

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

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

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

SECCION PRIMERA.

PRESUNCIONES SIMPLS EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

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

815. Sistema del Código.

816. Admisibilidad de las presunciones en materia mercantil.

817. Caracteres que deben tener las presunciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION SEGUNDA.

PRESUNCIONES SIMPLES EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

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

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

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

§. I.—ADMISIBILIDAD DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

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

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

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

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