

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 podrían 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup> de la ley provisional para la aplicación del Código penal que hemos espuesto en nota al núm. 52 de esta obra, tomo 1<sup>o</sup>, 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 equivalentes 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.]



me sea perjudicial la verdad, no se sigue en manera alguna que no haya dicho la verdad.

Esta esplicacion nos pareció tan natural, que no pensamos en dar otra aplicacion al principio sentado por el artículo 1356; pero si nos atenemos á la doctrina de Pothier, á la cual se referia el orador del Tribunal, debe seguirse mas adelante y escluir la revocacion en el caso en que la confesion misma fuera solo el resultado de un error de derecho.

"Esta distincion entre el error de derecho y el error de hecho, dice Pothier (Oblig., núm. 834), aparecerá claramente con el ejemplo que sigue: Supongamos que un menor, en edad de testar, lega una suma considerable á su preceptor (1), y que el heredero nombrado conviene en que debe á este preceptor la suma que espresa el testamento. Si despues, este heredero recobra un codicilo revocando el legado, quedará destruida su confesion, á la que dió lugar la ignorancia de este codicilo, que es un error de hecho; pero si no se revocó el legado, y el heredero dice solamente que confesó por error deber la suma que espresaba el testamento, porque ignoraba entonces la ley que prohíbe á los menores hacer legados á sus preceptores, siendo este error un error de derecho, no se admitirá que lo proponga el heredero, y subsistirá la prueba que resulte de su confesion."

El motivo que dá Pothier (*ibid.*), es que es culpa suya no haberse hecho instruir de ello anticipadamente. Pero este motivo prueba demasiado, porque deberia sacarse deducciones de él contra el texto de la ley, que no hace distincion alguna, y contra la opinion universalmente recibida de que no puede repetirse el pago por error de derecho. Si es cierto que el legado hecho á una persona incapaz de recibirlo, ó bien nulo en la forma, está sujeto á repeticion, cuando no lo ha pagado el heredero sino por error de derecho, ¿cómo habia de tener mas fuerza la simple confesion que el pago efectivo?

1. Para aplicar este ejemplo á la legislacion moderna, seria preciso decir hoy á su autor [C. Nap., art. 907].

¿No hay en esto motivo para sorprenderse, y al confesar el heredero el legado, habrá querido confesar otra cosa mas que la existencia del testamento, sin pensar en su validez legal? Pero se dirá, la misma distincion hace el Código Napoleon (art. 2052) respecto de las transacciones. A esto es fácil contestar que, segun el objeto mismo de la transaccion, el que transige se reputa renunciar á suscitar toda clase de dificultades, tanto de hecho como de derecho. Comprenderíase que fuera lo mismo si no se verificara la confesion judicial sino en actos en que se aconseja la parte de un abogado ó procurador; pero ¿cómo dar el mismo efecto á la confesion hecha en un interrogatorio á que contesta el litigante sin aconsejarse de nadie? Es verdad que puede confirmarse una disposicion irregular, bien por quien la hace (1), bien por sus herederos; pero esta confirmacion exige (*ibid.*, artículo 1338) condiciones especiales, á falta de las cuales no se reputa hecha con conocimiento de causa. Pues bien; ¿de qué servirían estas precauciones, si no pudiera retractarse una simple confesion, aun cuando proviniera del error mas manifiesto?

Esta observacion nos conduce á una solucion ingeniosa propuesta por M. Larombiere (*Teoría de las obligaciones*, tom. 5, página 422). Es imposible admitir que la ley se contradiga á sí misma y se desdiga sobre el principio esencial que los actos confirmatorios deben hallarse exentos de todo error. En su consecuencia, seria necesario distinguir, en la práctica, si se trata de una simple confesion de un hecho ó de la confirmacion del vicio de una obligacion, confirmacion que debe ser siempre voluntaria, como lo repite el Código en muchas ocasiones (arts. 1338 y 1340). La confesion de un hecho no podrá retractarse cuando solo provenga de un error de derecho; pero se podrá retractar la confirmacion que tiene el vicio de semejante error; porque esta confirmacion dejará de ser voluntaria, á no ser que hayan manifestado las partes la in-

1. Salvo la donacion entre vivos, si es nula en la forma [*ibid.*, art. 1339].

tencion de transigir, lo cual haria que fuese aplicable el art. 2052. Poco importa que se haya calificado como confesion la confirmacion, pues á los tribunales corresponde restituir á un acto su verdadero carácter, y no es suficiente un pasaje de Pothier para destruir los principios mejor consignados.

Esta es tambien una de las hipótesis en que Pothier ha reproducido demasiado servilmente los principios de la legislacion romana. Pero debe observarse, en primer lugar, que en Roma no se habia sometido como entre nosotros á condiciones especiales la confirmacion de las obligaciones viciadas de nulidad. Además, se admitia de un modo mas lato que en el dia la distincion del error de derecho y del error de hecho. Así Africano, en un texto (l. 7, D. *De confess.*), que probablemente ha servido de base á la doctrina de Pothier, enseña que la confesion de un fideicomiso no puede revocarse por error de derecho; porque, segun un rescripto de Antonino, reproducido por Paulo (l. 9, §. 5, D. *De jur. et fact. ign.*), el error de derecho no era motivo para la repeticion del pago.

356. Finalmente, la confesion (artículo cit. 1356) no puede dividirse contra el que la hizo. Esta indivisibilidad es sumamente justa. Cuando me refiero á la declaracion de mi adversario, debo tomarla tal cual es, no puedo dividirla á mi arbitrio para tomar de ella solamente lo que me es favorable. De otro modo le presto un lenguaje que no ha tenido ni querido tener; porque sabido es la facilidad con que, aislando ciertas espresiones, puede darse un sentido manifiestamente contrario á la intencion del que las pronunció. La confesion puede aceptarse ó desecharse, pero no es permitido desnaturalizarla. Así, aun cuando no tuviese ninguna otra prueba de mi préstamo que la confesion de la persona á cuyo favor lo hice, y ésta hubiera dicho que se habia obligado á volverme la suma en que consistia sin intereses, no se me admitiria á sostener que se habian estipulado intereses, invocando, por ejemplo, presun-

ciones, si dicha suma no escede de 150 francos. Llámase la confesion *calificada*, cuando contiene el reconocimiento de un hecho bajo ciertas modificaciones. Dádase mas, en cuanto á la indivisibilidad, cuando la confesion es *compleja*, es decir, cuando la declaracion que modifica la confesion versa sobre un hecho distinto y posterior, por ejemplo, sobre un pago que mi deudor declarase haber efectuado al mismo tiempo que reconocia la deuda. Sobre esto pudiera sostenerse con Weber, que no está prohibido separar dos declaraciones que están lejos de confundirse, puesto que la una es la confesion de un primer hecho, mientras que la otra es la alegacion de un segundo hecho enteramente favorable al que se prevale de él y refiriéndose á otra época. Sin embargo, este caso se ha confundido siempre con el anterior. Puesto que no me he procurado otras pruebas, he tenido confianza en la buena fé de mi adversario; y á esta buena fé es á la que debo referirme para todo lo concerniente á la deuda. "Cuando el depósito, dice el art. 1924, que pasa de los 150 francos no se probó por escrito, al que es demandado como depositario se le cree por su declaracion, tanto respecto del hecho mismo del depósito, como de la cosa que se dice depositada, y respecto del hecho de su restitucion." Esta decision debe generalizarse, habiendo tambien motivo para referirla completamente al deudor, en toda circunstancia análoga.

Pero no será así, cuando el que hizo la confesion, alega, para destruir su efecto, un hecho enteramente nuevo, por ejemplo, un crédito en su favor, que se compensaria con la deuda confesada. Quiero estar á la buena fé de mi deudor, en lo concerniente á la deuda, pero jamás he tenido intencion de autorizarle á declararse acreedor mio. De otra suerte, estrechando las consecuencias del principio de la indivisibilidad, se llegaria al punto, de que si el crédito alegado por el deudor escudiese el montante de su deuda, como seria imposible dividir su declaracion, la pretendida confesion concluiria por invertir las posiciones y por con-