

haberlas hecho una en estado de salud y otra de enfermedad, por la alteracion de pulso, diversidad de pluma, tinta &c., y asi debe conceptuarse muy falaz el juicio que se hace sobre la comprobacion (1).

33. A la prueba instrumental puede reducirse tambien la que resulta de los actos judiciales, y se divide en dos especies. Una es la que producen las partes en sus escritos y comparencias, cuyas confesiones contenidas en ellos, hacen probanza idónea y plena contra el producente. Otra es la de los autos y diligencias que extiende el escribano actuario, de expreso ó presunto mandato del juez, como son los testimonios, certificaciones y otras diligencias judiciales. Para dar los primeros se requiere mandato expreso del juez (2), como tambien que esten autorizados con el signo y firma del escribano. Las demas diligencias se autorizan con la firma y el *ante mí*, con cuyos requisitos unos y otros actos hacen prueba; pero las certificaciones y diligencias simples que no estan autorizadas con el signo ni el *ante mí*, no merecen mas crédito que el de un testigo cualquiera. Por consiguiente la fe del escribano es esencialmente necesaria en el juicio, so pena de nulidad de los autos; y asi jamas debe omitir su signo en los testimonios, y su firma con el *ante mí* en las diligencias de alguna entidad. En casos gravísimos, cuyo buen éxito pende del sigilo, suelen nombrar los tribunales superiores por actuario, uno ó dos de sus ministros ú otras personas de dentro ó fuera del tribunal, autorizándolas antes para aquel único acto; el cual nunca pasa del sumario, ó de aquel estado en que el asunto puede ya publicarse sin inconveniente (3).

34. Las escrituras é instrumentos pueden presentarse en la causa criminal despues de conclusa, como no esté sentenciada; con tal que no se hayan dejado de dar en tiempo idóneo por culpa del que los produce (4).

35. El cuarto medio de prueba es la inspeccion ocular del juez, ó sea la evidencia, de la cual se trató en dicho tomo 4.º, página 174, con relacion á los asuntos civiles, como sobre edificios, términos de pueblo &c. En los criminales se acreditan por este medio muchos actos que prueban la existencia del crimen, como la inspeccion de heridas, cadáveres, rompimientos,

1 El que desee mayor instruccion sobre la prueba de instrumentos, vea el citado tomo 4.º de esta obra, pag. 156. §. 75. y sig.

2 Matth. cont. 18 num. 22. y sig.

3 Matth. cont. 76. num. 70.

4 Parej. de edit. instrum. tom. 2. tit. 6. resql. 3.

incendios, aprensiones &c.; pero debe acompañar siempre la fe del escribano en la actuacion de estas ocurrencias; pues de lo contrario no tendrá la simple inspeccion del juez aquel caracter legal que se requiere para que tenga fuerza de prueba en los autos.

36. La última especie de prueba es la conjetural ó de indicios, acerca de la cual han escrito mucho los autores criminalistas; pero casi todos con tanta metafísica y oscuridad que no es posible sacar de su doctrina unas reglas seguras. Ellos han subdividido los indicios ó presunciones en diferentes especies, á saber: urgentes y necesarios, próximos y remotos, dudosos y semiplenos, indudables y plenos, de hecho ó de derecho; y en la explicacion de estas diversas clases amontonan tan extrañas especies, sacadas de su caviloso entendimiento, y no de la letra ó espíritu de nuestras leyes, que esta materia viene á ser un intrincado laberinto. Y cabalmente aqui es donde se necesita mayor exactitud y claridad para no dar á los indicios mas valor que el que deben tener. Las leyes de Partida exigen para condenar á uno que haya pruebas contra él tan claras como la luz. »La persona del home, dice la ley 26. tit. 1. Part. 7, es la mas noble cosa del mundo, et por ende decimos que todo juzgador que oviere á conocer de tal pleito sobre que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro, que debe poner guarda muy afinadamente que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales et verdaderas, et sin ninguna sospecha, et que los dichos et las palabras que dijieren firmando, sean ciertas et claras como la luz; de manera que non pueda venir sobre ellas dubda ninguna. Et si las pruebas que fueren dadas contra el acusado non dijiesen nin testiguasen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusacion, et el acusado fuese home de buena fama, débelo el juzgador quitar por sentencia.» Aun está mas clara acerca de los indicios la ley 12. tit. 14. de la misma Partida, que dice asi: »Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de rauto, debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por conocencia (confesion) del acusado et 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 et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda...» Pero cosas señaladas hi ha (añade luego la misma ley) en que el pleito criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigue 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 ningun delito.

37. Por las citadas leyes se ve que el indicio solo, generalmente hablando, no hace prueba para condenar, excepto en los casos señalados ó determinados por las leyes. Se me dirá que el indicio que llaman los intérpretes necesario prueba completamente; por ejemplo, va Juan con una espada desenvainada persiguiendo á Pedro, y éntranse los dos en un sitio donde no hay ninguna otra persona; á poco rato sale Juan con la espada ensangrentada, y se encuentra á Pedro asesinado. Este indicio, dicen, es una prueba concluyente; como lo es tambien el parto de un delito de cópula carnal. Pero segun la idea que tenemos del indicio, ¿podrá darse este nombre á unos hechos que son efecto necesario ó consecuencia forzosa de haberse cometido tal delito y por tal persona? Esto es cuasi una demostracion, y en mi entender la principal dificultad consiste en haber dado á la palabra indicio tal extension, que abrace las señales leves ó equívocas, y las que por decirlo asi demuestran el hecho. La ley de Partida lo expresó mejor llamando *sospechas* á las presunciones ó conjeturas que se forman á vista de unas señales dudosas; pero cuando estas son evidentes, cuando dimanen como efecto necesario de una causa, de modo que no puede menos de ser lo que indican; el juicio que se forma entonces no es una mera conjetura, una sospecha: adquiere tal grado de certidumbre que cuasi toca en evidencia; y asi yo no llamaria á esta prueba conjetural ó de indicio, sino de *inferencia* necesaria. Lo mismo sucede cuando se juntan varios indicios independientes unos de otros, que concurren á demostrar el hecho principal que trata de averiguarse, apoyándose cada uno en la deposicion de dos testigos idóneos. Supongamos que han muerto á un hombre, y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo que le quitó la vida. Acútese á N. de este homicidio, y se apoya la acusacion en estos indicios. Dos testigos idóneos declaran que estando poco distantes del sitio en donde se encontró el delito, vieron huir al acusado despavorido al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberle visto manchado de sangre; y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadaver, lo cual no niega el vendedor. He aqui una prueba perfecta de indicios contra el acusado. Hay tres indicios, y todos tres son diversos entre sí: ninguno de ellos depende del otro, y todos tres concurren á hacernos creer que el acusado es efectivamente

te reo, estando apoyado cada uno de ellos en la fe de dos testigos idóneos. Pero supongamos que en vez de los referidos indicios haya estos: dos testigos que depusiesen haber visto huir al acusado; otros dos que asegurasen haberle visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del pais. Esto no podrá llamarse una prueba de indicios, porque todos tres no forman mas que uno, cual es la fuga (*).

38. No siendo pues los indicios de aquellos que arguyen una certeza de haberse cometido el delito por tal persona, ó de los que considera la ley como suficientes para prueba, no se puede condenar por ellos solos; pero si concurren con un testigo fidedigno, y son vehementísimos ó presunciones de derecho, se puede condenar hasta en la pena capital; como se ve por el ejemplo que puse en la nota del párrafo 2.º

39. Jamas debe tenerse por indicio la conmocion ó alteracion del acusado, pues vemos frecuentemente que los mayores facinerosos tienen un descaro é imperturbabilidad que sorprende; al paso que un inocente de caracter tímido se sobresalta y acongoja de verse en una prision confundido con los reos; tampoco es indicio la proximidad de la casa del acusado al lugar del delito, y otras señales equívocas como esta; al contrario su conducta anterior podrá ser un indicio muy fuerte en contra suya ó en su favor, segun hubiere ella sido. Para que la fama pública forme indicio contra el procesado, deberá averiguarse el origen de ella, los hechos que la motivaron, entre qué personas corre &c., á fin de saber el crédito que merece.

40. No hablo del tormento por no estar ya en uso este medio tan falible y cruel de averiguacion, contra el cual han escrito los mas célebres criminalistas, distinguiéndose entre ellos el señor Acevedo en su sólido y elocuente tratado de la tortura, que corre traducido al castellano.

41. Despues de haber dado á conocer las diferentes especies de prueba que se admiten en este juicio, y el valor de cada una de ellas, corresponde tratar de los trámites relativos á las probanzas. Procediendo el juez de oficio, despues de satisfacer el reo á la acusacion, recibe comunmente la causa á prue-

* Como toda persona acusada, ó que teme serlo por alguna causa, se halla expuesta á una incómoda prision, y á las innumerables vejaciones que son forzosa consecuencia de ella y de un proceso, no debe reputarse la fuga de un indicio al

menos grave, segun debería graduarse, si todos los jueces respetaran la libertad del los ciudadanos como es debido, y mandan nuestras leyes. Gutierr. *Práctica criminal*, tomo 1.º. página 273.

ba por un breve término con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, expresando en el auto que se ratifiquen los testigos del sumario, abonándose los muertos ó ausentes (1). Dentro del mismo término deben tacharse los testigos si quiere hacerse, á cuyo fin puede pedirse nota de ellos; como tambien alegar cada interesado en pro ó en contra lo que cree resultará de las pruebas, puesto que no se le entregan, y permanecen reservadas en poder del escribano; es decir, que se procede sumariamente. Si en vez de recibir el juez la causa á prueba, dice que la recibe á justificacion, sin añadir la calidad de todos cargos, es lo mismo que si la recibiese con ella; pero si en el auto se expresa simplemente que la recibe á prueba sin dicha circunstancia, en tal caso se hace ordinario el término probatorio, como tambien la causa. Lo mas regular es, segun la práctica, recibirla á prueba con todos cargos, y no á justificacion; lo cual es conforme á la que siguen las salas de señores alcaldes de Casa y Corte, con la única diferencia que dicho superior tribunal solo señala tres dias de término en la abertura á prueba, aunque despues lo proroga, como lo hacen los inferiores; pero con la misma calidad de todos cargos, es decir, que todas las gestiones relativas á la defensa, han de entenderse con la prueba, sin confiarse ni publicarse el proceso despues de dada. Tambien se manda al reo que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue poder á favor de este último. Ni uno ni otro pueden excusarse de este cargo, y si lo hicieren, podrá el juez obligarlos, á menos que tengan alguna causa legítima que ha de calificar el mismo juez. No debe admitirse la renuncia de su defensa que hagan los reos en causas de gravedad; y si se obstinaren en no defenderse, se sustanciará el proceso como si se hiciese en rebeldía, aunque notificándose las providencias al reo en persona, para que en ningun tiempo alegue indefension.

42. Si la causa se sigue á instancia de parte, concluido el sumario manda el juez comunicarla al actor para que promueva su derecho mas en forma. De su escrito se da traslado al reo, y con dos por cada parte, á saber, el de acusacion, el de contestacion, réplica y contraréplica, se admite á prueba, y sigue los mismos trámites que el juicio civil ordinario.

43. El juez gradúa el término probatorio, que será suficien-

1 *Matth. de re crim.* cont. 25. *Leyes Rec. Colon tom. 1. Juicio crim.*
4 y 17. tit. 32, y 4. tit. 37. lib. 12. Nov.

te atendido el número de testigos que han de ratificarse, la mayor ó menor gravedad de la causa, y otras circunstancias semejantes; y si conociese que el concedido no es bastante, le proroga de oficio ó á pedimento de las partes, procurando siempre no otorgar mas que el puramente necesario, por lo importante que es la expedicion de las causas.

44. Cuando los testigos no pueden examinarse dentro del término concedido, por alguna ocupacion ú otro obstaculo que lo impida, se juramentan en él, y valen sus deposiciones de este modo, como si de hecho estuviesen examinados, pues se finge en derecho que ambos actos son uno é idéntico; bien que esta practica rige mas en los tribunales superiores que en los inferiores; á causa de que los últimos tienen por medio mas expedito el prorogar los términos, y dentro de ellos tomar de una vez el juramento y la declaracion (1). Pero adviértase que la próruga no tiene lugar de oficio, ni á instancia de parte habiendo trascurrido todo el término principal.

45. En vez de este medio ordinario de prorogar ó extender los términos probatorios, se halla otro extraordinario en el foro, cual es el de la suspension, tambien frecuente. En efecto el mismo juez de oficio, para que no transcurra el término principal y el de las prórogas mientras atiende á la actuacion de otras diligencias perentorias, manda á veces parar el curso de aquellos; y á solicitud de las partes suele proveer lo mismo, ó con respecto solo á la que lo pide, ó absolutamente. Si la suspension es total ó absoluta, mientras dura no puede hacerse gestion alguna sustancial respecto á la prueba, porque seria nula; mas siendo parcial la suspension concedida á alguna de las partes, solo con esta se entiende y no con las demas, pues el término corre para ellas (2).

46. Los autos de suspension y los de próruga se notifican á entrambas partes; siendo regla general en esta materia, que toda novedad que ocurre en el término de la prueba se hace saber á unas y otras, como no sea indiferente la gestion á la que no la promueve ó al tribunal, en términos que no prive de su derecho á alguna de las mismas partes.

47. Debe notificarse el auto ó decreto que no decide la solicitud de próruga, y en que suele mandarse que se una á los autos; ó que á su tiempo se proveerá; ó que de la vista resultará la providencia; porque recae en materia que pide resulta-

1 *Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 4. num. 12.* 2 *Herrer. en el lug. cit.*

do efectivo, y omitiéndose la citacion, se priva á la parte del derecho de reclamar lo que le compete⁽¹⁾.

48. Aunque algunos autores dicen que pasado el término probatorio puede el juez de oficio admitir testigos, sea en contra del reo ó á su favor, esta opinion no se halla apoyada en ley alguna, ni parece regular que se amplien así las facultades de los jueces, tanto mas cuanto á los interesados está prohibido presentar testigos pasado dicho término.

49. Concluido el tiempo que se dió para la prueba con todas sus prórogas, si las hubiese, el actor ó promotor fiscal debe pedir publicacion de probanzas, de cuya peticion ha de darse traslado al reo por cierto término, y pasado este, haya respondido ó no, semanda hacer dicha publicacion.

50. Cuando el reo es menor de veinticinco años, en virtud del beneficio de la restitucion que le compete, puede pretender dentro de quince dias despues de la publicacion, que se reciba la causa á prueba; y si lo solicitase, debe concedércele el juez, señalándole la mitad del término porque se recibió antes, que es comun á todos los interesados. Dúdase si este privilegio de la restitucion contra el término probatorio, corresponderá tambien al actor igualmente que al reo en la causa criminal. Algunos autores estan por la afirmativa, y otros por la contraria, no faltando razones á estos y aquellos. Lo mas probable parece, que si la causa de pedir el actor la restitucion fuese razonable, legal y justa, de modo que por su denegacion hubiere de quedar gravemente perjudicado en la prueba, se le debe conceder; pero si se conociese que su intencion es siniestra, por ejemplo, la de dilatar maliciosamente el éxito de la causa, se le denegará⁽²⁾.

51. Este privilegio de la restitucion no altera la naturaleza de la causa, y por consiguiente si es de oficio, y se recibió á prueba con todos cargos, pasado el término que se concede al privilegiado, se considera en estado idóneo de sentencia definitiva. Así pues se mandan unir las pruebas á los autos; y omitidas la publicacion, conclusion, citacion y cualquiera otra formalidad se pronuncia; sin que sirva de obstáculo alegar de su derecho el fiscal ó el reo; pues en estos escritos recae por lo comun el proveido siguiente: *que se unan á los autos entendiéndose con la prueba*, y sin perjuicio.

52. En orden á las tachas que han de oponerse á los testi-

Herrer. allí, §. 1. num. 6.

2 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 5. num 5.

gos, términos en que han de proponerse, y tiempo que se concede para la probanza de ellas, véase lo que se dijo en el tomo 4.º de esta obra, capítulo 13, página 204.

53. Ultimamente hecha la publicacion de probanzas; bien se hubiesen tachado los testigos y concedido término por via de restitucion, bien no se haya hecho lo uno ni lo otro, el acusador ó promotor fiscal ha de presentar su alegato de bien probado, de que se da traslado al reo: este responde á él para alegar asimismo de bien probado, pudiendo presentar otro escrito mas cada uno, y se concluye la causa por todos para definitiva.