia*, dice Argenteo, *famam non esse per sé speciem probationis, sed egere adminiculis et substantia veri, et valere ad inquirendum, non ad judicamdum, et circa preparatoria, non circa decisoria.* Ferraris, en el mismo artículo ántes citado, nú-

mero 19 y 20 dice en términos espresos y formales lo que sigue: *Fama regulariter loquendo de per se non facit plenam probationem, facit tamen semiplenam probationem in causis civilibus, secus antem in criminalibus, ubi requiruntur probationes indubitatæ 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, cuando res est modici prejudicii, vel cuando agitur de pecato vitando. In criminalibus autem, etiam legitimé probata, cum in his causis ob earum gravitatem et prejudicium liquidisimæ probationes requirantur, nec semiplene probat, nec ad torturam sufficit, sed tantum, ut ad inquisitionem epecialem diffamati procedatur.*"

¿Más por qué razon se admite la fama pública como prueba en materias civiles y no se admite en materias criminales? Porque en materias civiles es muchas veces preciso fundarse en simples presunciones para dar un fallo, ó no dar ninguno, abandonando á los litigantes á la anarquía. "En lo civil, dice Voltaire[1] está sometido al cálculo de las probabilidades todo lo que no está decidido por una ley clara y terminante. En lo criminal sucede lo mismo con lo que no resulta evidentemente probado; pero con esta diferencia esencial ¿cuál es? la de la vida y de la muerte, la del honor de toda una familia y de su oprobio. Cuando se trata de esplicar un testamento equívoco, la cláusula ambigua de un pacto nupcial, de interpretar una ley oscura sobre sucesiones ó comercio, es *absolutamente* necesario que el juez decida, y entónces lo guía la mayor probabilidad: en esto versa únicamente el dinero. Más no es lo mismo tratándose de quitar la vida y el honor á un ciudadano, pues entónces no basta la mayor probabilidad; ¿por qué? porque si dos partes disputan la propiedad de un terreno ó cosa, es evidentemente

1 Essai sur les probabilités en fait de justice.

necesario para el interés público y para la justicia particular el que uno de los dos litigantes posea la cosa, porque no es posible el que deje de ser de alguno; pero cuando un hombre es acusado de un delito, no es ciertamente necesario el que sea entregado al verdugo por una gran probabilidad: es muy posible que él viva sin turbar la armonía social, y tambien el que veinte apariencias contra él sean balanceadas por una sola á su favor." Mittermaier en su tratado de prueba judicial espresa los siguientes conceptos al investigar las diferencias entre la prueba en materia civil y la prueba en materia criminal. En lo civil, dice, el debate versa sobre la existencia y extension de los derechos de propiedad ó personales á que aquella se refiere, susceptible por lo tanto de ser objeto de libre abandono; pero en lo criminal el interés público es quien motiva la persecucion, y el desistimiento de las personas privadas no podria detenerla *(jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* (Ley 38, tít. 14, lib. 2 D.) Las necesidades sociales quieren que se imponga una pena al transgresor de las leyes porque la impunidad relaja los vínculos del órden. Además, los castigos que se trata de imponer son relativos á derechos que ninguna persona privada puede renunciar. *Así, mientras en lo civil la prueba se mira como completa desde que las partes no están en contrariedad acerca del hecho,* ó una de ellas en virtud de los procedimientos á que podria dar lugar el desistimiento del adversario ha hecho pasár la conviccion al ánimo del juez; en lo criminal la prueba tiene otro objeto mucho más elevado, esto es: *la verdad más patente que es dado al hombre conocer,* y solo ella puede servir de base para un castigo que vá á herir los derechos civiles más sagrados; castigo cuyo rigor solo se justifica cuando la conviccion está basada sobre todas las pruebas posibles en la causa, y cuando el *ánimo rehusa suponer ni un solo momento la existencia de hechos contrarios á los de la acusacion.* Dedúcense de aquí estas consecuen-

cias. 1ª El círculo de las pruebas está más restringido en lo criminal; y así no podria admitirse en él el juramento que descansa en el principio del desistimiento (juramento decisorio). 2ª Los mismos medios de prueba admitidos en el procedimiento civil y en el criminal, la confesion por ejemplo, llevan en sí en ambos un principio del todo diferente. En lo civil la confesion de la parte hace fé porque en definitiva tenia el poder de renunciar su derecho; en lo criminal no sucede lo mismo, y la confesion del acusado, su comparecencia voluntaria, el hecho, en fin, de denunciarse él mismo no podria satisfacer plenamente. Es preciso en todo caso que el exámen de los motivos que le han impelido á obrar de ese modo, de su conducta anterior, de la relacion existente entre los hechos circunstanciados comprendidos en la confesion y las demás pruebas descubiertas en los autos, y de la probabilidad, en fin, del crímen cometido por el acusado, resulte una certeza completa: entónces y solo entónces es cuando la confesion puede motivar la condena. 3ª El desistimiento del acusado tampoco tiene influencia en materia criminal sobre los procedimientos y la administracion de la prueba. En lo civil una parte puede eximir á un testigo de prestar juramento, un testigo sospechoso puede no ser tachable por el solo hecho de que la parte contra quien declaró nada haya objetado á su veracidad; pero en materia criminal en que predominan los más altos intereses de la justicia, la voluntad del acusado no puede tener influencia. 4ª Por último, en lo civil hay ciertas prescripciones de la ley que se derivan del principio del desistimiento (es decir, de la facultad que tienen las partes para desistir de sus derechos) las cuales no podrian tener aplicacion en el procedimiento criminal.

Presunciones é indicios. Aunque ideológicamente hablando hay diferencia entre presuncion é indicio, pues aquella es el juicio que formamos sobre un indicio, y éste es un hecho conocido que se supone relacionado con otro desconocido

que se trata de descubrir; sin embargo, como el lenguaje de las leyes y de los autores usa promiscuamente estas dos palabras, y esta confusion léjos de producir malos efectos sirve para abreviar las espresiones y simplificar un razonamiento, usaremos nosotros indistintamente de ambas voces, tomándolas en el sentido en que hemos definido el *indicio*, esto es, entendemos por presuncion ó indicio la relacion tan íntima que existe entre un hecho conocido y otro desconocido que del uno llega el criterio hasta el otro por medio de una conclusion muy natural.

Las presunciones se dividen en presunciones *juris et de jure*, *juris tantum* y *hominis*. Presunciones *juris et de jure* son aquellas que la misma ley eleva á la clase de prueba plena, precisando al juez, cuando se han probado ciertos hechos, á tener por averiguados y ciertos, otros relacionados con ellos, sin admitir prueba en contrario. Así por ejemplo, las leyes de Partida suponen legítimo al hijo nacido con ciertas condiciones de matrimonio legítimo, sin admitir pruebas en contrario. Así tambien en caso de nacer varon y hembra á un mismo tiempo, tienen como primeramente nacido al varon.

Presunciones *juris tantum* son las mismas que hemos esplicado; pero con la diferencia de que se admite prueba en contrario de los hechos tenidos como ciertos por la ley.

Presunciones *hominis* son aquellas cuyo valor probatorio deja la ley al criterio judicial.

En materia criminal no puede haber presunciones *juris et de jure*, pues á nadie se le puede tener por criminal *naturalmente*, ni hay ningun caso en que para decidir una cuestion jurídica sea preciso tener á un hombre como delincuente. Pero sí hay presunciones *juris tantum*, pues la ley así como supone el dolo en la mayor parte de los delitos, así tambien supone un delito en hechos que esencialmente no tienen ese carácter, como cuando declara responsables de hurto á aque-

llos en cuyo poder se encuentren cosas robadas (ley de 5 de Enero de 1857), ó circuladores de moneda falsa á aquellos que den en un solo acto seis ó más monedas falsas del mismo cuño (art. 675 del Código penal). Más en todo caso admite prueba en contrario. Las presunciones *juris tantum* están fijadas por las leyes que hablan de los delitos respectivos; y por lo mismo aquí solo nos vamos á ocupar de las presunciones de hombre.

Algunos publicistas y algunas legislaciones, como Abegg y Hefeter entre los primeros, y el Código de la Carolina [1] entre los segundos, proscriben las pruebas por presunciones ó sea el sistema de prueba indirecta ó *circunstancial*. Conviene por lo mismo examinar tres cuestiones importantes. 1ª ¿En nuestro derecho patrio es admisible la prueba de presunciones? 2ª ¿Es conforme á la razon y la justicia admitir en lo criminal esa clase de prueba? 3ª Caso de que deba admitirse ¿qué reglas deben guiar al criterio judicial para valorizar las presunciones?

La ley 12, tít. 14, part. 3ª, que es la *clásica* en materia de pruebas en juicio criminal, dice: "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 conocencia del acusado, é non por sospechas tan solamente. Ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del home ó contra su fama, que sea probado, é averiguado *por pruebas claras como la luz, en que non venga ninguna dubda.* E por ende fallaron los sábios antigüos en tal razon como ésta, é dijeron, que más santa cosa era de quitar al home culpado contra quien no puede fallar el judgador prueba cierta é manifiesta, que dar juicio contra el que es sin culpa maguer fallasen por señales alguna sospecha contra él." El tratado 8º, tít. 5º, art. 48 de la ordenanza

1 Así se llama la ordenanza criminal de Cárlos V, obra del jurisconsulto Feberbach.

del ejército admite la prueba por indicios siempre que ella arroje completa certidumbre como las demás pruebas plenas.

Como se vé, la ley de Partida excluye las *sospechas*; pero no dice nada de las *presunciones* que ideológica y jurídicamente son distintas de las simples sospechas. Lo que sí contiene esa ley, es el principio salvador de la inocencia, de que sea cual fuere la prueba, ésta debe ser clara como la luz del dia. Pero las leyes de Partida no solo admiten la prueba por presunciones, sino la prueba privilegiada ó imperfecta tratándose de delitos de traicion, adulterio y otros de incontinencia. Pero ya hemos visto que las pruebas privilegiadas pugnan con nuestro derecho público moderno, con los nuevos principios sobre prueba en materia criminal, con el espíritu de justicia y equidad que se ha introducido en todas legislaciones modernas. Por eso uno de nuestros jurisconsultos (el Sr. D. Fernando Ramirez) se espresaba en estos términos al hablar de pruebas privilegiadas. "Hijos de una jurisprudencia bárbara y atroz fueron los principios que daban por bastantes las pruebas imperfectas tratándose de delitos atroces, y que permitian la union de ellas [1] para

2 A propósito advertiremos que no es lo mismo prueba circunstancial ó de presunciones, que conjunto de pruebas imperfectas Aquella, como diremos, puede conducirnos á la más plena certidumbre; éste por el contrario, nunca producirá por sí mismo tal resultado sea cual fuere el número de pruebas imperfectas que se reunan. La declaracion de un testigo enemigo capital del procesado, la confesion de éste arrancada por fuerza ó por astucia, la declaracion de muchos testigos de oidas, la de otros tantos inhábiles por su edad ó por locura, todas estas pruebas imperfectas reunidas no pueden nunca constituir una perfecta; porque la verdad no se forma por el agrupamiento de muchas medias verdades: la verdad es totalmente verdad ó no lo es, la verdad no resulta de la operacion aritmética de sumar muchas medias verdades, por la sencilla razon de que no hay *medias verdades*. Respecto de la prueba imperfecta, sí cabe la crítica graciosa (que algunos han querido aplicar á la prueba por presunciones confundiéndola con aquella lastimosamente) de aquel inglés que defendiéndose de una acusacion fundada en un agrupamiento de pruebas imperfectas decia: *que no podia concebir cómo con diez mil pedazos de un caballo blanco, se pretendia hacer un caballo negro.*

formar una perfecta, como si la union de muchos círculos, pudiera jamás formar un cuadrado perfecto: la primera errónea máxima, dice Filangieri, es la que ha sacrificado á la imbecilidad de nuestros jurisconsultos un número infinito de inocentes; y aquel filósofo combate victoriosamente la horrible y estúpida doctrina que admite la diminucion de la prueba cuando más increible sea el hecho que se trate de probar, debiendo ser precisamente lo contrario; con este motivo y para formar contraste cita la ley de un pueblo bárbaro que exigia tres testigos para probar el atentado contra la vida de un duque, y pedia solamente dos en los atentados contra la vida de un privado. El art. 180 del Código de Catalina prevenia lo siguiente: *el testimonio de un hombre es tanto menos digno de fé, cuanto más enorme sea el crímen y más difíciles de creer sus circunstancias.* Con respecto á la union de las pruebas imperfectas es indudable que nuestra jurisprudencia la repugna y que el siglo la detesta como un horrendo atentado contra la libertad individual: ella se observó únicamente cuando los derechos del hombre eran el juguete de la tiranía y cuando permanecia ahogada la voz de los pocos que defendian la humanidad oprimida. He citado muchas veces con gusto y estudio á un práctico de la Inquisicion, porque en este tribunal, llamado por antonomasia de sangre, encuentro principios más humanos que los que he oido citar para sacrificar á mi cliente. Carena opina que se pueden unir las pruebas imperfectas cuando tienden á un mismo fin, como si un testigo vió á Ticio preparar la arma, otro, que huia con la espada desnuda, y otro, que se ocultó en algun bosque; pues en este caso *inditia hujusmodi conjunguntur ad faciendum inditium ad torturam;* más no para condenar."

Desembarazados con las anteriores doctrinas de la cuestion sobre la prueba privilegiada que debe rechazarse; fijada la diferencia que hay entre prueba por presunciones y reunion de pruebas imperfectas; y demostrado que nuestra le-

gislacion no proscribe la prueba por presunciones, aunque la admite con la condicion de que ellas produzcan pruebas tan claras como la luz del dia (leyes 12, tít. 14 y 26, tít. 1º part. 7ª y tratado 8º, tít. 5º, art. 48 ordenanzas del ejército) veamos si es justo y racional admitir en juicios criminales las presunciones.

Para resolver esta cuestion advertiremos con Mittermaier: que la teoría legal de las pruebas, ó sea el criterio jurídico, no es un conjunto de reglas caprichosas y arbitrarias, ó invenciones del legislador, de tal manera que él establezca certidumbres legales independientes del criterio que la razon sigue para llegar á la certeza de toda clase de hechos. El criterio jurídico no es otra cosa que la espresion de las reglas dictadas por la esperiencia, y que desarrollan y fecundizan en nosotros el gérmen de la fuerza instintiva que nos conduce á la averiguacion de la verdad. Estas reglas son objeto de las investigaciones científicas, y la ley no hace más que sancionarlas como el resultado de la esperiencia y del estudio y hacerlas obligatorias para los jueces, para que estos al valorizar las pruebas no se guien por su imaginacion exaltada, por sus impresiones del momento, por sus pasiones y parcialidad, por apreciaciones hijas de la inesperiencia etc.; sino que se sujeten á los principios que el estudio y una larga esperiencia han demostrado como ciertos durante largos ensayos. En consecuencia, la teoría legal de la prueba no es distinta de los criterios comunes de certidumbre porque se guía todo hombre pensador, sino estos mismos criterios reglamentados por la ley y sancionados en sus preceptos. Síguese de aquí que pueden ocurrir circunstancias no previstas por la ley y que sin embargo debe tener en cuenta el juez siempre que ellas influyan en el valor de una prueba jurídica. Así por ejemplo, ¿haría fé en juicio la declaracion de una mujer, casada solo canónicamente, en favor de su marido, por más que la ley no repute como legítimo el matrimonio, ni por lo