

la guerra lo permiten, sabe consagrarse á trabajos de su primera profesion, no puede ignorar, y si lo ha olvidado con sus nuevas tareas, fácilmente podrá recordar que para que la notoriedad pública pueda alegarse como prueba de un hecho, es necesario que á su vez la misma notoriedad pública se pruebe en juicio por los medios y con los requisitos que esige el derecho, y que esponen claramente los autores. Alegar la notoriedad pública en apoyo de un hecho, sin fundar la existencia de esa notoriedad pública en otra cosa que en el dicho de la parte que lo hace valer, pues el Señor Fiscal no tiene otro carácter que el de parte, es una cosa nunca vista, ni oida en los anales judiciales de ningun pueblo.

Para que no se nos acuse de inventar á nuestro placer una teoría que cuadre á nuestro caso, con el único objeto de defender al acusado, permítanos el Tribunal que le presentemos algunas citas entre millares que podríamos hacer valer, sobre las calidades, condiciones y requisitos con que la notoriedad pública debe probarse para el efecto de que ella pueda servir á su vez de prueba judicial de un hecho. Y no se estrañe que segun derecho sean tantas y tan rigurosas las precauciones que se esigen para admitir á la notoriedad pública como una de las especies de prueba judicial, porque considerando filosóficamente esta materia, es fácil conocer que al admitirla, lo que se hace, es introducir una escepcion á un gran principio de nuestras leyes en materia de pruebas. Segun nuestra legislacion, el testimonio de oidas, no tiene valor ninguno. La ley 28, título 16 de la partida 3ª, al determinar cuál debe ser el origen de la ciencia del testigo acerca del hecho sobre el

cual declara, exige para su valor que lo sepa por haberlo presenciado, pues si dijese saberlo por haberlo oido, la ley decide que *non cumple lo que testigua*. Segun nuestras leyes, dos testigos mayores de toda escepcion, presenciales, forman prueba plena. Por lo mismo, cuando se tienen dos testimonios de este género, con los cuales se prueba plena y directamente cualquier hecho, no hay que apelar á la prueba indirecta que resulta de la notoriedad pública. En consecuencia, no se ocurre á ella sino cuando se carece del testimonio directo de testigos presenciales. Por lo mismo, la admision de la notoriedad pública, como uno de los medios judiciales de prueba, importa reconocer una escepcion al gran principio que dice «el testimonio de oidas no es valedero:» equivale á decir, los testimonios de oidas no tienen valor ninguno; pero cuando las declaraciones de los que los dan, están concebidas en términos que revelan que la existencia de un hecho nadie la ignora, nadie la contradice, todos la admiten como indisputable, entónces, los testimonios de oidas con esos caracteres tienen el valor que despues veremos. Siendo, pues, en realidad la prueba tomada de la notoriedad pública una escepcion á la regla general sobre la carencia de valor del testimonio de oidas, no es estraño que se esijan conforme á derecho tantas precauciones para que se estime probada la notoriedad pública.

Escriche, en su Diccionario de Legislacion, edicion de Paris de 1852, artículo «Fama» dice sobre ella ó la notoriedad pública lo siguiente: «Para que la fama sirva de prueba, se requiere: 1º, que se derive de personas ciertas que sean graves, honestas, fidedignas y desinteresadas»

«das, no debiendo tomarse en consideracion la que nace de
«personas malélicas, sospechosas ó interesadas en ella.—
«2º, 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
«casunto de que se trata, sino que deben espresar tambien
«las causas que indujeron al pueblo á creerlo.—3º, que se
«refiera á tiempo anterior al pleito, pues de otro modo pue-
«de presumirse que este ha dado motivo á ella.—4º, 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 to-
«da escepcion, cuando juran que así lo siente la mayor par-
«te del pueblo.» Ferraris, en su Biblioteca jurídica, artí-
«culo «Fama,» números del 11 al 18, enseña las mismas
doctrinas que se acaban de ver tomadas de Escriche. In-
dicaciones análogas se encuentran en el Curso del Derecho
de Murillo, tít. de Probationibus 19 del lib. 2º, núm. 147,
y en el Febrero Mexicano de Pascua, lib. 3º, tít. 2º, cap.
12, núm. 107.

Pero por lo mismo que la admision de la fama pública
como medio legal de prueba es una escepcion al principio
consagrado por nuestras leyes de que el testimonio de oi-
das no tiene valor, esa escepcion no se ha admitido en de-
recho sino en los términos mas estrechos y limitados. No
hace plena prueba sino en causas civiles de corto momen-

to, y en otros casos en que no están comprometidos gra-
ves 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
antes citados. Las palabras de Escriche son las siguien-
tes: «La fama, aunque esté probada, no hace regularmen-
te 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.] dictum unicus
«facile sequitur multitudo. Tiene á veces un hombre el ca-
«pricho de decir una cosa contra otro sin mas fundamento
«que el de una noticia inesaeta ó el de una secreta antipa-
«tía 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 toman-
«do 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 pú-
«blica 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 descre-
«ditar 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 suficien-
«te para imponer una pena, porque al efecto se necesitan
«pruebas mas claras que la luz, ni aun para hacer una pri-
«sion, y arrastrar á un hombre al Tribunal de Justicia: pe-
«ro si ecsiste un cuerpo de delito, será motivo bastante
«para inquirir, y aun en caso de haber algun indicio con-

«tra 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, *faman 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 antes indicado, números 19 y 20, dice en términos espesos 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 antes 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 prejudicium liquidissimae probationes requirantur, nec semiplene probat, nec ad «torturam sufficit, sed tantum ut ad inquisitionem specialem «diffamati procedatur.»* Tambien Febrero, en el lugar antes citado, Lib. 3º, tít. 2º, 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 espresa en los siguientes términos: «El efecto de la fama originado de personas timoratas y «fidedignas, es hacer regularmente la semiplena probranza; «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 gra-

«vedad 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 «terminar 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 espuestos 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 ecsiste 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 vago é indefinidamente la notoriedad pública, cuya ecsistencia, segun 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 ecsigen pruebas tan claras como la luz del medio dia, y la que segun observa Febrero, apoyándose en la ley 12, tít. 14, de la Part. 3ª, 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 ponga 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 haga 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, antes bien, esa ley contiene una disposicion que confirma que aun en la legislacion excepcional, sobre la que tenemos que discurrir, deben observarse los principios que se han fundado con las observaciones que preceden. En el art. 6º 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 eriminal, 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 ademas, en el citado art. 6º 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 causas 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 tít. 5º del tratado 8º 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, tom. 3º, núm. 558, esplicando el modo de tomar la confesion al reo, espresa 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 esplica 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 estendido, distinguiéndose lo que está plenamente justificado de lo que no está, para hacer cargo al reo y reconvenirle. 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 tom. 3º del tratado de Juzgados militares de Colon, haciéndose cargo al reo de que segun antecedentes gastaba dinero con una muger 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 muger, 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 tom. 3º, 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 algun sustancial y grave con que cargarle.» 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 elegirlas con preferencia á otras análogas, no son sino la esposicion doctrinal de disposiciones espresas contenidas en diversos artículos de la Ordenanza del Ejército. En el 13 del tít. 5 del tratado 8º, 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 espresa 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, espondrá 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 cons-*

te 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 bastante pruebas para condenarle ó muchas para obsolverle, les permite resolver que se tomen nuevas informaciones, espresando sobre que 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, espresa 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 atienda, pues, á los principios de legislacion 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 inevitable-



G. Treviño.