

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 habia rehusado admitir presunciones que se decían graves, precisas y concordantes.

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

Por derecho español, las presunciones judiciales ó de hombre que son las de que trata aquí M. Bonnier con el nombre de presunciones simples, solo hacen semi-plena probanza más ó menos fuerte 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 SIMPLS EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

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

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

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

§. I.—ADMISIBILIDAD DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

820. Importancia de los indicios en Roma.
821. Fuerza de los indicios completada por el tormento, en nuestro derecho antiguo.
822. Pena extraordinaria y 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 habia otro recurso despues de oír á los testigos, que la discusión de las pruebas circunstanciales, discusión que por su naturaleza misma se prestaba singularmente á los efectos del arte oratorio.

821. 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 tenia por efecto, si era favorable al acusado, purgar los indicios. "Torturæ tanta vis est," dice Farinacio (*Quest.*, 40, número 1.^o) ut in ea persistens negando vel non persistens fatendo, quidquid dixerit, puram veritatem dixisse præsumatur." "Cuando "el acusado, dice Pothier (Tratado del procedimiento crim., sec. V. art. 2, §. 3), no

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

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

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

2. Sabido es que se consagró en Paris hasta la revolucion de 1789, la memoria de este triste suceso, con una misa conocida con el nombre de *Misa de la Urraca*, á la cual asistian los magistrados con togas rojas.

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

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

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

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

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

825. El Código de procedimientos penal austriaco de 1853, reproduciendo en gran parte las disposiciones de un decreto especial del 8 de Julio de 1833, sienta (§. 279) los principios siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§. II.—CLASIFICACIONES DE LOS INDICIOS.

SUMARIO.

827. Clasificación de los intérpretes, seguida por diversas leyes.

828. Indicios *manifiestos, próximos, remotos*.

829. Indicios *antecedentes, concomitantes, subsiguientes*.

830. *Carolina* y Código austriaco de 1853.

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

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

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

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

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

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

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