



# TERCERA PARTE

---

## De la prueba en materia criminal

---

### CAPITULO I

---

#### Consideraciones generales

Las diferencias que existen entre las pruebas en materia civil y en materia criminal, ya se trate de la manera como deben producirse, ya de la estimación que de ellas se haga, según lo expusimos en el capítulo 6.º de la primera Parte de este Tratado, bastarían para justificar la división que hemos hecho, y nos dispensarían de entrar en explicaciones nuevas, si consideraciones de otro género no nos obligasen á insistir en una materia que deseamos que quede bien esclarecida (1). Al hablar de

---

(1) A las obras citadas en la Introducción, debemos añadir esta otra, que hemos conocido después y que

## 466      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

la prueba en términos generales, tratamos de estos tres puntos que, ahora volvemos á tocar, refiriéndonos de una manera especial á los medios probatorios que pueden emplearse en los procesos que tienen por objeto el castigo de los delitos:

1.º Las diversas teorías acerca de la prueba.

2.º Las diferencias que existen en el Derecho probatorio, según se trate de materia civil ó de materia penal.

3.º La clasificación de las pruebas, ó mejor dicho, el orden en que conviene hablar de ellas para seguir en nuestro estudio un método apropiado al carácter de esta obra, en el punto de vista en el cual las consideramos.

En cuanto al primer punto, á lo que allí dijimos, debemos añadir, que los inconvenientes é imperfecciones del sistema de pruebas, que hemos llamado legal, en ningún procedimiento se han dado á conocer mejor, que en la materia de que vamos á hablar. El enjuiciamiento por jurados, que no es otra cosa, sino el llamamiento al buen sentido para la calificación de las pruebas, se halla hoy casi universalmente admitido; y si bien en la actualidad se han puesto en duda sus excelencias por

---

nos ha sido de mucha utilidad para escribir esta última parte: «De la certidumbre en los Juicios Criminales,» por Pedro Ellero, traducida del italiano.

las modernas escuelas italianas del Derecho penal, no ha sido ciertamente para hacer revivir el sistema legal, que parece estar completamente desacreditado (1).

Por desgracia, el sistema de prueba pura-

---

(1) El Código de Procedimientos penales del Distrito, en su art. 314, contiene la instrucción que el Juez debe dar á los jurados, la cual es substancialmente la que contiene el art. 342 del Código de Instrucción Criminal francés. En dicha instrucción se determina con toda claridad el criterio puramente racional en que deben inspirarse los jurados; y por su importancia, conviene copiarla literalmente en este lugar. Dice así: «La ley no toma cuenta á los jurados de los medios por los cuales hayan formado su convicción, y no les fija ninguna regla de la cual dependa la prueba plena y suficiente; sólo les manda interrogarse á sí mismos y examinar con la sinceridad de su conciencia, la impresión que sobre ellos hayan causado las pruebas rendidas en favor ó en contra del acusado. Solamente les hace esta pregunta, que resume todos sus deberes: ¿Tenéis la íntima convicción de que el acusado es culpable del hecho que se le imputan. Los jurados faltan á su principal deber si toman en cuenta la suerte que, en virtud de su decisión, debe caber al acusado por lo que disponen las leyes penales.» El texto francés es más explícito todavía, pues á las palabras citadas, añade: la ley no dice á los jurados, tendréis como verdadero el hecho que resulte atestiguado por tal número de testigos. No juzgaréis como suficientemente establecida una prueba que no consta en tales ó cuales documentos, de tantos testigos ó de tales indicios; la ley no les hace más que esta pregunta: ¿Tenéis una convicción íntima?

## 468      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

mente racional, no carece á su vez de graves defectos; y además, para ponerlo en práctica por medio del enjuiciamiento por jurados, hay que atender no sólo á sus ventajas teóricamente considerado, sino también á los precedentes históricos, al carácter de los habitantes, á los hábitos sociales y á otras muchas circunstancias. En el Estado de Veracruz y en casi todos los Estados de la República, el juicio por jurados ha sido abolido, y hoy sólo se sigue en la capital de la República.

Forzoso es, por la tanto, que exponamos aquí el sistema que ha prevalecido entre nosotros, y que nos demos cuenta de sus ventajas y de sus inconvenientes. Comenzaremos por decir que, en nuestro concepto, considerando el sistema legal de pruebas en el punto de vista puramente científico, ha sido enérgicamente condenado por algunos autores, como lo demuestran las siguientes palabras, que copiamos de Framarino. «La certeza legal es un error lógico que se resuelve en un error jurídico, dice este escritor, por la condena que obliga á dictar contra quien se reputa inocente, y por la impunidad que supone en favor de quien se conceptúa culpable. Y este error jurídico, á su vez, se convierte en error político, por la perturbación que provoca en la conciencia social al contemplar la fatal condena del inocente y la absolución fatal reo. Basta que

en la conciencia social repercute el eco de una sola condena reconocidamente injusta, y á pesar de eso impuesta al inocente, para que se desvanezca toda fé en la justicia humana y no quede en el corazón más que el espíritu de protesta». (1)

En otra parte expusimos las ventajas que á su vez se atribuyen al sistema legal de pruebas. Estas consisten principalmente, en que parece que cierra la puerta á la arbitrariedad, á que se expondría la justicia si el Juez estuviere autorizado para hacer á un lado toda regla, inspirándose sólo en su conciencia y sin tener que dar cuenta á nadie de los elementos que forman su convicción. Tan grave inconveniente sólo puede evitarse acudiendo á un concurso de varias personas, que no se puede esperar que se pongan de acuerdo para obrar

---

(1) En la actualidad, hasta los fundamentos del Código Penal, que considera el delito según su especie, y no al delincuente independientemente del delito que se le atribuye, han sido puestos á discusión. Véase á Salettes: «De la individualización de la pena.»

En cuanto á las opiniones de los modernos criminalistas italianos respecto de la institución del jurado, puede verse la obra intitulada: «La Nueva Ciencia Penal», por Félix Arámburu y Zuloaga, Catedrático de la Universidad de Oviedo. «Conferencia V.» y «Los Principios de la Penalidad en los sistemas más modernos», por Jorge Vidal, profesor de la Facultad de Derecho de Tolosa.

contra el dictamen de su conciencia, abusando de la plena libertad en que los deja la ley; esto es, en el enjuiciamiento por medio de jurados. Pero como esta institución requiere otras circunstancias que no se han encontrado entre nosotros, el Legislador del Estado de Veracruz se ha decidido, según hemos dicho antes, por el sistema antiguo que concentra en un solo magistrado, la facultad de graduar la responsabilidad del acusado, según las pruebas recibidas, é imponerle la pena que merezca.

Tal sistema, pudiera considerarse como totalmente legal, en vista de las disposiciones contenidas en el Capítulo 11.º, libro 2º del Código de Procedimientos Penales, si las atenuaciones que se contienen en algunos de sus artículos no nos obligasen á considerarle más bien como un sistema mixto, particularmente en el sentido absolutorio y no en el condenatorio, siguiendo en este punto las doctrinas de Framarino: (1) El Juez, en efecto, tiene que es-

---

(1) Según este autor, cuando la ley determina las condiciones probatorias á que el Juez tiene que conformarse, sea para absolver, sea para condenar, el sistema es completamente legal. Si la ley dice al Juez: «tienes plena facultad de dudar de la criminalidad y de creer más ó menos en la inocencia del acusado; puedes, por lo mismo, absolverle; pero no es legítima tu certeza de la responsabilidad, y por tanto, no puedes condenar más que en determinadas condiciones,» se tendrá una certeza legal *condenatoria*. En el caso

timar según su conciencia las circunstancias que hagan inverosímil la confesión del reo (fr. 5<sup>a</sup> del artículo 170); la fuerza probatoria del juicio pericial incluso el cotejo de letras y el dictamen de peritos científicos, será calificado por él, según las circunstancias (artículo 176); si hay dos testigos que no sean inhábiles constituyen prueba plena, según el artículo 177; mas el Juez, para apreciar sus declaraciones, deberá atender á ciertas circunstancias que sólo podrá estimar por su criterio personal, como son, la capacidad, instrucción y posición social de los testigos; debiendo, en caso de ser estos varios y estar sus dichos en oposición, decidirse por los que le merezcan mayor confianza, obrando en el caso del artículo 181 como lo dicte su conciencia; nunca podrá condenar con fundamento de la declaración de un solo testigo, por caracterizado que éste sea (artículo 182), quedando la prueba de presunciones sujeta también al criterio privado del Juez, aunque la ley haya establecido algunas bases generales para estimarlas (artículo 180),

contrario, cuando la ley dice al Juez: «no pongo límites á tu convicción en cuanto á la condena; pero no podrías, dudando de la criminalidad, creer más ó menos en la inocencia, y por tanto no absolverás más que en determinadas condiciones;» en este caso se tendrá una certeza legal absolutoria. El autor condena todo sistema de certeza legal, sea total ó parcial.

de acuerdo con los consejos de una crítica juiciosa é ilustrada. Todas estas disposiciones ponen de manifiesto el sistema probatorio que el Código vigente ha adoptado, en materia criminal, y manifiestan, al mismo tiempo, que en el estado actual de la legislación, el sistema que Framarino llama completamente legal, sería del todo inadmisibile. Donde el enjuiciamiento por jurados no ha podido establecerse, por necesidad tiene que prevalecer un sistema de pruebas, conforme al cual, el criterio del Legislador se sobreponga al criterio del Juez; pero tambien tendrá dicho sistema que sufrir atenuaciones, que lo acerquen cuanto más sea posible, por decirlo así, al que se funda en el criterio puramente racional.

Y no podría ser de otra manera, Las diferencias que existen entre las pruebas que se refieren á la materia civil, y las que tienen por objeto los hechos que se trata de investigar en lo criminal, son tan profundas, que no permitirán que se establezca entre ellas una confusión que daría origen á temibles injusticias. En el capítulo 6.º, Parte primera de este Tratado, apuntamos las principales diferencias que entre ambas materias existen, atendiendo al objeto al cual se dirige la acción del Juez, y á la naturaleza del problema que se propone resolver. Aquí añadiremos algunas observaciones á lo que allí dijimos, para demostrar la comple-

alidad de los hechos que constituyen la materia de las pruebas criminales, con el fin de justificar el orden que nos proponemos seguir en el estudio que vamos á emprender.

Todo proceso criminal, según el sistema de enjuiciamiento moderno, comprende dos periodos, que son: el de la instrucción y el del juicio propiamente dicho. Antiguamente, cuando se hablaba del primero, se decía que el juicio estaba en sumario, y después, que se elevaba al plenario. En rigor, y atendiendo á las pruebas, que son el objeto de nuestro estudio, puede decirse que hay otro período muy esencial y diferente de los otros, y es el que da principio con las primeras diligencias y termina con el auto de formal prisión. Estas diligencias tienen por objeto la demostración de la existencia de lo que en el tecnicismo de la ciencia se ha llamado cuerpo del delito.

Tenemos, pues, que con relación á la prueba, hay que considerar estos tres periodos en el proceso criminal:

1º.—*Lo que se llama primeras diligencias.* En ellas el objeto principal de la prueba es la existencia del cuerpo del delito, y de una manera secundaria la persona del delincuente.

2º.—*La instrucción;* durante ella y dándose por supuesto que se cometió un delito, la prueba tiene por objeto principal, la persona del

delincuente, si bien puede volverse á discutir la existencia del delito.

3º.—*El juicio*, esto es, la discusión y estimación de la prueba, la cual se considera ya como una cosa secundaria, y sólo tendrá efecto si se promueve dentro del término corto que señala el artículo 226 del Código de Procedimientos penales de Veracruz, reformado en la parte que no se relaciona con la prueba, por decreto de 10 de Julio de 1900.

Como se ve, en cada uno de estos tres períodos, la prueba tiene que recaer sobre dos puntos, que teóricamente pueden considerarse independientes el uno del otro, y que muchas veces lo están en realidad: que son el hecho delictuoso y la persona delincuente, lo que no sucede en los negocios civiles. En estos el que demanda el cumplimiento de una obligación ó simplemente solicita la declaración de un derecho, señala la persona de quien la exige, ó aquella á quien la declaración puede perjudicar; y la discusión recae sobre los derechos controvertidos y no sobre las personas á quienes esos derechos se atribuyen, ó de quienes se exige el cumplimiento de tales obligaciones. Solo excepcionalmente se puede señalar el caso de que se excluya una acción por medio de la excepción, *tua non interest*; esto es, confesando implícitamente la obligación, pero negando al actor el derecho de exigir su cumplimiento; y

aun en este caso, lo mismo que cuando el demandado pide que se declare que no es parte en el juicio, la cuestión siempre viene á rolar sobre los derechos y no sobre las personas. Estas no figuran sino en tanto que se consideran como sujeto de ciertos derechos; y el Juez, para decidir la controversia, no tiene más que atender á las pruebas del derecho, las cuales, en la mayor parte de los casos, consisten en documentos, testigos, etc, etc.; pero concretándose siempre al punto que es objeto de la controversia.

No sucede lo mismo en los procesos criminales: hay que probar ante todo que se ha cometido un delito; así lo exige la ley y así debe ser; pero ¡cuánta complejidad no ofrece el doble objeto que se persigue en un proceso! Unas veces, la persona del delincuente, se presenta como del todo independiente del delito: se ha encontrado el cadaver de un hombre; este hecho está plenamente probado, y basta para abrir un proceso; pero, ¿quién fué el autor del homicidio? Nadie lo sabe, y por lo mismo, los medios de averiguaciones que para investigarlo se empleen, tienen que ser diversos de los que sirvieron al Juez para cerciorarse de la existencia del delito.

Llega no obstante á descubrirse un individuo de quien se sospecha que es el autor del homicidio. Este lo afirma, pero alega que obró

en legítima defensa. Aquí ya no son bastantes las pruebas de lo que se llama el cuerpo del delito, porque nadie duda que un hombre fué muerto, sino se necesita saber por qué motivo y en qué circunstancias fué privado de la vida. Mientras esto no se aclare, no se podrá decir que se ha adelantado nada, y para nada habrá servido el conocimiento que se tenía de la existencia del cadáver. Las heridas que en él se encuentren, las huellas que en su cuerpo haya dejado la lucha que se supone que sostuvo con el presunto delincuente, podrán servir de indicios para juzgar de la verdad ó falsedad de la excepción que alega el inculpado; pero tales indicios no se refieren á su persona, sino al hecho mismo en que consiste el delito.

De esta suerte, las pruebas relativas al acto delictuoso se confunden, se compenetran, por decirlo así, con las que tienen por objeto la persona de su autor, ocasionando esto tal complejidad, que sería muy difícil señalar con precisión las que atañen á uno ó á otro de los dos objetos que se persiguen en los procesos criminales.

De estas consideraciones deducimos, que el sistema formulario de la prueba es muy difícil de observar en la materia penal; y si á esto se agrega que la justicia exige que se pruebe, no solo que se ejecutó un hecho que la ley castiga, como delito, sino tambien que se midan

y pesen, por decirlo así, hasta sus pequeñas circunstancias, para que no se imponga al reo una pena mayor que la que en estricta justicia merezca, y también que en un solo proceso intervienen frecuentemente varios reos, ejecutores todos, pero en diversos grados, de un solo hecho y merecedores por lo mismo de diversas penas; se verá con cuanta razón podemos decir que el sistema de prueba estrictamente legal, sería inaceptable en los procesos criminales, y que el criterio humano tiene que desempeñar el papel principal en la decisión de los juicios de esta clase.

Y no debemos alarmarnos por ello, puesto que según se ha advertido alguna vez, el arbitrio judicial de que podían usar los jueces según la antigua Jurisprudencia, y que sería el que en el caso usarían para estimar el resultado de la prueba, según la impresión que hubiere causado en su ánimo el conjunto de las que se hayan presentado, no es lo mismo que la arbitrariedad judicial.

Aún los más decididos defensores del sistema racional de pruebas, como Framarino, señalan los requisitos que debe tener la certeza adquirida por el Juez, siguiendo el testimonio íntimo de su conciencia. Tal certeza, dice este autor, debe ser natural en el Juez, es decir, que debe haber nacido de la acción genuina de las pruebas, y no artificial, ó sea producida

## 478 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

por razones extrañas á su intrínseca y propia naturaleza. El convencimiento del Juez, además de ser *natural*, debe ser *razonado*; esto es, que las razones que lo han determinado deben ser tales, que se consideren capaces de engendrar igual convencimiento en otros hombres razonables y libres de preocupaciones. Este último requisito, dará á la certeza del Juez el carácter que el autor citado llama SOCIAL, que es el tercero de los requisitos que debe tener, y que consiste en que los motivos de credibilidad aceptados por aquél, sean tales, que cuenten con la sanción de toda la sociedad, interesada no tanto en que se repriman los delitos como <sup>en</sup> que no se castigue á los inocentes.

Para conseguir que la certeza humana, que es la base del sistema de pruebas puramente racionales, llene los requisitos indicados, Framarino señala como medio la redacción de la sentencia, con la expresión de sus motivos, y la publicidad de las piezas principales del proceso. «La motivación, dice, obliga por una parte al juez, á dar una base razonada de su propio convencimiento; y por otro hace posible la fiscalización social de tal convencimiento, la cual se obtiene por medio de la publicidad de los debates. (1)

---

(1) Framarino pone aquí la siguiente nota, que se refiere al juicio por jurados: «La motivación de las de-

De las consideraciones que hasta aquí hemos expuesto, se deduce que de ningún provecho sería el estudio que vamos á emprender, si hubiéramos de limitarnos á repetir, siquiera fuese con las modificaciones que la naturaleza de las dos clases de procesos exige, lo que hemos dicho respecto de cada uno de los medios probatorios que la ley admite.—Estos, según el artículo 169 del Código de Procedimientos penales, son los mismos que se admiten en materia civil y poco adelantaríamos con decir de nuevo en qué consiste cada una de ellas y cuáles son sus caracteres propios. En materia penal, la prueba, como hemos dicho, tan pronto recae sobre la existencia del hecho delictuoso, como sobre la persona del delincuente ó de los delincuentes, si fueren varios, y no pocas veces sobre ambas cosas á la vez. Unas ocasiones tiene por objeto el hecho considerado en abstracto, y más frecuentemente hay que atender á multitud de circunstancias que lo modifican: de don-

---

cisiones judiciales, principio inconcuso para la sentencia del Juez permanente, no se aplica á las del jurado. El hecho de estar el jurado [compuesto por conciudadanos del procesado, llamados, relativamente en gran número, para juzgarle en público, y el amplio derecho de recusación concedido en contra del mismo, al procesado, lleva á pensar que el *carácter social* del convencimiento debe estar suficientemente garantido, no siendo así necesaria la motivación del veredicto. » *Obra citada*, tom. 1.º, pág. 65.

## 480      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

de resulta la necesidad de considerar las pruebas, no de una manera parcial, separadamente unas de otras, sino en su conjunto, según las impresiones que causen en el ánimo del Juez para engendrar el convencimiento.

Esta consideración nos ha determinado á tomar como guía en el estudio que vamos ha hacer de la prueba en materia criminal, las doctrinas de Framarino, quien considerando los medios probatorios en un punto de vista científico que se había escapado á sus predecesores, atendiendo á la naturaleza de las pruebas las divide, en cuanto al objeto, en directos é indirectos; en cuanto al sujeto, en personales y reales; y en cuanto á la forma, en testimoniales, documentales y materiales; añadiendo, como una clasificación accesoria, según sus fines especiales, algunas palabras acerca de las pruebas de descargo y las pruebas de inculpación.

Tal es también, el método que nos proponemos seguir, en el estudio que vamos á emprender.

## CAPITULO II

---

### División objetiva de las pruebas—Pruebas directas

En el Capítulo 7.º de la parte 1.ª de este Tratado, dimos á conocer la clasificación que de las pruebas hace Framarino en su obra intitulada «Lógica de las Pruebas», en materia criminal; clasificación que, según expresamos al terminar el capítulo anterior, es lo que nos hemos resuelto adoptar para que sirva de base al estudio que vamos á emprender. Después de haber expuesto en la segunda parte los textos legales y las doctrinas de la Jurisprudencia referentes á cada uno de los medios probatorios que la ley admite en materia civil, que son, según hemos visto, los mismos que se reconocen como eficaces en materia penal, explicando en qué consistan cada uno de ellos; la manera como deben hacerse valer en juicio y la eficacia que se les atribuye, nuestro trabajo estaría reducido ahora á repetir con leves modificaciones, lo que allí dijimos, si no adoptásemos otro plan, según el cual, evitando repeticiones inútiles, y dando por supuesto el conocimiento anterior de cada una de las pruebas, pasemos

## 482 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

á considerarlas en un punto de vista más elevado y por lo mismo, más general y filosófico. La materia criminal se presta admirablemente para ello, porque como se ha advertido antes, por más que el sistema probatorio que en el Estado de Veracruz rige, sea el legal, todavía en su aplicación tiene que desempeñar un papel demasiado importante el criterio humano, ó sea la convicción individual del Juez. Vamos, por lo tanto, á emprender este interesante estudio, comenzando por examinar la primera división que de las pruebas hace el autor citado atendiendo al objeto de ellas, ó mejor dicho á su contenido.

Consideradas en este punto de vista las pruebas, se dividen en directas é indirectas.

Cuando la prueba se refiere á la cosa misma que se quiere averiguar, esto es, cuando se refiere al delito mismo, puesto que de materia criminal se trata, la prueba es directa: cuando se refiere á una cosa distinta del delito, de la cual, en virtud del raciocinio puede el Juez deducir la existencia del hecho que se conceptúa delictuoso, la prueba es indirecta. El autor cuyas doctrinas venimos compendiando, pone los siguientes ejemplos que dan la claridad necesaria á su doctrina. Un testigo, por ejemplo, se presenta á declarar y afirma haber visto á Ticio matar á Cayo; el homicidio, que es lo que resulta propia y directamente atestiguado, es

objeto inmediato de la declaración; la prueba, por consiguiente, es personal directa. Por el contrario, el testigo dice que vió á Ticio huir poco después de haberse cometido el homicidio. La fuga de Ticio, que es el objeto inmediato de la declaración, es una cosa distinta del delito y sólo sirve para sacar de ella una inducción: he aquí una prueba personal indirecta.

Véamos ahora cómo esta diferencia conviene también á las pruebas reales. Se presenta en un juicio una letra de cambio que se dice falsificada; la letra no tiene por objeto el delito, sino que en ella consiste el delito mismo, y por lo tanto, será una prueba real directa. El temblor que se apodera del acusado á la vista de los vestidos del muerto, es una prueba que consiste en una cosa distinta del delito; y por lo mismo, será una prueba real, pero indirecta. Hay, pues, pruebas directas é indirectas, tanto entre las personales como entre las reales.

Al establecer esta doctrina, conviene evitar el error que pudiera resultar de creer que las pruebas directas son pruebas de todo el delito. Esto no es cierto, porque muy rara será la prueba que contenga el delito en todos sus elementos: aun las pruebas directas no contienen más que una fracción mínima de él. El ejemplo siguiente nos lo hará conocer con toda cla-

ridad. Supongamos que un testigo haya visto desarrollarse toda la acción criminal. Ticio vió matar á Cayo. ¿Será por ventura ésta una prueba de todo el delito? pregunta Framarino. ¿No se necesita ninguna otra prueba? Aun cuando otra cosa no fuese, sería preciso determinar la intención de delinquir de parte del agente. Y el cadáver mismo, ¿no necesitaría ser examinado por peritos? Cayo pudo haber muerto, no en virtud de la herida sino de una aneurisma, ó bien no por la sola herida, sino por el concurso de una concausa cualquiera, todo lo cual, el testigo que ha declarado, ni lo sabe ni lo puede saber. El testimonio de Ticio, aunque satisfactorio, no es completo: no es prueba de todo el delito.

Queda, pues, establecido, que para que una prueba sea considerada como directa, no es preciso que contenga todo el delito; y por el contrario, que sería muy raro encontrar pruebas de esta clase. De aquí se deduce que, para que el Juez reconstituya por medio de las pruebas los hechos que pasaron y cuya existencia trata de averiguar, necesita agrupar todas las pruebas directas sin las cuales no se podría concebir la existencia del delito. Fórmase éste, por decirlo así, de diversos elementos que podríamos llamar fraccionarios, de cuya unión debe resultar demostrada con toda claridad la existencia real del hecho que se trata de ave-

riguar. Fácilmente se comprende cuánto importa tener presente esta doctrina, para la aprobación de lo que se ha llamado cuerpo del delito. Podría creerse que la confesión, el testimonio y los documentos son pruebas directas, y que solo las presunciones ó indicios son pruebas indirectas. Esto no es exacto. La confesión, el testimonio y la prueba documental, no son más que *formas* que la prueba reviste, pero no atañen á la esencia de ella; la confesión misma puede ser directa cuando recae sobre el hecho que constituye el delito, é indirecta si sólo se refiere á un hecho, del cual el delito puede deducirse. Igual cosa debe decirse del testimonio, oral ó escrito, pues, en realidad, la prueba por medio de documentos no es más que una forma de la prueba testimonial.

Las pruebas directas, lo mismo que las indirectas, necesitan ser apreciadas por la razón, porque sin eso, no podrían engendrar el convencimiento; pero son apreciadas de una manera diferente. Véamos, primero, en lo que convienen las pruebas de una y otra clase, para hacer notar después cuál es la diferencia que hay entre ellas en cuanto á la manera como puede nuestra inteligencia apreciarlas.

En las pruebas personales, ya sean directas ó indirectas, hay que apreciar ante todo la credibilidad del testigo, sea que éste afirme que vió á Ticio matar á Cayo, ó que diga que vió

## 486      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

á éste huir poco después de que se cometió el delito; en uno ó en otro caso, hay que contar ante todo con su veracidad, adquirir la certeza, ó cuando menos, la probabilidad de que no se ha engañado ni ha querido engañarnos. Lo mismo debemos decir de la prueba real. Así, en el caso de que siguiéndose un proceso por calumnia se haya presentado el escrito original que se supone calumnioso, como cuando tratándose de un homicidio, el Juez tenga en su poder el puñal ensangrentado que se encontró en la casa del presunto reo, es indispensable ante todo tener la certeza de que ese escrito es realmente el que escribió el culpable, y de que el puñal que existe en poder de la justicia, es el mismo que se afirma que fué encontrado en la casa del supuesto homicida. Esto equivale á decir, que la prueba personal sea directa ó indirecta descansa en la confianza que el testimonio merece; y que la prueba real, tanto directa como indirecta, no puede existir sin la identidad de la cosa que sirve de prueba.

Esto nos hace comprender por qué motivo el Código de Procedimientos penales vigente en el Distrito Federal, en el Capítulo 2.º, libro 2.º, lo mismo que el que rige en Veracruz, han determinado con tanta minuciosidad las diligencias que deben servir de base al procedimiento. La descripción pormenorizada que debe hacerse de la materia del delito, de las se-

ñales y vestigios que hayan quedado, así como del instrumento con que aparezca que se cometió, y todas las circunstancias del lugar, situación, etc., no son más que pruebas reales que á su tiempo servirán para formar la convicción del Juez. Lo son, todavía, en mayor grado, los objetos que con el delito se relacionen, y asegurar su autenticidad es el objeto del inventario que de ellas debe formarse y de su conservación en cajas y vasijas cerradas y selladas, según fueren sustancias sólidas ó líquidas. Excusado es insistir en un punto tan sencillo y que se encuentra bastante bien explicado en el capítulo del Código que hemos citado, bastando referirnos á él, y recomendar su estricta observación, pues muchas veces un delito llega á quedar impune, ó por el contrario, no puede demostrarse la inculpabilidad de un acusado, por no haberse recogido oportunamente esas pruebas, que como reales, y muchas veces directas, son tan eficaces para el descubrimiento de la verdad.

Mettermiaer da á estas diligencias el nombre de comprobación judicial; y en su Tratado de las pruebas en materia criminal, establece ciertas reglas que en lo general han servido de base á las legislaciones positivas para determinar las diligencias que en la instrucción deben practicarse. Termina el artículo relativo con las

## 488 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

siguientes palabras que demuestra la importancia de tal comprobación: (1)

«La inspección judicial se dirige ordinariamente á demostrar el cuerpo del delito ó al menos una parte de él, y rara vez á la averiguación del autor del crimen; sin embargo, por medio de ella puede el Juez llegar á su descubrimiento inmediato ó mediato; inmediato, cuando prevenido á tiempo, llega al sitio y prende al agente en flagrante delito; mediato, cuando pone en claro tales pormenores materiales que hacen recaer las sospechas sobre un ciudadano. Puede, en fin, conducir al descubrimiento de hechos que pongan en claro la cuestión de intención, ó que tiendan á probar que el acusado se encontraba en el caso de legítima defensa.»

Una vez comprendido lo que hay de común entre las pruebas directas é indirectas, ya sean personales ó reales, en lo que se refiere al modo de proceder de nuestro espíritu para apreciarlas, fácil nos será venir en conocimiento de la diferencia que entre ellas existe, consideradas en el mismo punto de vista. Para ello nos serviremos también de los ejemplos que trae Framarino, porque por medio de ellos nos haremos comprender mejor de nuestros lectores.

---

(1) Obra citada, pág. 160.

Véamos primero un caso de prueba personal directa. Cuando un testigo afirma que ha visto que Ticio disparó su escopeta sobre Cayo, y le causó la muerte, una vez que el Juez se ha convencido de la veracidad del testigo y de que éste observó bien el hecho acerca de cuya existencia declara, tiene que admitir la verdad del hecho declarado de una manera espontánea, directa y natural, sin esfuerzo alguno del raciocinio. Admitida la veracidad del testimonio, hay que admitir como consecuencia imprescindible la verdad del hecho atestiguado.

No sucede lo mismo en la prueba personal indirecta. Cuando un testigo declara que vió al acusado huir tal día y á tal hora, en este caso, después de haber dado por segura la veracidad del testigo y de haber adquirido la certeza de que pudo ver bien el hecho que declara, se necesita una segunda apreciación. Es necesario establecer la relación que puede existir entre la fuga y el homicidio cometido; hay que atender á las circunstancias personales del acusado, á las del lugar y tiempo, para venir á deducir la relación más ó menos íntima que puede haber entre la fuga y el delito cometido. Cada una de ellas servirá para robustecer ó para destruir el convencimiento que á primera vista pudo formarse. Si la fuga se efectuó en un lugar cercano y poco tiempo después de que el individuo que se supone víctima, fué

## 490      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

privado de la vida, el indicio tendrá mayor fuerza que cuando la fuga fué á la misma hora, pero en un lugar distante; ó cuando por el contrario habiendo sido en el mismo lugar, fué muchas horas después. De sólo la combinación de estos dos elementos pueden surgir diversas apreciaciones, en las cuales habrá mayores ó menores probabilidades de acierto, según que los raciocinios en que descansen sean más ó menos fundados; según que los datos en que se apoyen, tengan una relación más próxima ó más lejana, con el hecho principal que se trata de averiguar.

Otro tanto podemos decir de la prueba real. Cuando la materialidad del delito se prueba directamente, como cuando se trata de un escrito infamante ó calumnioso, que se ha presentado al Juez, una vez que se ha demostrado su autenticidad, ninguna otra cosa es necesaria. Mas si suponemos una prueba real indirecta, las dificultades de la apreciación exceden en proporción de todas las numerosas hipótesis que pueden ofrecerse para explicar el hecho de que se trata. Pongamos un ejemplo, y sea éste el mismo que pone Framarino.

Un hombre ha sido encontrado muerto, á causa de una herida hecha con cuchillo, en un terreno cubierto de barro. En la casa del acusado se han encontrado los zapatos del mismo, manchados de fango, igual al que hay en el te-

rreno donde el cadáver se encontró: los zapatos son llevados al Juez como prueba real indirecta, después que el acusado los reconoció como suyos. Pues bien, aquí la cosa que prueba no puede relacionarse con la que se trata de averiguar, sino mediante un largo trabajo de raciocinio. Es preciso comenzar rechazando todas las hipótesis que puedan explicar la existencia del fango en los zapatos, por otras causas que no se relacionen con el delito cometido; es preciso, por ejemplo, rechazar la hipótesis de que el acusado haya podido pasar por aquel terreno antes de que se cometiera el delito, ó bien, que haya pasado después, ó que haya pasado por otro terreno de la misma clase, etc., etc. Sólo después de haber desechado por razonamientos fundados y con datos bien establecidos, las diferentes hipótesis que pudieran explicar la existencia del fango en los zapatos, por otra causa extraña á la causa del delito, podría encontrarse el lazo de unión de aquella prueba con el delito mismo, la cual siempre sería indirecta. Se ve, pues, que la eficacia de la prueba indirecta no puede afirmarse sino mediante un trabajo intelectual, más ó menos largo y minucioso, y mientras más largo, más expuesto al error.

De las consideraciones anteriores se deduce la superioridad de la prueba directa sobre la indirecta, puesto que la primera, por la mayor

## 492 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

facilidad con que puede ser apreciada, es menos ocasionada á errores que la segunda. Y entre las pruebas reales y las personales, ambas directas, deberíamos tener como preferentes á éstas, porque su apreciación es menos ardua, debiendo decirse lo mismo de las indirectas. Creemos que estas observaciones serán más provechosas para formar el criterio de los jueces y de los abogados, que la enumeración cansada de lo que tanto se ha dicho acerca de la fe que merece cada una de las pruebas consideradas separadamente (1).

Continuaremos, por lo tanto, nuestro estudio, con el mismo empeño con que lo hemos emprendido, haciendo esta observación importante: no hay, en lo general prueba directa, que no se presente unida con otras pruebas indirectas.

---

(1) A este propósito, nos parece oportuno citar las siguientes palabras de Ellero: «Cuanto más se profundiza esta materia, dice este autor, más claro resulta que el Juez no es *la tabla rasa* de Locke, que debe recibir las impresiones que preparan la sentencia, definiendo según ellas. Si las pruebas le hacen falta para conocer el hecho criminoso, no es menos cierto que para apreciar estas pruebas y para certificar ciertos hechos no probables, y especialmente el elemento moral del crimen, y además, para raciocinar sobre todo esto, el Juez necesita acudir á su patrimonio de experiencia y de ideas.» «De la certidumbre en los juicios criminales,» pág. 49.

Esto depende de que, según dijimos antes, la prueba no por ser directa, *contiene* todo el delito, de donde resulta que una misma prueba puede ser directa respecto de un hecho é indirecta respecto de otro. Copiamos los ejemplos mismos que tiene el autor cuyas doctrinas hemos compendiado en este capítulo. Un testigo, por ejemplo, declara haber presenciado el origen de una reyerta entre Ticio y otros individuos, por una parte, y Sempronio y otros por la otra; añade que en tal momento vió á Ticio sacar un puñal, habiendo huído antes, por lo que no sabe más. Sempronio está herido. El testigo sólo presenta la prueba directa de una fracción de aquel elemento criminoso que consiste en la acción: ha visto á Ticio empuñar su arma: pero no lo ha visto herir. La prueba directa de lo primero, sirve como indirecta para lo segundo: la prueba directa de una fracción de la acción criminal es indirecta del resto del elemento criminoso. Otro ejemplo: Ticio ha desaparecido; Cayo ha visto á Sempronio herido en una riña con un cuchillo; nada más ha visto, pues huyó del lugar donde aconteció el suceso. Esta prueba directa de la acción criminal, que es uno de los elementos del delito, puede servir de prueba indirecta de otro elemento, que será el homicidio que á Sempronio se le imputa. Todavía podríamos analizar este otro caso: Ticio aparece muerto y hecho

## 494 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

pedazos; el examen pericial anatómico del cadáver, comprobación directa del delito, puede indicar indirectamente la persona del delincuente, por la grande y especial pericia manual que revela en la comisión del delito.

Así, podemos afirmar que generalmente hablando, no hay prueba directa sin mezcla de indirecta; y que por el contrario, esta puede bien presentarse separadamente de aquella.

Lo dicho bastaría para que quedase bien establecida la diferencia que existe entre las pruebas directas é indirectas, personales ó reales, y la eficacia que á unas y otras debe atribuirse en la apreciación racional que el Juez tiene necesidad de hacer para dar por probado un hecho criminal, y el fundamento que hemos tenido cuando al comenzar esta Tercera parte dijimos, que en materia criminal, no es posible por la complejidad de la materia, separar el criterio jurídico del criterio humano (1). La importancia y trascendencia de la tesis que ve-

---

(1) Framarino discute ampliamente los fundamentos filosóficos de las pruebas indirectas; y señala como tales los indicios á los que sirve de base, en concepto suyo, el principio de identidad cuando se trata de presunciones; y el de causalidad, si se trata de indicios. Discute también si la presunción es una prueba indirecta y si es una misma cosa que el indicio. Nosotros no hemos juzgado necesario entrar en este género de disquisiciones.

nimos sosteniendo, nos obliga, sin embargo, continuar nuestro examen de las pruebas directas é indirectas, mirándolas ahora especialmente con relación al hecho en que se hace consistir el delito.

Para que este exista, no es suficiente al hecho material considerado como delictuoso, sino que se necesitan otros elementos. Tres son los que constituyen la esencia del delito, en el punto de vista de la prueba.

1.º Un hecho material que sea el objeto sobre el cual debe recaer la prueba.

2.º Sujeto que lo haya ejecutado, bien sea personalmente ó bien por medio de otro individuo sobre cuya voluntad haya influido. A esto llama Framarino, subjetividad exterior ó externa.

3.º Intención de delinquir, esto es, voluntad de ejecutar el acto criminal, ó sea subjetividad interior, como la llama el mismo autor.

Fácil es comprender, que faltando uno solo de estos elementos no hay delito y no hay necesidad de insistir en una cosa tan clara. De aquí se deduce que, la prueba acerca de cada uno de ellos, es igualmente necesaria. No se puede decir que la prueba respecto del uno, tenga menos importancia que la prueba respecto de alguno de los otros. Acerca de cada uno de estos diversos elementos diremos breves pa-

## 496 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

labras, siempre con relación á la prueba, que es el objeto de nuestro estudio.

1.º *Hecho criminal.* No hay delito sin acto externo que viole el derecho. Todo delito tiene, pues, dice Framarino, un doble objeto: objeto material, que es la cosa ó persona sobre quien recae la acción; y el objeto ideal, ó sea el derecho violado. De donde resulta un doble elemento en la acción del delito, el elemento material, que es el acto ejecutado sobre la persona ó sobre la cosa; y el elemento ideal, que es la resultante de la acción sobre el derecho.

El hecho material, que no es otra cosa sino el efecto físico de la acción criminal, se prueba por medio de pruebas reales, como son la presencia del cadáver, etc.; y es á veces distinto de la acción, de la cual no es más que el resultado intrínseco, como sucederá con el cadáver de un individuo muerto por el deseo de robarle; y otras es una misma cosa con la acción humana, como acontece en los delitos de hechos transitorios, que no dejan detrás de sí, efectos físicos permanentes. La amenaza ó la injuria verbal, son delitos de esta naturaleza.

En cuanto al otro elemento en que puede consistir el delito, que es la violación de un derecho, conviene advertir que los derechos naturales, esto es, los que son inherentes á la naturaleza humana, lo mismo que los que tienen los hombres en su calidad de miembros

de la sociedad civil, pero igualmente naturales, como el de conservar su integridad personal, no necesitan ser probados. Fundadamente se supone que existen en todo individuo.

Pero hay otros derechos que se llaman adquiridos, porque su goce actual resulta de las relaciones establecidas entre persona y persona ó entre una persona y una cosa; y cuando de ellos se trata, es necesario que se pruebe la relación particular generadora del derecho, pues que sin eso no se puede decir que ha habido un derecho violado; ó en otros términos, que se ha cometido un delito. Un ejemplo aclarará esta doctrina: Se imputa á un individuo un hurto: no basta la determinación de la cosa para tener como determinado el delito; se necesita, además, la prueba de la relación particular que existe entre otro individuo diverso del supuesto culpable, y la cosa, esto es, se necesita la prueba de que esta es agena. Se imputa á una mujer el adulterio: no basta la prueba del comercio carnal habido entre ella y un hombre, es necesario demostrar su relación particular con otro hombre; es decir, que se necesita probar la existencia de matrimonio. Sin el derecho de otro sobre la cosa determinada no habrá hurto; sin el del marido, no habrá adulterio; sin la averiguación demostrativa de la existencia de tales derechos, no podría llegar á afirmarse la de los delitos respectivos.

Por este motivo vemos recomendado en la fracción 4.<sup>a</sup> del artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, que se justifique como medio de comprobación del cuerpo del delito, en los casos de robo, la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada. En los casos de adulterio, debe probarse el matrimonio; en los actos de incontinencia que pueden tener ó no el carácter de delito, según la edad de la persona con quien se han ejecutado, debe probarse esta circunstancia, etc.

Todas estas pruebas parecen que debieran preceder á todas las otras; pero algunas veces no se hace así, porque de las primeras diligencias, de la inspección de los lugares y otras circunstancias, resultan motivos para creer la existencia del derecho que se supone violado; pero nunca podría llegarse á pronunciar sentencia, sin haberse cerciorado el Juez de que existen como elementos esenciales del delito.

*Acción delictuosa.*—Si no hemos comprendido mal las doctrinas de Framarino, lo que hemos llamado hecho criminal, se diferencia de la acción delictuosa, en que lo que caracteriza al primero, es la violación del derecho; y la que constituye la segunda, es la serie de actos encaminados todos á efectuar esa violación. El hecho criminal es, por decirlo así, indivisible; y según hemos visto, su esencia consiste, no en la existencia material de tales ó cuales

hechos, que pueden existir sin que haya delito, sino en el derecho violado.

Se puede quitar la vida á un hombre, ejerciendo el derecho de legítima defensa; y en tal caso, habrá un hombre muerto, habrá un homicidio, pero no habrá delito que castigar.

La acción delictuosa supone necesariamente la existencia del delito, ó lo que es lo mismo, la violación del derecho, y comprende la serie de actos encaminados á efectuar esa violación, hasta llegar á realizarla. De aquí procede una distinción entre los actos preparatorios, que corresponde al Derecho penal, el cual establece los diferentes grados de culpabilidad, entre el conato, la tentativa y el delito consumado.

A nosotros, que sólo tratamos de la prueba, no nos compete decir otra cosa, sino que las pruebas que se deben recoger por el Juez para formar su convicción respecto de los actos preparatorios, más ó menos próximos del delito, tendrán que ser siempre indirectas. nunca directas; porque será forzoso por medio del raciocinio, establecer la relación que haya entre ellas y el delito cometido.

Téngase entendido que hablamos de los actos anteriores á la consumación del delito, y no de las pruebas reales, que en muchos casos, no serán pruebas indirectas, sino el fragmento, por decirlo así, de la prueba de la acción

## 500 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

criminal. Pongamos un ejemplo. Un puñal que se ha encontrado en la casa de Ticio, acusado del delito de lesiones, no es más que una prueba indirecta, un simple indicio. Pero ese mismo puñal será considerado como una parte de la prueba directa, si se ha visto en el momento de la acción en las manos del agente ó en el pecho del herido. Lo mismo debe decirse de todos los medios ó instrumentos de ejecución, que no pueden constituir una prueba directa, si no está demostrada su incorporación, por decirlo así, á la acción criminal. La existencia de una escala, ó de una gansúa, ó de un puñal, en poder del acusado, sólo serán pruebas indirectas que obran contra él; pero si la escala ha servido para salvar un muro, ó la gansúa para abrir una puerta, ó el puñal para agredir, ya son verdaderos fragmentos de la acción criminal y pueden ser objeto de pruebas directas; mas para ello es necesario que se pruebe que estos medios han sido en la acción del delincuente enderezados al fin criminal; es preciso que se presenten unidos al hecho del delito, como cuando la gansúa se ha encontrado en la cerradura abierta, la palanca junto á la puerta desquiciada ó la escalera apoyada en el muro que se saltó.

Teniendo presentes estas consideraciones el artículo 862 del Código de Procedimientos del año de 1869, disponía que se mostraran al pre-

sunto reo las armas ó instrumentos con que se cometió el delito, preguntándole si las reconocía como suyos y el uso que hubiere hecho de ellos; diligencia que es muy importante para establecer, como dice el autor cuyas doctrinas venimos exponiendo, la relación que existe entre la cosa y la acción criminal.

*Intención de delinquir.*—La prueba de este elemento del delito es la más difícil de todas, como que se refiere á un hecho interno, independiente del delito mismo. La intención puede nacer en la conciencia en un momento anterior en mucho á la acción y separado de ella. En este caso será una prueba indirecta, muy remota, del delito; pero cuando persiste y continúa hasta que la acción se realiza, la intención constituye el elemento principal del hecho criminal.

A esta intención se refieren ó deben referirse las pruebas, no sirviendo las de la intención remota, sino para suponer la intención actual, puesto que la intención, como estado de conciencia, puede cambiar de un momento á otro. Esta observación es muy importante en los casos en que se atribuye premeditación al delincuente. Un individuo, por ejemplo, que ha recibido de otro un agravio, siente vehementes deseos de vengarse; pero si llega hasta la resolución de hacerlo, tiene la intención de delinquir: pasados algunos momentos se calma y vuelve á su

## 502      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

estado normal. Desgraciadamente, algunos días después; se encuentra con su enemigo, la vista de él excita de nuevo sus pasiones, se enciende en ira y le mata. ¿Habría premeditación en este caso? Creemos que no; porque si bien la intención pasada de delinquir, podría servir para probar de una manera indirecta la intención actual y el acusado no podría disculparse del homicidio cometido, juzgándose irresponsable de él, la circunstancia agravante de premeditación no estaría probada, porque la intención es variable, y como acto interno, sólo Dios puede conocerlo. La justicia humana sólo juzga por los actos externos y el hecho de no haber perseguido el acusado á su enemigo, la primera vez que tuvo la intención de matarlo, prueba que aquella intención desapareció y que no se puede relacionar con el homicidio cometido después.

Framarino, considerando que para que el ánimo se dirija á su objeto, es necesario que primero se elija este objeto y después el medio que puede conducirlo á él; así como también, que es forzoso que el espíritu se determine á alcanzar ese objeto y á recorrer el camino que á él conduce, señala como elementos morales del delito la participación de la inteligencia y de la voluntad. Sin el concurso de ambas facultades, no puede haber intención, ó á lo menos, esta no será imputable al agente. Respecto

de la primera, esto es, respecto de la inteligencia, es necesario que se conozca la plenitud de ella, ó su mayor ó menor imperfección, ya sea de una manera absoluta ó con relación al delito, y de aquí la necesidad de excluir todas las causas que pueden demostrar lo incompleto de la inteligencia ó la falta total de ella, como la edad, el sonambulismo, la locura, etc., y hasta el error involuntario.

En cuanto á la voluntad, debemos ante todo, suponerla libre, porque sin libertad, no hay responsabilidad. En cuanto al dolo ó voluntad de delinquir, he aquí cómo debemos raciocinar: el hombre, como ser racional, no obra sin dirigir sus acciones á un fin. Ahora bien, cuando el medio empleado no responde sino á un fin criminal, el agente no puede haberlo empleado sino para alcanzar ese fin; y así, por una deducción lógica, por el medio empleado, se viene en conocimiento del fin propuesto. Si un individuo ha puesto una mecha encendida junto á un pajar, buyendo en seguida, no podrá dudarse que tuvo la intención de que se verificase un incendio. En este caso la intención queda probada por medios indirectos, aun cuando el hecho criminal no haya llegado á realizarse, como sucedería, si advertido algún vecino de la presencia de la mecha, hubiere acudido á apagarla antes que el fuego hubiera invadido el pajar. Así se resuelve la cuestión de la in-

## 504 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

tención dolosa ó sea el concurso de la inteligencia y de la voluntad para cometer el delito.

Las anteriores consideraciones no contienen sino una parte pequeña de las doctrinas de Framarino, relativas á las pruebas directas; pero no entrando en nuestro plan dar á este Tratado una extensión mayor que la que desde el principio nos hemos señalado, pondremos aquí punto á este estudio, remitiendo á nuestros lectores, que deseen más amplias explicaciones, á la obra que citamos al comenzar este capítulo.

### CAPITULO III.

---

#### De las Pruebas indirectas

«Si el hombre no pudiera conocer más que por propia percepción directa, pobre y escaso sería el campo de sus conocimientos; pobre en el mundo de las ideas, y pobre en el mundo de los hechos. Una inmensa multitud de estos se verifica fuera del alcance de nuestra observación directa, siendo realmente muy pocos los que podemos conocer por visión directa de nuestros propios ojos.»

Con estas palabras da principio Framarino,

al estudio de las pruebas indirectas, y ellas demuestran la importancia que tales pruebas tienen en la averiguación de los delitos y la necesidad en que nos encontramos de estudiar con toda la atención posible cuanto á ellas se refiere.

«Hay entre las cosas, dice el mismo escritor, hilos secretos é invisibles á los ojos del cuerpo; pero visibles á los de la mente, hilos providenciales por los cuales el espíritu va de lo que conoce directamente á aquello que directamente no puede percibir»; y Mettermayer, refiriéndose á la prueba de indicios, que lo mismo que Benthan, llama circunstancial, nos hace conocer su importancia por medio de las siguientes palabras:

«Éstas circunstancias (los indicios), son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la Providencia al rededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbra el entendimiento del Juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar á la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, ó los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí ó desviarlos; los clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botín caído en el mismo si-

## 506      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

tio, suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido, atestigua su participación en el acto de la violencia.—Todas estas circunstancias sirven de punto de partida al Juez; el proceso ordinario de los acontecimientos humanos le proporciona analogías y por vía de inducción, concluye de los hechos conocidos á otros necesariamente constitutivos de la acción criminal.»

Estas palabras nos persuaden, á la vez, de la necesidad de reconocer las presunciones ó indicios, como uno de los medios de prueba más eficaces en materia penal, y el fundamento filosófico que sirve de apoyo á las prescripciones de la legislación positiva que los enumera como tales, y determina los requisitos que deben tener para conceptuarlos suficientes, á fin de probar la culpabilidad ó la inocencia del acusado.

Por este motivo no nos detendremos en un punto que parece bastante claro, observando solamente que, según se puede deducir del texto de los artículos 183 en su fracción 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Código de Procedimientos penales de Veracruz, las palabras presunción é indicios se toman en este sentido: la presunción es el resultado del indicio, esto es, el juicio que se forma la mente fundada en la inducción á la cual sirven de base, hechos independientes del delito; pero que se relacionan con él de una ma-

nera más ó menos inmediata. Ya hemos dicho en otra parte cuál es la etimología de la palabra presunción; la palabra indicio viene de *index* que significa *señal*, porque es como una señal por la que se puede llegar á describir alguna cosa. Si tal es la inteligencia del artículo que hemos citado, podremos decir que el indicio es la causa y la presunción es el efecto.

Siendo, pues, tan necesaria esta prueba, no es de extrañar que en la legislación romana se le diere grande importancia. Estudiando los autores clásicos, dice Mettermaier y los pormenores de que hacen mérito, se les ve aplicar á la investigación de esta prueba y á las conclusiones que de ella pueden deducirse, los modos de proceder más conformes á los hábitos cuotidianos de la vida; y una multitud de textos demuestran evidentemente, qué importancia daban los jurisconsultos á los llamados *argumenta, indicia y signa*.

El derecho romano no contenía, según Maynz, (1) sobre los diversos medios de prueba, las reglas ciertas y precisas que encontramos en las legislaciones modernas; dejaba al Juez del hecho gran latitud y no se oponía á la admisión de simples indicios, con tal que en la especie pa-

---

(1) Maynz. «Curso de Derecho Romano.» Tít. 5.º del lib. 1.º, párr. 68.

## 508 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

reciesen suficientes para dar la certidumbre requerida. Cicerón decía: *Apud bonum judicem argumenta plusquam testes valent.* (De Rep. I. 38).

Durante la edad media, los prácticos dieron bastante amplitud á los indicios, y estudiaron su fuerza probatoria, clasificándolos según su relación, más ó menos íntima, con el hecho que se quiere averiguar, y el convencimiento que como consecuencia de esa relación debe producir en el ánimo del Juez, llamando á unos graves ó vehementes, á otros próximos ó remotos, violentos ó equívocos, claros ó indubitables, oscuros ó dudosos, etc.; pero á primera vista se comprende la inutilidad de tales clasificaciones, pues como dice Escriche, los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan, porque los indicios varían en razón de las circunstancias, y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas. Es inútil tratar de dividir y sujetar á cálculo lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago.

Por este motivo, reservando para el final de este capítulo hablar de la fuerza probatoria de los indicios, diremos ahora algo acerca de ellos siguiendo la clasificación que hace Framarino. Critica este autor las clasificaciones anteriores, entre las cuales, además de las que acabamos de citar, había la de indicios antecedentes, con

comitantes y consiguientes, y encontrando que las relaciones de causa y efecto son las que más vivamente hieren nuestra imaginación, cuando tratamos de relacionar un hecho con otro, propone como única división de los indicios, la de indicios causales, ó que se supone que han obrado como causa del hecho criminal, y efectuales que son los hechos que se suponen derivados de aquel, como efecto suyo. En este orden enumeraremos las fuentes principales de donde los indicios pueden deducirse; y como unos indicios se destruyen por otros contrarios, expondremos á la vez los hechos que Benthan llama infirmantes y otros autores denominan contra-indicios.

El primer indicio particular que señala Framarino, como causal del delito, es la capacidad intelectual y física para delinquir. Hay delitos para los cuales no se necesita una capacidad particular en el agente, y son los más numerosos; pero hay otros que no pueden cometerse sino por quien tenga conocimientos especiales; para hacer un dibujo injurioso, se necesita ser dibujante; para escribir un escrito calumnioso, se necesita saber escribir, etc.

Pues bien, de estos antecedentes puede deducirse un indicio causal de la culpabilidad del acusado; pero como la fuerza de éste disminuirá en proporción que sea mayor el número de los individuos que tengan las mismas aptitudes,

## 510 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

resulta que en realidad, para que este indicio sea eficaz, se necesita tener la certidumbre de que ningún otro individuo, fuera del acusado, es capaz de cometer el delito.

No sucede lo mismo en cuanto á la *oportunidad* de cometerlo, que es también una forma de la aptitud para ello. La prueba del contra-indicio en este caso, sería más fácil; pero es conveniente precaverse del sofisma á que somos de ordinario tan inclinados y que consiste en deducir de la *potencia, el acto*. Tal modo falso de raciocinar equivale á decir: Ticio ha podido cometer el delito cuyo autor se quiere averiguar; luego lo ha cometido. Al punto se descubre en qué consiste la falsedad, y Framarino cita un caso práctico que nos debe poner en guardia contra semejante error (1).

---

(1) El caso fué el siguiente: Jacobo Le Brun era servidor fiel de la Sra. de Mazel. La noche del 27 de Noviembre de 1689, fué encontrada ésta sobre su lecho, atravesada por cincuenta puñaladas. Se vió que los ahorros de la víctima habían sido robados. El cordón de la campanilla de su habitación se encontró sujeto, de manera que no se podía llamar con él. Las otras habitaciones estaban todas cerradas con llave. Como solo Le Brun estaba en la casa, era el único que sabía dónde tenía la señora sus ahorros; sólo él podía haber enredado el cordón de la campanilla; y á mayor abundamiento, en su poder se encontró una llave que daba entrada á las habitaciones de su ama. De aquí se dedujo que sólo él podía haber cometido el delito. Fué

También puede considerarse como un indicio causal la capacidad moral de delinquir por la disposición de ánimo de la persona que se supone culpable. Tal capacidad consiste en la inclinación que se supone en el agente, y esto puede provenir de dos fuentes: de las acciones de la persona hasta el momento en que cometió el delito, ó de las condiciones de su organización física.

En cuanto á las primeras, pueden consistir en delitos anteriores, en acciones simplemente reprobables, ó bien en manifestaciones verbales reveladoras de la intención de delinquir. Fácilmente se comprende que entre estos diversos medios, el que mejor revela la índole malévola del inculpado es el que consiste en delitos anteriores; sobre todo si son de la misma clase. y más todavía si son numerosos. Con este objeto, se ha dispuesto por las leyes relati-

---

sometido al tormento y condenado á muerte. Mientras se substanciaba la apelación, murió después de haber sufrido mucho en su prisión.

En el mes de Abril siguiente, se descubrió que el asesino había sido un tal Juan Garlat, que había servido antes de lacayo á la señora. Este individuo confesó su delito, diciendo cómo lo había cometido. Se introdujo de día á la casa, se ocultó bajo el lecho de la señora, y de allí salió para asesinar á ésta, tomando la precaución, como era natural, de impedir que su víctima pudiera llamar por medio del cordón de la campanilla. Salió después de la casa sin ser visto.

## 512 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

vas, en la parte que se refiere al régimen interior de las prisiones, que se lleve una noticia exacta de la entrada y salida de los presos, de las sentencias que contra ellos se pronuncien, etc., y que se agreguen á la causa tales noticias. Como es de suponerse, la prueba de que el inculpado ha delinquido antes, debe consistir en la sentencia que le condenó.

En cuanto á las condiciones físicas de la persona, como indicio de su culpabilidad, no es posible, en el estado actual de la ciencia, dar ninguna regla ni medianamente segura. Así es que, en este punto, dice Framarino, hay que atenerse á conceptos tan generales, que casi carecen de eficacia. En el joven, por ejemplo, se suponen tendencias eróticas con más probabilidad que en el viejo; en la mujer mayor propensión á valerse del engaño que de la violencia, al contrario de lo que sucede en el hombre, sobre todo, si por su aspecto revela un carácter enérgico y resuelto, y no débil ni pusilámene. ●

En contra de este indicio y como opuesto á él, tenemos el que resulta de la aversión que el hombre tiene á delinquir, sea por un principio de honradez natural que se conserva mientras no se llega á cierto grado de corrupción, bien por temor al castigo y á las consecuencias funestas para el que ejecuta un acto penado por la ley. Se ha criticado con razón,

por algún escritor, la manera como se enuncia generalmente este indicio, diciendo que se presume que todo hombre es bueno mientras lo contrario no se prueba. No es así como debe decirse, sino de este modo: un hombre se reputa inocente del delito que se le imputa, mientras no se prueba que él lo cometió; mas de cualquiera manera que sea, es lo cierto que la presunción en favor de la inocencia, debe disminuir en gran manera la fuerza del indicio contrario, sacado de la capacidad de delinquir ó de las cualidades físicas del inculgado.

Se ve por lo mismo, con toda claridad que tal indicio tiene que ser muy debil, y que sólo en un caso muy raro puede llegar á adquirir una importancia excepcional.

No sucede lo mismo con los indicios que se consideran causales del delito y que consisten en la capacidad moral para delinquir, por un impulso particular hacia el acto delictuoso. Este es el tercero de los indicios que enumera Framarino, y acerca de él hace observaciones muy importantes que deben tener grande aplicación en la práctica.

Partiendo del principio de que no hay efecto sin causa, es lógico deducir que en todo delito ha de haber un motivo y que el conocimiento de este motivo nos puede facilitar el descubrimiento del hecho que se trate de averiguar. La causa inmediata del delito reside siempre en el

## 514      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

móvil interno; pero el externo sirve para determinar, no solo la naturaleza del primero, sino también su medida y, por tanto, su fuerza probatoria. Si se dice por ejemplo, que un hombre ha dado muerte á otro por haber recibido de él una injuria, el móvil de la acción será la ira; pero la intensidad de esta, la dificultad de dominarla, podrá medirse por el tamaño de la ofensa recibida.

Los motivos para delinquir se encuentran en las pasiones del ánimo que dominan la voluntad, impulsándola á ejecutar actos que la ley castiga. Los impulsos que obran sobre el ánimo son de dos especies: unos que podemos llamar móviles impetuosos y otros móviles reflexivos.

Los primeros nacen del mal presente ó que acaba de pasar, y son los ímpetus de la necesidad, de la ira ó del miedo.

Los segundos proceden del mal lejano y son el odio y el temor de un mal remoto.

La diferencia que existe entre unos y otros, según el autor cuyas doctrinas venimos exponiendo, consiste en que la relación de causalidad entre el móvil impetuoso y el delito, es más eficaz; y por eso la existencia de un móvil de este género, constituye un indicio más vehemente que el que resultaría de uno de la segunda clase.

Por el contrario, para que un móvil reflexi-

vo tenga una cierta fuerza de indicio, es necesario que haya proporcionalidad entre él y el delito, porque el alma humana, bajo la acción de un móvil reflexivo, no pierde su calma razonadora; y por una causa, pequeña y desproporcionada no puede, hablando en términos generales, determinar el delito. Así no hay dificultad en admitir, y es por el contrario muy creíble, que un hombre en el momento en que ha recibido una ofensa, aunque pequeña, haya contestado disparando un balazo á su ofensor; pero por el contrario, nos resistimos á creer que la misma ofensa haya causado en el ánimo del ofendido un odio tal, que le haya impulsado á vengarla con la muerte, mucho tiempo después que la recibió.

Esta es, dice Framarino, la utilidad práctica que resulta de esta división, en el punto de vista del Derecho probatorio. Hay otra clasificación que se funda en la consideración de la persona sobre cuyo ánimo obran los impulsos que conducen al crimen.

Si fijamos nuestra atención en los motivos que inducen á los hombres á delinquir, encontraremos que hay unos que consisten en una relación particular entre el supuesto delincuente, por una parte, y el sujeto pasivo por la otra. Tal sería la enemistad que se probara que existía entre ambos: estos se llaman personales. Hay otros que se supone que obran sobre to-

## 516 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

dos los hombres, hecha abstracción del sujeto agente y del paciente del delito, como son la codicia, la concupiscencia, el odio nacido del espíritu de secta ó de partido, sobre todos los que participan de las mismas creencias ó tienen las mismas opiniones políticas.

Hay, por último, una tercera clase de móviles que participan de la naturaleza de los otros dos; ó en otros términos, en los que la pasión es común pero el grado de intensidad de ella, es propio del individuo. Así, la codicia es común á todos los hombres; pero en un individuo determinado puede alcanzar un grado tal de intensidad que llegue á formar parte de su carácter personal: estos móviles pueden denominarse mixtos.

Hecha esta división de los móviles con relación á la persona sobre cuyo ánimo se supone que han obrado, veamos cuál será su eficacia probatoria. Framarino la explica en los términos siguientes: —«Dado un delito y dada la existencia de un motivo para cometerlo, nace naturalmente la cuestión de si este motivo tendrá siempre la misma fuerza probatoria. Ahora bien, la respuesta se encuentra en las nociones precedentes. Los motivos comunes no pueden tener ningún valor, porque lo que es común á un gran número de hombres, no puede servir para indicar á ninguno en lo particular. Los comunes personales ó mixtos, tie-

nen el valor de indicios débiles, porque aun cuando consisten en una particular intensidad de la pasión, hay que temer que esa misma intensidad se haya producido en otro individuo. Los indicios fundados en motivos personales, son sin duda los más eficaces, porque consisten en una relación concreta y exclusivamente individual de una persona determinada.

De aquí se deduce que, cuando un delito se explica por un móvil común, no hay necesidad de afirmar la existencia del móvil por una prueba especial. Si Ticio ha robado, no se necesita probar que obró en su ánimo el deseo de obtener un lucro: la acción que se le atribuye lo demuestra por si sola.

Tampoco lo necesitan los indicios que nacen de los móviles que hemos llamado mixtos ó sean comunes-personales. El quitar la vida á un hombre para robarle, exige una codicia no común por su intensidad; pero no por eso habrá necesidad de probar de una manera especial la existencia de ese móvil, cuando se ha demostrado la materialidad del homicidio y del robo que á Ticio se atribuye.

Los móviles puramente personales sí requieren ser debidamente probados. He aquí un ejemplo que pone Framarino: La muerte de Ticio se imputa á Cayo. ¿Por qué le habrá quitado éste la vida á aquél? Pudo ser por codicia, para robarle; por ira, producida por una in-

juría reciente, ó por odio causado por un agravio antiguo. De todos modos, se trata de motivos personales, que es necesario probar, porque no se encuentran en todos los hombres; y si llegare á resultar demostrada la falta de todo motivo, tal falta obraría como un contra-indicio en favor del acusado. La presunción de inocencia en el caso de no poderse demostrar la existencia del móvil que ocasionó el delito, es tan fuerte, que bastaría, en concepto de Framarino, para absolver al presunto delincuente. Si no se admite un motivo criminoso en el acusado respecto del delito que se persigue, dice este autor, su acción no puede considerarse como humana, porque el hombre tiene siempre un fin en sus acciones, y al no poderse reputar como acción humana, toda responsabilidad desaparece, con lo cual no cabe dictar legítimamente una condena.

Entre los indicios fundados en móviles personales, creemos que debe contarse como uno de los más importantes, el que consiste en averiguar á quién ha aprovechado ó podido aprovechar la consumación de un delito. Si se llega á probar que una mujer casada ha mantenido relaciones amorosas con un hombre, y el marido resulta asesinado, sin que aparezca que fué robado, ó que tenía algún enemigo, habrá motivos muy fuertes para creer que la mujer ó su cómplice fueron los autores del homicidio.

La primera fuente de indicios efectuales, esto es, de los que pueden servir para probar la existencia del delito como efectos producidos por él, son las huellas materiales del delito. Compréndese desde luego cuán abundante será esta fuente, si se reflexiona que la materialidad del delito consiste en modificaciones de las cosas ó de las personas, y que esto es precisamente lo que constituye su ilegitimidad. Todo delito es una perturbación en el modo de ser de las personas ó de las cosas, conculcando el derecho ageno, y siendo esto así, no puede dudarse que toda acción delictuosa tiene que dejar huellas, más ó menos visibles, de su existencia. Estas huellas ó estas modificaciones pueden consistir en un cambio en cuanto al modo de ser ó en cuanto al lugar, lo que equivale á decir que el delito puede haber ocasionado una alteración ó una traslación de la persona ó de la cosa.

Cuando la alteración y la traslación se verifican en el sujeto pasivo del delito, las pruebas son directas. Lo son por alteración en la persona ó en la cosa, el cadáver, la lesión, la casa quemada y otras análogas. Lo son por traslación, la persona secuestrada en prisión arbitraria por un particular, la cosa robada encontrada en casa del ladrón, etc.

Pero la traslación y la alteración pueden recaer sobre una cosa distinta del delito, y en-

tonces son pruebas indirectas ó indicios. Innumerables son las pruebas de esta clase que pudiéramos poner por vía de ejemplo.

Un individuo ha sido muerto en el campo: cerca del cadáver se encuentra la huella de un pie que corresponde exactamente al pie del procesado.

Se ha verificado un robo en una casa abandonada. Sobre una mesa cubierta de polvo se advierte la huella de una mano abierta, que parece haberse apoyado allí: tal huella es igual á la de la mano del supuesto delincuente.

En casa de un individuo á quien se persigue por el delito de lesiones con arma blanca, se encuentra un cuchillo manchado de sangre.— La huella del pie, la de la mano, el arma ensangrentada, son otros tantos indicios efectuales que se supone que reconocen como causa el delito cometido y consisten en una alteración de la cosa.

El autor á quien seguimos, considera como un indicio de la misma clase el *cambio de estado económico*, en los delitos que implican lucro, cambio que se revela en gastos excesivos ó en el pago de deudas antiguas, después del delito, y el cual cambio se hace depender del delito como de la causa de que ha procedido. Sabido es cuánto importa en los delitos contra la propiedad, averiguar si el reo, ha gastado después de que el delito se cometió, cantidades

que excedan de sus recursos ó se han visto en su poder sumas de dinero, cuya adquisición le gítima no se puede explicar, sino suponiéndolo autor del robo cometido.

A su tiempo hablaremos de este género de pruebas, cuando forman una serie de indicios enlazados unos con otros. Por ahora sólo diremos que, en tesis general, nunca pueden constituir una prueba completa. Lo que les da fuerza, es la falta de pruebas contrarias. Por graves que sean los indicios acumulados contra un hombre, siempre será posible un descargo que los aniquile, dice Framarino (1).

---

(1) Benthan enumera, como hechos infirmativos de las pruebas indirectas reales, los siguientes: 1.º, *accidente*, y cita como ejemplo el célebre robo de la urraca, referido en las Causas Célebres de Gayot de Pittaval; 2.º, *falsificación de la prueba real en justificación de sí mismo*; un mayordomo roba la plata labrada que había en una cómoda de cuyas llaves era depositario, y para hacer recaer las sospechas en otra persona, rompe las cerraduras y deja un cuchillo roto en el armario; 3.º, *falsificación de la prueba real, por precaución, por parte de una persona inocente*; 4.º, *la misma falsificación por parte de otra persona, con intención calumniosa*; y 5.º, *falsificación de la misma clase, por chanza ó juguete*. Estos últimos casos no necesitan ejemplos.

En cuanto á los indicios que nacen de la posesión de la cosa, pueden ser destruidos por los siguientes hechos:

1.º, Ignorancia; 2.º, introducción clandestina; 3.º, in-

## 522 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

Si las huellas físicas de un delito pueden servir de indicios para probar su existencia, lo mismo puede decirse de las huellas morales. Vamos á examinar estas brevemente.

De la conciencia del delito cometido, nace en todos los delincuentes el temor de la pena; en muchos de ellos el remordimiento, y en los más perversos la complacencia de haber logra-

---

troducción forzada; 4.º, no identidad de la cosa; y 5.º, servicio de justicia, como cuando la cosa robada se encuentra en poder de un agente de policía que la recogió para entregarla á la justicia (Tratado de la prueba, lib. 5.º, cap. 3.º). Un curioso ejemplo de la necesidad de identificar los objetos que figuran como elementos del delito, refiere Glassford en los términos siguientes: Una doncellita á quien le habían robado sus vestidos, guardados en una arca cerrada, logró recobrar solo uno de ellos, que se encontró en poder del presunto ladrón. La joven lo reconoció como suyo; y, en efecto, coincidía con las señas de color, tamaño y demás particularidades que la joven había dicho antes que lo recobrase. Probado así, al parecer, de una manera evidente el robo, el acusado estaba á punto de ser condenado, cuando á uno de los jurados se le ocurrió pedir que la joven se pusiera el traje. Aunque tal pretensión se consideró caprichosa, se accedió á ella, y con sorpresa de todos los concurrentes se vió que el traje que la doncella había jurado que era suyo y que correspondía en su descripción al que decía haber usado poco antes, no se ajustaba á su persona. La joven lo examinó de nuevo con mayor atención y reconoció su error. El traje pertenecía á otra persona, como se justificó después.

do el fin que se proponían al cometer el delito.

El temor de la pena impone al delincuente el deseo de ocultar la verdad, ya sea por sí mismo ó por parte de los testigos, ó por parte de las cosas que la pueden revelar. La mentira, pues, ya conste por las contradicciones en que incurra el acusado, ya por lo increíble de sus afirmaciones ó por cualquiera otro motivo, puede tomarse como un indicio de culpabilidad; pero para ello es necesario que esté bien averiguada.

Benthan estudia los hechos infirmativos de este indicio, y Framarino se explica en los siguientes términos hablando del mismo asunto. «No siempre el acusado miente por ser delincuente; á veces su mentira es hija del temor de que la verdad pura y simple de su inocencia, no pueda triunfar, y miente para destruir las apariencias que cree que le perjudican. Otras veces lo que aparece como una mentira es una equivocación, y otras, en fin, los peligros y los padecimientos que siempre causa un juicio criminal, perturban totalmente el ánimo del procesado inocente, hasta el punto de que contra su voluntad se contradice y no se expresa con la exactitud debida.»

En cuanto al silencio, que es también una especie de mentira, es un indicio muy débil, porque no es fácil descubrir los motivos que

## 524      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

obligan al acusado á callar. Framarino refiere dos casos que merecen citarse en este lugar. Francisco Majene fué acusado de asesinato y se negó á justificarse limitándose á decir: soy inocente. El Tribunal de Gers lo condenó, y condenó á un hombre de noble corazón, porque Majene era inocente, y había callado por evitar que condenasen á su padre que era el verdadero culpable. Antonio Forcarini, noble veneciano, reuníase todas las noches con su amada en una casa próxima al palacio de la embajada de España. Sorprendido una noche que iba disfrazado por aquellos lugares, fué acusado de andar en secretas maquinaciones con un embajador extranjero, delito castigado con la pena de muerte en la República de Venecia. Podía justificarse revelando el nombre de la dama que lo recibía en su casa; pero esto la habría deshonrado y prefirió callar, sufriendo la pena de muerte á que lo condenó el Consejo de los Diez.

Los indicios que resultan del deseo de hacer mentir á los testigos ó de adulterar las cosas que servirían de prueba del delito, pueden reconocer las mismas causas; nada más, que como suponen mayor reflexión, en nuestro concepto se les puede atribuir alguna mayor fuerza, aunque no dejarán de ser siempre débiles é insuficientes por sí solas para fundar una condena.

En cuanto á la emoción y otras señales ex-

teriores que se toman muchas veces como indicaciones del remordimiento, se les puede atribuir el mismo origen que el temor. Benthan también señala los hechos infirmativos que pueden anular esos indicios, y refiriéndose á la fuga que puede ser ocasionada por el temor de las vejaciones que acompañan á una causa criminal, cita las siguientes palabras, que atribuye á un célebre juriconsulto:

«Yo me escaparía si se me acusase de que había robado las campanas de la catedral de París». Es cierto que estas vejaciones no son tan terribles en la actualidad como lo fueron en otros tiempos; mas no debe perderse de vista que el temor de verse injustamente condenado puede existir en el ánimo del supuesto culpable, y que tal temor estará en razón inversa de lo que hemos llamado *sanción social* de las sentencias de los jueces.

Finalmente, la complacencia por el delito cometido, es un indicio del cual muy pocas deducciones pueden sacarse; y esto por dos razones: la primera, porque puede uno estar contento de un delito, sin ser autor de él; y la segunda, porque en el verdadero delincuente, la satisfacción de haber logrado su propósito criminal, no puede ser tan plena y tan violenta que prorrumpe en dichos ó exclamaciones que la revelen; tanto más, cuanto que tal satisfac-

## 526 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

ción se encuentra contrariada por los peligros del juicio y el temor de la condena.

Hemos recorrido, aunque rápidamente, las fuentes de donde dimanar los indicios que en el lenguaje de nuestro Código se confunden con las presunciones humanas, considerándolos separadamente. En el capítulo siguiente nos proponemos estudiar su fuerza probatoria cuando concurren varios á la vez, para demostrar la existencia de un hecho. Antes debemos estudiar, siquiera sea ligeramente, esta importante cuestión: ¿existen realmente en materia criminal presunciones legales que no admitan prueba en contrario, ó lo que es lo mismo, se admiten en derecho penal las presunciones que en la antigua Jurisprudencia eran llamadas *juris et de jure*?

Si consultamos los Códigos de Procedimientos penales vigentes, advertiremos que sólo hablan de las presunciones judiciales, llamadas de hombre; y aunque de este silencio se puede deducir rectamente que en materia penal no existen presunciones legales, de las que no admiten pruebas en contrario, esto no nos excusa de entrar en algunas breves consideraciones, para dejar bien establecido un punto tan importante.

En el capítulo 1º de la 1ª Parte de este Tratado, dijimos que á su tiempo daríamos á conocer á nuestros lectores lo que eran los or-

dalios y juicios de Dios, y esta es la ocasión de cumplir nuestra promesa, puesto que tales pruebas correspondientes al sistema de prueba legal, no eran otra cosa sino presunciones, á las cuales se les daba en aquellos tiempos todo el valor de la evidencia y contra las cuales no era lícito rendir prueba alguna.

El primer sistema de enjuiciamiento en lo relativo á las pruebas, fué el de los conjuradores. Estos no eran testigos, ni habían visto el hecho, ni conocían el proceso, y solamente venían á declarar que el individuo á quien apoyaban merecía ser creído y que le suponían incapaz de haber cometido el delito de que era acusado. Pronto se vió la insuficiencia de tal medio de exculpación, y entonces se ordenó que si el acusado no encontraba el número de *conjuradores* requerido, se sometiese á la prueba del fuego, á la de agua hirviendo, ó entrase con su acusador en combate singular. A este extraño procedimiento se llamaba *ordalia* ó juicio de Dios, porque se suponía que la Justicia Divina no había de permitir que sucumbiese el inocente y triunfase el culpable; como se ve no eran más que presunciones *juris et de jure*, que consistían en cosas que siendo distintas de la culpabilidad ó de la inocencia, servían para probar una ú otra de una manera indiscutible (1).

(1) La palabra *ordalia* se deriva, según los etimo-

## 528 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

Claro está que no hablamos aquí de ese género de pruebas; pero la historia de las pruebas legales nos puede servir para demostrar que el sistema legal de las pruebas ha venido perdiendo más terreno cada día. En la actualidad, dice un jurisconsulto mexicano (1), las naciones modernas no reconocen ya como prueba legal sino la que sería capaz de producir la convicción, aun sin necesidad de que esta fuese impuesta por la ley; y su reglamentación se limita á ordenar las precauciones bastantes para que la conciencia judicial no pueda ser sorprendida.

Por este motivo vemos, que en materia civil, el número de las presunciones *juris et de jure* es tan reducido y que, según á su tiempo lo hicimos notar, el artículo del Código que las admite es de estricta interpretación.

Recordando las presunciones de esta clase de que hablamos en el capítulo XII de la Segunda Parte, puesto que el Código de Procedimientos penales, no enumera otros, sería fácil de-

---

logistas, del alemán *ordal* ó *urtheil* que significa juicio, y fué el nombre que dieron las primeras razas á las pruebas judiciales.

Todavía en Inglaterra, país clásico del derecho tradicional, según refiere César Cantú, en 17 de Noviembre de 1817, se dió un caso en que se quiso apelar al juicio de Dios. Hist. Universal, tomo 8.º, pág. 457.

(1) El Lic. D. José Linares, en la disertación leída en el Colegio de Abogados el 4 de Mayo de 1876.

mostrar, como lo hace Framarino, que ninguno de ellos puede tener lugar en materia penal. Elegiremos sólo uno, por vía de ejemplo, y será el mismo de que este autor se sirve.

Supongamos que Sempronio, hijo de Casia, considerado civilmente como hijo de Ticio, porque *pater est is quem justæ nuptiæ demonstrant*, no sea realmente hijo de Ticio, sino hijo adulterino de Casia. Supongamos, que acusado Ticio de haber dado muerte á su supuesto hijo, aunque no se encuentre en ninguno de los casos en que la ley civil permite impugnar la legitimidad, tenga pruebas para producir en el ánimo del Juez la certeza moral de que Sempronio es hijo adulterino de Casia, y que el odio entre él y este supuesto hijo, había sido originado por la notoriedad de la filiación adulterina. ¿Se debería en este caso, imponer silencio al acusado, y aceptando como indiscutible la paternidad ficticia de las leyes civiles, castigarle con los rigores propios del Código Penal? La conciencia social no podría nunca admitir la imposición de una pena en virtud de una ficción jurídica. Cuando tal se hiciere consideraría como víctima al acusado y como delincuente al Legislador.

Lo dicho basta para explicar el silencio del Código de Procedimientos penales en el punto de que tratamos, y la verdad de la tesis que hemos establecido. No debemos olvidar que, co-

## 530      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

mo dice Framarino, el juicio civil tiene un fin distinto del que es propio del juicio penal, y que el primero se contenta algunas veces con alcanzar la verdad formal; el segundo busca la verdad real, la realidad de las cosas, y sin ella no puede haber conseguido su objeto. Lejos de eso, si en el juicio penal se admiten pruebas insuficientes, ó se da fuerza á las simples ficciones, en lugar de ser la salvaguardia de todos los derechos, se convierte en un peligro para los ciudadanos y una amenaza de perturbación del orden social.

### CAPITULO IV

---

#### De las pruebas indirectas

(Conclusión.)

En el capítulo anterior expusimos á la consideración de nuestros lectores las reflexiones que nos parecieron oportunas, en virtud de la clasificación que de los indicios se hace en la obra intitulada "Lógica de las Pruebas en materia criminal;" y allí dimos á conocer, aunque de una manera general, la fuerza probatoria de los indicios y los hechos iníformativos de los mismos; pero considerándolos aisladamente.

También dijimos que, si bien alguno de los autores que hemos consultado establece una diferencia en el significado legal de las palabras *presunción* é *indicio*, nosotros creemos que nuestro Código las considera como sinónimas; ó si no, toma el segundo como la causa y la primera como el efecto, esto es, que supone que los indicios son los elementos que dan vida, por decirlo así, á la presunción.

Si no nos hemos equivocado al formar este concepto, procediendo de una manera metódica, tócanos hablar en este capítulo de la eficacia probatoria de las presunciones, ó lo que es lo mismo, de los indicios cuando no se les considera separadamente, sino concurriendo varios de ellos, para formar la convicción personal del Juez. Así lo haremos, diciendo antes algo acerca de la conveniencia ó inconveniencia de aceptar la prueba legal de presunciones, y dando á conocer las que se han admitido en algunas legislaciones con el carácter de simples presunciones legales, esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario.

Mettermayer, estudiando la fuerza probatoria de los indicios según las fuentes del derecho común en Alemania, llega á esta conclusión: que en Roma la prueba artificial fué considerada siempre como suficiente. En el procedimiento canónico, según el mismo autor, la admisibilidad; de la prueba por indicios, no resulta pro-

bada por los textos que se citan; y en cuanto á los Jurisconsultos de la edad media cuyos escritos ejercieron una influencia tan notable en las formas judiciales de su época, no estaban de acuerdo en los principios, sosteniendo el mayor número, que los indicios no pueden producir prueba plena; y otros, en número muy corto, que los llamados *inditia indubitata* podían servir de base á una condena. En realidad, durante el tiempo que estuvo en uso el bárbaro procedimiento del tormento, la cuestión relativa á la fuerza probatoria de los indicios para el efecto de condenar al reo, era inútil, puesto que á nadie se condenaba sino por su propia confesión aunque fuese arrancada por la fuerza del tormento (1).

Mas sea de ello lo que fuere, es lo cierto que

---

(1) Lo dicho en el texto nos sugiere esta importante reflexión: Es posible, aun partiendo de un principio justo y humanitario, llegar á una conclusión absurda é inicua. Creyendo los Jurisconsultos de la Edad Media, que para condenar á un hombre era necesario que hubiere confesado por sí mismo su crimen, lo sometían al tormento, sin advertir que una confesión arrancada por la violencia, carecía por completo de valor. Ya hemos visto también cómo en los juicios de Dios, se partía de un principio cierto, aunque mal aplicado; la justicia divina que no podía dejar perecer al inocente ni triunfar al culpable. Tan falibles así son los juicios de los hombres, aun aplicando principios de incuestionable verdad.

en los Códigos modernos se ha llegado á admitir la prueba por indicios ó presunciones, pero rodeándola de precauciones tales, que han disminuido el grandísimo peligro de que por simples indicios sea sacrificado un inocente (1).

Antes de enumerarlas, citaremos varias de las presunciones que encontramos aceptadas en algunas leyes, si bien advirtiendo que respecto de todas ellas se admite prueba en contrario. Esta circunstancia las asemeja mucho á las presunciones humanas, y por eso no hablamos de ellas en el capítulo anterior; pero como siempre hay entre unas y otras alguna diferencia, enumeraremos algunas presunciones legales, por vía de ejemplo, en este lugar.

En algunas legislaciones estaba establecido que, el que hubiere amenazado á otro de causarle algún mal, debería ser considerado como autor del mismo mal, si este llegaba á acontecer, á no ser que se probase que el mal había venido de otro origen.

De la misma suerte la fuga, que según los Jurisconsultos españoles, no era sino un indicio muy leve de culpabilidad, como enseña Escribano; en algunos países se tenía como una

---

(1) Mettermaier cita las legislaciones de los Estados Alemanes, que han admitido la prueba de indicios y las condiciones á que la han sujetado.

presunción legal que podía, sin embargo, contrariarse, por medio de otras pruebas.

La ley inglesa prevenía, que cuando una mujer era convencida de haber tenido un hijo ilegítimo, y este niño nacía sin que la madre hubiese comunicado á nadie su embarazo, se la considerase como culpable del delito de infanticidio. Esta ley dió materia al célebre novelista Walter Scott, para escribir una de sus más preciosas novelas, intitulada: “La prisión de Edimburgo” (1).

La ley 16 tít. 21 del libro 12 de la Novísima Recopilación, se expresa en estos términos: “Todo hombre que hubiere muerto ó herido en alguna casa, y no se supiere quién lo mató, el morador de la casa, será tenido de responder de la muerte, salvo el derecho para defenderse, si pudiese.” Como se ve, esta ley establecía una presunción legal terrible, pues no siempre era fácil destruirla por otras pruebas (2).

Finalmente, el Código vigente, en su artículo 167, nos suministra otro ejemplo de una pre-

---

(1) Esta misma presunción parece que fué admitida en el derecho francés, según refiere Bonnier. En el mismo autor se encuentran enumeradas las presunciones legales, admitidas entre nosotros por el Derecho Penal (Parte 3.<sup>a</sup>, lib. 2.<sup>o</sup>, pág. 854).

(2) El célebre criminalista español, D. Marcos Gutiérrez, critica, en nuestro concepto con razón, la presunción que establece esta ley. (Práctica Criminal Forense. Parte 1.<sup>a</sup>, cap. 8.<sup>o</sup>, párrafo 34.

sunción de la misma clase, cuando dice que probada la existencia de un delito y que el acusado lo perpetró, se presume que procedió con dolo, á no ser que se averigüe lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito. Esta es también una presunción legal, que tiene mucha importancia por sus aplicaciones prácticas, y de la cual nos proponemos tratar detenidamente, cuando hablemos de la divisibilidad de la confesión.

Conocidas ya, por los ejemplos precedentes y por lo que dijimos en el capítulo anterior, la naturaleza de las presunciones, ya sean estrictamente legales, legales simplemente, ó humanas, y la eficacia de los indicios considerados con independencia unos de otros, se comprenderá mejor lo que tenemos que decir para explicar el artículo 183 del Código vigente, que determina el valor legal de las presunciones, que es el objeto á que está dedicado el presente Capítulo.

Dice el Código que la presunción de hombre hace prueba plena, cuando demostrado en forma y plenamente un hecho, sea una consecuencia necesaria é infalible de él, la existencia del hecho desconocido que se trata de probar. Confesamos ingenuamente que no hemos podido encontrar un ejemplo de este género de presunciones, si bien recordamos haber leído en algunos autores que se ha tomado como tal el

embarazo de una mujer para demostrar que ha perdido su virginidad; pero en este caso nos parece que el resultado necesario é infalible de un hecho, como dice el Código, se puede confundir con el hecho mismo que se trata de averiguar.

Si no estamos en un error, en este caso, no hay presunción sino certeza. Mas sea de ello lo que fuere, la regla es buena, y la dificultad consiste en poderse asegurar que un hecho es efecto necesario é infalible de otro, y que solo por éste haya podido ser producido, pues si el mismo efecto pudiera proceder con igual certeza y necesidad de otros hechos diferentes, la presunción no sería concluyente.

En cuanto á las demás presunciones humanas, el Código deja su apreciación á la conciencia del Juez, que deberá proceder conforme á las reglas de una sana crítica, para lo cual el mismo código establece las tres reglas de que hablaremos despues, ilustrándolas con algunos ejemplos.

Tales reglas están fundadas en las doctrinas de los más acreditados criminalistas, y tienen por fundamento los consejos de la razón y el buen sentido. Claro está que nunca un indicio se podrá tener como prueba suficiente de la consumación de un delito, y cuando concurren varios, un criminalista español, cuya Práctica

criminal forense fué tenida, en un tiempo, en grande estima (1), trae la siguiente doctrina, que copiamos íntegra, porque sirve para explicar mejor los preceptos del Código que venimos comentando.—“Los indicios pueden depender, unos de otros, y probarse sólo entre sí mismos, de modo que todos ellos no prueban más que un indicio, y de consiguiente que no haya prueba completa mas que de uno. Para que la haya, es necesario que los indicios no estén unidos entre sí, ó que no dependan unos de otros, como también que todos concurren á demostrar con evidencia el hecho principal que se trata de averiguar; y que cada indicio se apoye en las deposiciones de dos testigos idénticos, puesto que los hechos accesorios de donde se originan los argumentos para el hecho principal, deben acreditarse con testigos y no con otros indicios.” “En esta doctrina, continúa diciendo el mismo autor, se comprende cuanto acerca de la prueba de indicios han dicho los intérpretes en innumerables volúmenes, y á fin de que todos puedan entenderla, pondremos un ejemplo. Supongamos que han muerto á un hombre y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo con que se le quitó la vida. Acúsase á N. de este homicidio, y se apoya la acusación en estos indicios. Dos testigos

---

(1) D. José Marcos Gutiérrez, en la obra citada.

## 538 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

idóneos declaran, que estando poco distantes del sitio donde se encontró el cadáver, vieron huir al acusado, despavorido, al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberlo visto manchado de sangre, y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadáver, lo cual no niega el vendedor. He aquí 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 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 depusieron haber visto huir al acusado; otros dos que aseguran haberlo visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del país. Esto no podría llamarse una prueba de indicios, porque las tres no forman más que uno, cual es la fuga del individuo á quien se imputa el delito.”

Si no nos equivocamos, la anterior doctrina y el ejemplo que hemos transcrito, son la más apropiada explicación de las reglas que establece el Código vigente, las cuales, por la importancia que tienen, nos permitimos copiar

íntegras en este lugar, haciendo acerca de cada una de ellas algunas ligeras explicaciones.

1.<sup>a</sup> “Un hecho demostrado legalmente para que produzca un indicio y funde una presunción, debe ser tal que pueda materialmente considerarse como parte del hecho principal que se quiere probar ó como antecedente ó consecuencia de él.” En nuestro concepto, al decir que el hecho probado sea parte del hecho que se trata de probar, no se refiere la ley al principio inmediato de la acción que pudiera considerarse como conato ó delito frustrado, sino que se relacione con él, en la hipótesis que se establece, aún cuando por sí mismo carezca de significación. En el ejemplo puesto, la compra del cuchillo nada significaría por sí misma; pero en la hipótesis de ser el cuchillo comprado el mismo que se encontró en el pecho del cadáver, no puede dudarse que el hecho de comprarle se debe tener como parte del homicidio ó antecedente necesario suyo.

2.<sup>a</sup> “La presunción tendrá más valor si concurren otro hecho ú otros hechos probados independientemente que puedan considerarse del mismo modo que el primero, y que produzcan cada uno de ellos indicios diferentes, pero tendiendo todos á probar la existencia del hecho principal; de suerte que éste, lógicamente venga apareciendo como el solo antecedente

## 540 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

ó consecuencia natural de los que producen los indicios.

Como se ve, quiere esta regla que cada indicio aparezca probado por sí solo suficientemente y con independencia de los otros. La razón es clara, siendo el indicio la base para partir de un hecho conocido á otro desconocido, sería absurdo racionar de lo desconocido á otro hecho igualmente desconocido; ó en otros términos, pretender llegar á la certidumbre por medio de lo dudoso.

Por muy claro que lo diga el Código, es forzoso llamar la atención de nuestros lectores acerca de la independencia que debe haber entre los indicios entre sí; esto es, que cada hecho sea independiente de los otros, porque este es el punto en que suelen cometerse más frecuentes errores, y esto depende de que un mismo hecho puede ser considerado bajo diferentes aspectos, lo que ocasiona el error de creer que se tienen á la vista hechos diversos. Mettermaier dice á este propósito: “la ley ha decidido que sólo se consideren como verdaderos indicios los que se apoyan en circunstancias distintas é independientes; de manera que un mismo hecho no debe tenerse en cuenta más que una sola vez; y aunque presente diversos aspectos, ó pueda tener una aplicación ó significación múltiple, no constituye nunca más que *solo indicio*. A ha sido muerto de un pis-

toletazo, pero antes del homicidio, B. tenía una pistola, y en el momento mismo del homicidio la conservaba en su poder. He aquí una misma circunstancia considerada bajo dos aspectos diferentes; pero no por eso deja de ser una y no da origen sino á un solo indicio.”

Es, pues, necesario, fijar mucho la atención en este requisito justamente exigido por la ley para no ser víctima de la ilusión que suele causar en nuestra mente la diversidad de circunstancias que pueden concurrir en un solo hecho, haciendo que las tomemos como otros tantos hechos diferentes. Hemos visto alguna vez en la práctica condenar á un individuo como cómplice de un homicidio, fundándose la condena hasta en veintidós hechos calificados como indicios, cuando en realidad no probaban más que un solo hecho que estaba confesado por el presunto delincuente: su amistad con el autor principal del crimen. Esto pasaba no obstante que la negativa del reo de no haber tenido cómplices, debió haber obrado eficazmente de una manera favorable al condenado injustamente, en el ánimo de sus jueces (1).

3.<sup>a</sup> La última regla es fácil de comprender. Quiere el Código que los hechos que producen los indicios tengan entre sí tal enlace con re-

---

(1) En este caso, la Suprema Corte de la Nación concedió amparo al individuo injustamente condenado

## 542 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

lación al hecho principal, que probada la existencia de todos no puedan explicarse como nacidos de causas ó circunstancias diferentes, sino sólo del hecho principal cuya prueba se pretende. Esta regla no es más que la ampliación de lo que se dijo antes. Si los hechos que constituyen otros tantos indicios pudieran explicarse como nacidos de otra causa que no fuere el hecho principal, dejarían de ser indicios; y si cada uno se considerase por separado, dejarían de formar la red, por decirlo así, que es lo que les da eficacia y consistencia.

Tales son las reglas que establece el Código vigente, para que la prueba de indicios sea admisible en los juicios criminales, y para su recta aplicación puede servir de mucho que se tengan presentes las tres condiciones que siguen, que hemos tomado de Mettermaier.

1.<sup>a</sup> Su número. Es claro que mientras más numerosos sean los indicios, tendrán mayor eficacia para probar el hecho cuya existencia se trata de averiguar; pero no debe olvidarse lo que dijimos antes, esto es, que se debe cuidar de que no lleguen á tomarse como diversos indicios, los hechos que no constituyen más que uno solo, visto bajo diferentes aspectos.

2.<sup>a</sup> Su unánime concurso, por lo que no debe entenderse la coincidencia en cuanto al tiempo, sino la relación indudable de cada uno de ellos, con el hecho principal. Los indicios deben ser,

si se nos permite la expresión, como los radios de un círculo, que partiendo de diversos puntos de la circunferencia, vienen á converger á un punto común, que es el centro.

3.<sup>a</sup> Las relaciones con los indicios infirmativos. Cuando se juzga por conjeturas, es necesario tener presente que, una conjetura ó indicio adverso para el acusado, se destruye por otra que le sea favorable. El campo de las suposiciones es ilimitado y si se cree tener motivos para creer que un suceso pasó de tal manera, no faltarán otros para suponer que pasó de una manera diferente. Por esta razón, es indispensable que quede bien demostrado el enlace que existe entre los indicios que son de cargo del supuesto reo, porque sería muy raro que el mismo enlace pudiera existir entre los que pueden servirle de descargo.

El Código vigente, en su artículo 182, fracción III, cuenta la fama pública, no como un género particular de prueba, sino como una simple presunción. Si se tiene presente lo que dijimos acerca de ella en el capítulo XII. Parte 2.<sup>a</sup> de este Tratado, se vendrá fácilmente en conocimiento de lo débil de esta presunción. En el Derecho canónico se leía esta sentencia, que explica perfectamente bien el origen de lo que después se ha apellidado fama pública, *dictum unius facile sequitur multitudo*. Esta es la verdad, y Escribche describe, en nuestro concepto con no-

table exactitud lo que acontece de ordinario, cuando se expresa en estos términos: “Tiene á veces un hombre el capricho de decir una cosa contra otro, sin más fundamento que el de una noticia inexacta ó el de una secreta antipatía, cuya causa le es quizás desconocida á él mismo: los oyentes se complacen en reproducir su dicho en otras partes; las especies se multiplican y van tomando cuerpo; nace la persuasión y se comunica como un contagio; adóptala insensiblemente el vulgo crédulo, que tan fácil es de sorprender, y he aquí formada la fama pública que tal vez condena al inocente. ¿Qué viene á ser, pues, 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 desacreditar á un sujeto virtuoso que se oponía á sus perversos designios, ó que tal vez se propuso burlarse del público” (1).

La prueba indirecta ó de indicios, á pesar de los peligros que ofrece y que sólo pueden evitarse por medio de la observancia estricta de las reglas que hemos dado, contando siempre

---

(1) Acerca de la importancia que pueda tener la voz pública, puede leerse el cap. 6.º de la obra de Domingo Giurati, intitulada «Errores Judiciales.» En él cita un caso ocurrido en Treviso (Italia) en 1886, en el que fué condenado á muerte un inocente, acusado por la fama pública, de haber cometido un homicidio.

con el juicio sereno é imparcial del Juez, cuya sagacidad no debe llevarle hasta dejarse dominar por los fantasmas de su imaginación, tiene notables ventajas, aun en relación con las pruebas directas. Benthan enumera estas ventajas, haciéndolas consistir en tres circunstancias, que en nuestro concepto, pueden reducirse substancialmente á una sola, porque todas reconocen el mismo fundamento. Las enumeraremos sin embargo, tal como Benthan las enumera.

Las pruebas circunstanciales é indirectas, dice, son útiles de tres maneras.

1.<sup>a</sup> Cuanto mayor es la variedad de hechos que se abrazan, más expuesta esta la falsedad á ser descubierta, porque como cada alegación falsa está sujeta á ser desmentida por su incompatibilidad con hechos notoriamente verdaderos, mientras mayor sea el número de estos hechos falsos, mayor será también la probabilidad de descubrirlos.

2.<sup>a</sup> Este conjunto de hechos diferentes habrá sido presentado por diferentes testigos, y cuantos más testigos haya que declaren, tanto más difícil será que se concierten entre sí. Si se trata de probar falsamente una coartada, en proporción que sea mayor el número de los testigos que declaren haber visto al reo en otro lugar cuando se cometió el delito, será más

## 546 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

fácil convencer á cada uno de ellos de iálsedad.

3.<sup>a</sup> Cuando el buen éxito de una mentira no depende sino de un testimonio directo, el autor del delito puede esperar que no llegue á descubrirse; pero cuando para el buen éxito del plan se necesita fabricar, asegurar y destruir otras tantas pruebas circunstanciales, se requiere una habilidad poco común para lograr el resultado. Casos se han dado en que el mismo reo se ha entregado, por decirlo así, á la justicia, ministrando la prueba de su delito, con el mismo instrumento que le sirvió para cometerlo. La fecha de un papel sellado, anterior á la fecha en que se supone otorgado un documento que se intenta hacer valer como auténtico, no advertida por el que se sirvió de él, es un ejemplo de este caso, que ha ocurrido alguna vez (1).

Con lo que hemos dicho hasta aquí, creemos conveniente dar punto á este Capítulo, copiando las siguientes palabras de Mettermair que en nuestro concepto, contienen instrucciones muy útiles para los jueces, á fin de que desde los primeros pasos del juicio fijen su atención en los indicios que pueden aprovecharse después para el descubrimiento de la verdad.

---

(1) Benthan cita un hecho real de esta clase, que según afirma dió materia para que se escribiera una novela inglesa.

«En materia criminal, dice este autor, el Juez instructor debe hacerse las siguientes preguntas:—¿Hay entre las circunstancias especiales que acompañan al delito algunas que designen á un individuo como relacionado de algún modo con el hecho principal?»

¿Puede fijarse la inculpación en un individuo determinado con mayor razón que en cualquiera otro?»

Para responder á estas preguntas importa:

«1.º Determinar qué objetos no se encontraban en el sitio del delito antes de su comisión, y se han hallado en él después que este tuvo lugar, porque el poseedor de tales objetos ha estado probablemente presente en el momento de realizarse el hecho.»

«2.º Examinar las huella que se dirijan hacia el lugar del delito ó se aparten de él: muchas veces sirven para dar señales particulares de tal ó cual individuo, y hacen recaer al punto sobre él las sospechas; otras veces conducen á otro paraje, á donde parece haberse ido el culpable.»

«3.º Investigar si con anterioridad al crimen, ha existido entre tal individuo y la víctima, una relación tal que pueda ponerle en el caso de tener que declarar circunstancias importantes.»

«4.º Si los objetos que en el momento de cometerse el delito se encontraban en lugar de-

## 548      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

terminado, están después en posesión de un individuo y quién es éste.»

«5.º Si las señales y huellas que demuestren haberse hallado presente un hombre en el lugar del crimen, se encuentra que son de una persona determinada.»

«6.º Por último, si en los actos de esta misma persona pueden verse los preparativos del delito ó la manera de haberse procurado los medios de cometerlo.»

«Por lo que hace á la segunda cuestión, el Juez habrá de preguntarse:

«1.º ¿Cuáles son las personas cuya vida perversa ó desarreglada pueda hacer creer que son capaces de haber cometido el crimen?»

«2.º ¿Cuáles son los que desde luego han podido ser los únicos que tomaron parte en él, en razón del conocimiento especial que tenían de las circunstancias, que era absolutamente preciso no ignorar para poder ejecutarlo?»

«3.º ¿Cuáles los que tienen especiales motivos para cometerlo?»

«4.º ¿Quiénes los que por su conducta anterior al hecho, han dado prueba de que no eran extraños á la idea del crimen?»

«5.º ¿Quiénes los que, antes de que se realizase, se manifestaron deseosos ó curiosos de saber tales y cuales pormenores, que importaba muchísimo conociese cualquiera que hubiese resuelto ejecutarlo?»

«6.º ¿Cuáles los que, después de consumado el crimen, han procurado con un interés sospechoso eludir las pesquisas de la justicia ó hacer imposible el descubrimiento del delito?»

«7.º ¿Cuáles aquellas cuya conducta les inspira el temor de ver entablado contra de ellas un procedimiento criminal?»

«8.º Cuáles las que después del hecho, se encuentran en una situación que por sí sola puede explicar su participación en el delito?»

«9.º ¿Cuáles, por último, aquellas cuyo semblante revela inquietud y remordimiento?»

«En todos estos casos, termina diciendo Mettermayer, el hecho que atrae sobre una persona la atención del Juez, sirve de base, de punto de partida al indicio; pero para que de él resulte un estado de sospecha real, es preciso descubrir toda una serie de circunstancias accesorias, cuyas coincidencias vienen á fijar las convicciones del Magistrado; y esto es lo que la ley misma ha reconocido por la definición que da de los indicios.»

## **CAPITULO V**

---

### **División subjetiva de la prueba. Pruebas reales y pruebas personales. Originalidad de las pruebas.**

Cuando acontece en el mundo un suceso cualquiera, una vez que se ha verificado, desaparece; pero no sin dejar huellas que revelen su existencia. Estas huellas pueden ser reales ó morales. Las primeras son, por su naturaleza, inconscientes; esto es, son las cosas que hablan, por decirlo así, sin tener conciencia de lo que dicen; y las segundas son las impresiones producidas en el espíritu humano y que se conservan en él por medio del recuerdo, del remordimiento, etc. Lo que caracteriza á unas y otras y sirve para distinguirlas, es la conciencia que en las segundas tiene la persona en quien han quedado esas impresiones, de que las ha recibido y las conserva, lo que no es posible en las primeras. El sujeto de aquellas es la persona cuyo espíritu recibe la impresión, y la revela conscientemente, resultando un testimonio de persona, ó en otros términos, una prueba personal. De aquí resulta que la persona misma en cuanto presenta modificaciones

percorporales, *es cosa*. Así, la herida que presenta la persona física, no es más que una prueba real.

También conviene advertir que, aunque al hablar de las huellas morales nos hemos referido á los recuerdos, como hechos pasados, porque suponemos que el acontecimiento se verificó antes, habrá también una prueba personal, siempre que se revele conscientemente un hecho interno, aunque sea actual, como las actuales convicciones, la actual voluntad, porque en el momento en que se revela se presenta como ya pasado. Por el contrario, las palabras pronunciadas por el supuesto reo, se pueden considerar como una prueba real, cuando se pronuncian inconscientemente, arrancadas tal vez por el remordimiento, como las que pronuncia Lady Macbeth en el célebre drama de Shackspeare. Lo mismo deberá decirse de una confesión hecha por el acusado en un momento de sonambulismo.

No es menos importante el advertir que no se debe confundir la manifestación verbal ó escrita de las impresiones del individuo, si por sí misma constituye un delito, como sucede cuando se pronuncian amenazas, injurias ó calumnias, con las pruebas personales. El documento falsificado, el libelo injurioso, la carta amenazadora, cuando se someten al Juez, son pruebas reales, en cuanto representa el delito

## 552 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

mismo, y no la revelación de un hecho destinado á hacer fe.

Las dos condiciones esenciales de la naturaleza del testimonio personal, son la conciencia del testimonio, de un lado, dice Framarino, y de otro el destino del mismo para hacer fe de la verdad de los hechos que en él se afirman.

Mas no por eso se crea que para que la prueba sea personal se necesita la presencia material de la persona del testigo. Hay formas del testimonio personal que están separadas materialmente de la persona; pero moralmente unidas á ella. Tal sucede con los escritos, detrás de los cuales el Juez ve siempre la persona moral del testigo, influyendo esta prueba en su ánimo en concepto de la declaración consciente personal.

También conviene tener presente que cuando se trata de las pruebas reales, es indispensable probar la relación que existe entre la cosa y el hecho que se intenta averiguar, ó sea el delito. El arma tiene ó debe tener una relación con la herida en cuanto la forma y dimensiones de ésta, demostrarán si fué ejecutada con aquella arma; la palanca deberá corresponder con la puerta forzada, y la presencia de un veneno sólo tendrá eficacia acusadora, cuando la alteración física del organismo del que se supone envenenado, esté en armonía con la naturaleza de la substancia tóxica en-

contrada en poder del acusado. Para todo esto se necesita, como fácilmente se comprende, que la cosa que constituye la prueba real, sea convenientemente identificada. Si no se tiene la certeza de que ésta es la misma que se vió en manos del supuesto reo ó que se recogió en el lugar donde se cometió el delito, la prueba claudicará por su base.

Esta observación nos conduce á hablar de las pruebas personales y reales en el otro aspecto bajo el cual pueden ser estudiadas, considerando como presente ante el Juez el sujeto de la prueba, ó como lejos de su presencia. Vistas de esta suerte las pruebas, tanto personales como reales, se dividen en originales y no originales; división muy importante como vamos á verlo, poniendo antes algunos ejemplos.

Ticio, como persona consciente, refiere en juicio la escena del delito, según se la ha contado Cayo, que lo presenció. Considerado el testimonio de Ticio, como procedente de una persona, tendremos que tenerlo como personal; pero si atendemos á su substancia, esto es, al contenido de la declaración, veremos que la verdadera prueba del delito no es la declaración de Ticio, que refiere lo que Cayo le ha contado, sino lo dicho por éste.

De aquí nace que la prueba, en este caso, aunque sea personal, no es original, sino que

## 554      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

más bien puede decirse que es la prueba de la prueba del delito.

Tratándose de las cosas físicas, sólo hay una manera de que sean originales, y es su presencia ante el Juez; pero como también hemos considerado como pruebas reales la manifestación de las impresiones del ánimo, es necesario explicar en qué consiste su originalidad. Framarino las llama pruebas reales psíquicas y hace acerca de ellas las siguientes observaciones:

Ante todo, la palabra hablada, como prueba original, sólo puede considerarse en cuanto se pronuncia ante el Juez. Tomando así la palabra inconsciente, y considerando de la misma manera el escrito inconsciente y cualquiera otra manifestación igualmente inconsciente del ánimo, se tiene la más perfecta originalidad. Así, el palidecer del reo, sus temblores, sus palabras proferidas sin darse cuenta de ellas, producidas en juicio, son otras tantas pruebas reales psíquicas, de cuya originalidad no podrá dudarse.

El escrito es una forma de manifestación que físicamente puede separarse del sujeto y presentarse, por lo mismo, ante el Juez, sin que comparezca el que la escribió; mas no por eso deberemos creer que ha perdido su carácter de prueba personal, porque el autor de un escrito está siempre moralmente unido á lo que

escribió; detrás del documento se ve siempre á su autor, y como dice Framarino, en el espíritu del que ha escrito, en su presencia ideológica, está la originalidad del documento que el Juez examina.

Resulta de lo dicho, que las pruebas personales son precisamente en las que conviene distinguir con más empeño la originalidad de ellas. La persona que testifica puede afirmar sus percepciones acerca del hecho que se trata de averiguar, ó bien las que otro ha recibido y á él le ha comunicado. En el primer caso la prueba es original, y en el segundo no lo es.

De la misma manera, cuando se trata de un escrito, que no es más que una forma del testimonio oral, el que lo escribe puede referir lo que percibió por sí mismo ó lo que otro le refirió que antes había percibido. Aquí se ve también en cuál de los dos casos habrá una prueba personal original y en cuál dejará de haberla. Estas dos formas de la prueba personal pueden sufrir multitud de modificaciones; pero todas ellas no serán sino variantes de una misma forma. Las modificaciones pueden consistir, ó bien en los grados intermedios por los cuales tenga que pasar el testimonio oral ó escrito, ó en la combinación de estas dos diversas formas. Por ejemplo, el testigo A refiere lo que le oyó decir al testigo B, que á su vez, no presencié el suceso, sino que lo oyó contar

## 556 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

á otro, y así se puede llegar hasta lo indefinido.

Puede también suceder, que el testigo A haya consignado por escrito, lo que también por escrito consignó el testigo B, el cual copió un escrito dejado por el testigo C, que ya murió, etc.; ó, por último, puede suceder que un testigo declare, no lo que otro le refirió, sino lo que vió escrito por otro testigo, y así sucesivamente.

Poca penetración se necesita para comprender cómo la prueba personal va perdiendo gradualmente su fuerza á proporción que aumenta el número de conductos por donde va pasando.

Benthan, que enumera hasta cinco combinaciones que pueden hacerse de la prueba oral y escrita, en el punto de vista de su originalidad, llama á las pruebas que no son originales, *supuestas*, porque, en efecto, descansan en una simple suposición. «En cada deposición inoriginal, dice, hay dos puntos diferentes: uno que es cierto, otro que *está afirmado* y que sólo se da por *supuesto*: lo que es cierto, es que A declara tal cosa ante el Juez: lo que *está afirmado*, es la cosa misma que declara A. Lo que éste afirma puede ser verdadero ó falso. Ticio dice en presencia del Juez: «Yo he oído á Sempronio referir tal cosa»; pero Sempronio puede no haberla dicho, ó no haberla dicho exactamente como ha sido referida. Así, el epíteto

de *supuesta*, es propio «para estar prevenido contra el efecto de una mera aserción. En todos estos casos, el testimonio supuesto original, se reputa haber sido dado extrajudicialmente; y de aquí el riesgo de fraudes, omisiones y faltas de puntualidad.»

Esta última observación es muy importante y Framarino le da mayor amplitud expresándose en estos términos: «No es inútil advertir que la inferioridad de las pruebas no originales respecto de las originales, no se deriva sólo de las mayores probabilidades ordinarias de engaño, inherentes á la multiplicidad de personas testificantes, pruebas todas que se reducen á una sola cuando se trata del testigo original: derivase también de otra causa. La prueba no original en juicio, supone la original fuera de juicio. Ahora bien, de un lado, el que hace una declaración fuera de juicio, la suele hacer frecuentemente á la ligera, sin pensar ni medir sus palabras. Por otro lado, el que hace esta declaración, no se encuentra frente á las graves penas del falso testimonio, que se ciernen sobre quien depone con las solemnidades del debate judicial. De todo lo cual resulta una mayor facilidad para mentir de parte del testigo original. En cuanto al testigo de oídas, tiene también en muchos casos la esperanza de la impunidad, si miente. Cuando sabe que el testigo original no puede ser interrogado, ó que

## 558 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

el testimonio escrito no ha de ser leído, puede mentir sin miedo, siendo precisamente este el caso en que la crítica criminal permite dirigirse de lleno á la prueba no original. Así, pues, en el testimonio no original personal, además del aumento de las probabilidades de engaño, derivadas de la multiplicidad de las personas testificantes, hay también un aumento, por decirlo así, *intensivo*, en razón de la mayor facilidad para mentir, tanto del testigo original como del transmisor. >

En resumen, á medida que aumentan los grados de la falta de originalidad, aumentan también las probabilidades del engaño. Podemos decir con el mismo autor: que en el testimonio no original de primer grado, á la probabilidad de engañarse y de querer engañar del primer testigo, hay que añadir la misma posibilidad del segundo testigo; á ésta en el de segundo grado es preciso sumar la del tercero, y á la del tercero la del cuarto, y así sucesivamente.

La prueba no original, según esto, es siempre inferior á la no original, y á medida que aumentan los grados de la falta de originalidad y la mayor posibilidad del engaño, aumenta también la inferioridad de tal prueba, hasta perder casi por entero su valor.

Con respecto á la disminución del valor de las pruebas no originales, á medida que au-

mentan los grados, es muy adecuado el símil de la visión á través de varios cristales superpuestos; según aumentan éstos, la claridad con que los objetos se perciben va siendo menor, hasta perderse por completo la visión del objeto contemplado (1).

Las observaciones que anteceden nos demuestran con cuánta razón exigen las leyes positivas, que el testigo dé la razón de su dicho, y también, cuán fundadamente la Ley de Partida (ley 28, lib. 16, pág. 3.<sup>a</sup>) claramente exigía tal requisito y desechaba con igual claridad el testimonio de oídas. « Preguntado seyendo el testigo, decir ha por qué razon ó como sabe lo que dize en su testimonio, si dixere que losabe, por qué estava delante quando fué fecho aquel pleyto ó aquella cosa, ó que la vido facer, es valedero su testimonio. Mas si dixere que lo oyera decir á otro, non cumple lo que atestigua,» y Bonnier cita uno de los adagios de Loysel, que no es otra cosa en su sentir, sino la expresión de la razón y del buen sentido, el cual dice: «Más crédito debe darse á un solo ojo que á dos oídos.»

---

(1) En la célebre causa de Calas, dice Benthán, entre el testigo supuesto inmediato y el testigo deponente, no había menos de cinco intermedios y ni siquiera nombraban el sujeto que, según sus declaraciones, decían, que era á quien se le habían oído las amenazas del padre.

## 560      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

El Código vigente en Veracruz exige que los testigos den siempre razón de su dicho, lo cual deberá hacerse constar en la diligencia (artículo 119); les da crédito, siempre que no tengan tacha, cuando declaran que han oído pronunciar las palabras ó visto el hecho material acerca del cual declaran (art. 177, frac. 2.<sup>a</sup>); y por último, sólo atribuye fuerza de presunción al dicho de un testigo, que lo sea de oídas (artículo 182 frac. 1.<sup>a</sup>).

Resumiendo lo dicho en este capítulo y los anteriores, podemos afirmar que la prueba real es superior á la personal; la original á la no original, y la original oral á la original escrita. La razón natural indica que cuando es posible obtener una prueba superior, no debemos darnos por satisfechos con la que es inferior. La producción de éstas sólo en dos casos puede justificarse:

1.º En caso de imposibilidad de obtener una prueba superior.

2.º En caso de que pueda servir como medio de comparación con una prueba superior producida ya en juicio. Por ejemplo: hay en un juicio una prueba real, surge la duda de que haya sido maliciosamente alterada por un tercero, y se llama á declarar al testigo acerca del estado de la cosa en el momento anterior á la supuesta alteración.

En este caso se tiene un testimonio oral,

personal, original, y puede ser oportuno comparar esta declaración que el testigo original dé en juicio, á la declaración que ha dado otro oralmente fuera de juicio; en tal caso, el testigo no original del hecho, se llama para que refiera las palabras oídas al testigo original presentado en el juicio.

Apenas creemos necesario advertir, al cerrar este Capítulo, que para que la prueba sea original no es necesario que la cosa se presente al Juez, sino que el Juez pueda ir hacia ella. El Juez puede inspeccionar los lugares, medir las distancias, describir los objetos que no es posible transportar; en todos estos casos la prueba es real, y lo único que hay que advertir, es que tal diligencia debe hacerse constar en el juicio, autorizada por el secretario. A este fin se dirige la descripción del objeto materia del delito y de las huellas que haya este dejado. A esto se refiere el art. 48 del Código de Procedimientos penales.

Téngase también presente, que para evitar el inconveniente de que las armas, llaves falsas, ganzúas y otros instrumentos del delito, fuesen unidos á la causa cuando va á revisión, etc., se deben diseñar en los autos, certificándose por el Juez la exactitud del diseño.

Donde está admitido el juicio por jurados, tales instrumentos deben ponerse originales á la vista de los procesados. ¡Tal es la eficacia

que la ley justamente atribuye á las pruebas originales!

## CAPITULO VI

---

### **División formal de las pruebas—Prueba testimonial**

La última parte de la «Lógica de las Pruebas en materia criminal,» tiene por objeto el estudio de estas bajo el aspecto de su forma. ¿En qué forma puede la persona presentar su testimonio en juicio? ¿Bajo qué forma pueden testificar las cosas? Tales son las preguntas que el autor se hace, y á las cuales se propone dar cumplida constestación, estudiando todas las cuestiones que con ellas se relacionan. Siendo tan vasta la materia, nosotros estudiaremos en este capítulo los caracteres propios de la prueba testimonial, lo que la distingue de la prueba documental y de la prueba material, que son las tres divisiones que se hacen de la prueba, en cuanto á su forma. También estableceremos las diversas divisiones que pueden hacerse del testimonio, á fin de que estas divisiones nos sirvan de base para nuestros estudios posteriores.

El testimonio personal, según hemos visto antes, consiste en la manifestación consciente por parte de una persona ya sea de sus propias impresiones ó ya de los hechos internos de su conciencia. Pues bien, el pensamiento humano puede manifestarse bajo dos formas: ó por la palabra hablada, forma pasajera de manifestación, que nace y muere con el sonido de la voz humana, ó bajo una forma permanente cualquiera; y particularmente, por escrito. De aquí la primera división en prueba testimonial y prueba documental. Pero conviene precisar bien estos conceptos. Ya hemos visto, en otra parte, que la prueba personal puede ser también escrita, porque detrás de un papel, en el que se ha expresado alguna cosa por medio de la escritura, el Juez tiene que ver á la persona que lo escribió, la cual está moralmente unida á su obra, si bien físicamente se encuentra separada de ella. Pues de la misma manera, podemos añadir ahora, que no todo escrito es un documento. Para que lo sea, se necesita que sea irreductible oralmente. Framarino enumera tres clases de irreductibilidad:

1.º Lógica, en el caso en que un criterio lógico se oponga á la reductibilidad, como sucede, según dice, en las escrituras no auténticas, que suelen llamarse antilitigiosas, esto es, las que se han redactado, previendo posibles controversias entre las partes,

## 564 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

2.º Material ó física, por muerte ó desaparición del que escribió el testimonio.

3.º Legal, por disposición de la ley, que prohíbe que se pueda oponer una cosa contraria á lo que consta en un instrumento público á no ser en el caso de falsedad.

Dedúcese de aquí que, la declaración de un testigo, será prueba testifical y no documental, cuando se presente bajo la forma oral, ó que, aunque sea escrita, se pueda reproducir oralmente ante el Juez de la causa.

En cuanto á la manera como las cosas pueden testificar, no hay más que una forma, que es, la presentación de la cosa misma. Esta prueba, que hemos llamado original, con relación al sujeto que la constituye, es la que llamaremos material, en el punto de vista de la forma en que se presenta. Se comprende por lo dicho, que la palabra injuriosa, la amenaza, el libelo calumnioso, el documento falsificado, etc., se consideren como pruebas materiales y no documentales del delito, porque constituyen el delito mismo, y no son testimonios personales del hecho delictuoso.

Hechas las anteriores explicaciones, entremos de lleno en el estudio de la prueba testimonial, siguiendo siempre al autor que nos ha servido de guía en este trabajo.

La presunción de que los hombres en general perciben y narran la verdad, dice éste; pre-

sunción que sirve de base á toda la vida social, es también la base de la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en lo particular. Pero como estos motivos de credibilidad están en relación con la aptitud del testigo para conocer los hechos acerca de los cuales declara y de su imparcialidad en referirlos, conviene distinguir las varias clases de testigos que pueden afirmar la existencia de un hecho.

El mismo autor los divide en tres clases: testigos elegidos *ante factum*, esto es, antes del hecho; testigos presentes *in facto*, y testigos elegidos *post factum*.

Los primeros son los que se eligen para que testifiquen acerca de un contrato ú otro acto semejante. Si no nos equivocamos, son los que en el lenguaje de las Partidos se apellidaban *llamados y rogados*, requisito que era indispensable que tuvieran los testigos que intervenían en los testamentos. También tienen ese carácter, los llamados testigos instrumentales.

Como se ve, esta clase de testimonio se refiere al derecho civil, pues en el penal, si bien puede haber testigos de hechos anteriores á la comisión del delito, en realidad el hecho de que dan testimonio es presente y aun puede llegar á constituir un conato ó una tentativa del delito cometido.

Los testigos *in facto*, son los que por ca-

sualidad han presenciado el hecho y están en disposición de referirlo.

Los testigos *post factum*, son aquellos que sirven para testificar ciertas condiciones particulares del hecho no percibidas por el común de los hombres. Estos vienen á ser peritos, y el buen método exige que se hable de ellos separadamente.

El testimonio comprendido en las dos primeras divisiones, puede denominarse común, y á su vez se divide en tres clases:

Testimonio de un tercero.

Testimonio del ofendido.

Testimonio del acusado.

Cada uno de ellos merece una atención especial, la cual le consagraremos en este y en los siguientes capítulos, según lo requiera la extensión de la materia.

Por ahora, para concluir estas observaciones generales, advertiremos que, si bien al tratarse de los testigos se acostumbra decir testigos de vista ó de oídas, en realidad los testigos pueden dar su testimonio acerca de toda clase de sensaciones, y merecer la misma fe respecto de ellas, siempre que no haya otros motivos para temer que se hayan engañado. Framarino, cita por vía de ejemplo, los tres casos siguientes que no dejan de ser curiosos:

Muere un hombre que se cree que fué envenenado; y un testigo declara, que habiendo en-

contrado cerca del cadáver una copa con solución, la probó; pero tuvo que escupirla inmediatamente porque tenía un sabor desagradable. He aquí un testigo que da razón de una sensación del gusto.

Un individuo declara que en una lucha nocturna en que trataron de asaltarle, tuvo ocasión de asir á uno de los asaltantes de los cabellos, y éstos le parecieron gruesos y fuertes; también le tocó el rostro y advirtió que tenía una barba fuerte y bien poblada. Este testigo declara según la impresión que recibió por medio del tacto.

Finalmente, una señora se ha encontrado muerta cerca de su tocador. Tenía una herida mortal y en la mano un pomo de esencia que acababa de destapar. Un testigo declara que, habiendo tenido ocasión de estar cerca del presunto culpable, poco después de la consumación del delito, le llamó la atención el olor que éste esparcía, en todo igual al de la esencia encontrada en el frasco que tenía en la mano la señora que se supone muerta por aquél individuo. El testimonio de este testigo reconoce como causa el sentido del olfato.

El curso natural de nuestras ideas, nos conduce naturalmente á hablar después de lo que hemos dicho, de la fe concreta de la prueba testifical, comenzando por el testimonio de un tercero.

Compréndese desde luego la dificultad de

fijar de una manera exacta el valor de un testimonio. Entiéndase bien que hablamos de testigos exentos de toda tacha, enteramente imparciales y bien instruidos del hecho acerca del cual declaran. Entre dos que tengan estos requisitos, ¿cuál merecerá mayor crédito? de otra manera, ¿cómo se podrá hacer constar el crédito que uno merece, superior al del otro? La cosa es no sólo difícil, sino imposible, y sólo á título de noticia curiosa, haremos mención aquí de la escala ideada por Benthan para medir el valor del testimonio.

Supuesto que en los casos ordinarios y cuando no hay motivo de sospecha, dice el célebre Jurisconsulto inglés, la persuasión del Juez se proporciona á la del testigo y se conforma á ella, representémonos materialmente la imagen de una escala en que se escriban los grados de persuasión positiva (los que afirman la existencia del hecho) y en el otro lado de la negativa.

Cuando se presente un testigo que afirme ó niegue el hecho, se le obligará á que exprese el grado de su persuasión señalando en la escala hasta donde puede llegar. Se sumarán después unos y otros, se verá en cuál de los dos lados de la escala la suma es mayor, y así se tendrá estimada con exactitud matemática la persuasión de los testigos, la cual servirá para formar la del Juez.

Tal sistema es inadmisibile, porque el testigo debe declarar lo que para él es cierto y no probable; y en segundo lugar no es verdad que la persuasión del Juez no sea más que la suma de las persuaciones de los testigos.

Hay, pues, necesidad de dejar el asenso á las declaraciones de los testigos, al buen criterio del Juez, según lo hacen los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

Pero no por eso debemos creer, que la ley ó la Jurisprudencia hayan omitido el dictar reglas muy importantes acerca de los requisitos que deben tener los testigos para que merezcan ser creídos, excluyendo á los que por algún motivo son sospechosos de falta de conocimientos ó de falta de imparcialidad.

Debemos exponer aquí esas reglas; pero para proceder con orden, examinaremos el testimonio y los motivos que hay para admitirlo ó excluirlo en su triple aspecto del sujeto, la forma y el contenido.

El estudio del testimonio, con relación al sujeto, nos obliga á hablar aquí de los testigos idóneos y de los que no lo son. Procediendo por eliminaci6n, diremos que los primeros son los que no se encuentran comprendidos en ninguno de los casos de exclusi6n; y como estos pueden proceder de tres causas, falta de capacidad, parcialidad y secreto profesional, dire-

## 570 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

mos acerca de cada una de ellas lo que sea necesario, para que quede bien comprendida, una materia que no nos parece que ofrezca serias dificultades.

Por falta de capacidad están excluidos de declarar en las causas criminales:

1.º Los infantes, esto es, los que no han cumplido catorce años. La ley nada dice de los locos, mentecatos, etc.; es de creerse que su testimonio estará excluido, porque siendo la declaración de un testigo un hecho consciente, es claro que no puede ejecutarse por quien no tiene la conciencia de lo que hace. Sin embargo, cuando no hubiere otros testigos, se podrá admitir su testimonio, sin perjuicio de estimarlo como se crea prudente.

2.º Los que hayan sido condenados por delito que no sea político, á ciertas penas que señala el artículo 118 del Código de Procedimientos Penales de Veracruz.

Hay delitos que por su naturaleza exigen un rebajamiento del alma no conciliable con el sentido moral; y así, el haber sido condenado por uno de esos delitos, inspira sospecha contra la veracidad del testigo. Por ejemplo, la condena por corrupción de un funcionario público que, por tal modo rebaja la dignidad de su empleo; la condena por ejecución de un mandato criminal, delito que revela la frialdad en el cálculo, y lo torpe del contrato, y en

lo general, la condena por hurto y por falsedad en todas sus variadas formas; todas las condenas, en suma, por delitos que implican bajeza torpe del alma inconciliable con el sentido moral.

Por la misma razón, es también sospechoso el testigo que trafica, envileciéndose, con su cuerpo, como son las mujeres entregadas á la prostitución, y los culpables de los delitos que con éste se relacionan. Esta doctrina es de Framarino.

Según una ley de Partida (ley 8.<sup>a</sup>, tít. 16.<sup>o</sup>, pág. 3.<sup>a</sup>), serán excluidos de ser testigos, por falta de probidad, el hombre de mala fama, el de costumbres depravadas, el monedero falso, el falsificador de documentos públicos ó privados y otros muchos que no hay necesidad de enumerar. Esta disposición fué censurada por los autores, porque excluía á muchas personas cuyo testimonio pudiera ser necesario, y esto por causas que no parecía que tuvieran relación con su presunta falta de veracidad. Lo lógico sería excluir á los condenados por un delito que realmente demuestre la pérdida del sentido moral, según dice la doctrina poco ha citada; pero como esto sería tal vez difícil de determinar; y por otra parte, esta exclusión no es absoluta, puesto que el código vigente admite tales testigos cuando las circunstancias de la causa lo exigen, se ha adoptado un crite-

## 572 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

rio más seguro, y es la calidad y duración de la pena. No pueden, pues, testificar en causas criminales, según el citado artículo, los que hayan sido condenados por delito que no sea político, á prisión de quince años, á la suspensión de algún derecho civil ó de familia; á la suspensión, destitución ó inhabilitación para algún cargo, empleo ú honor; ó en general para toda clase de empleos, cargos ú honores, y con sujeción á la vigilancia de la autoridad política.

Esta exclusión, según hemos dicho, no es absoluta, puesto que si las partes no se opusieron y el Juez lo creyere necesario para el esclarecimiento de los hechos, puede exigir declaración á las personas arriba mencionadas, haciendo constar esta circunstancia. La ley considera, además, como poco inclinadas á decir la verdad, á ciertas clases de personas unidas al reo por vínculos de tal naturaleza, que se identifican, por decirlo así, con él. Estos testigos pudieran tenerse como sospechosos; pero en nuestro concepto, no es esta la verdadera causa de su exclusión.

El fundamento en que esta descansa es de otro orden. Prescindiendo de la mayor ó menor veracidad presunta del testigo, se considera que la ley no debe obligar á nadie á cometer un acto inmoral, y lo sería el que un hijo, por ejemplo, declararse contra su padre, ó bien un

abogado revelase los secretos que su cliente le había confiado. Así es que esta exclusión puede nacer de dos causas, de parentesco ó de los deberes profesionales.

Por la primera de estas causas no pueden ser obligados á declarar los parientes del inculpado, por consanguinidad ó afinidad en línea recta ascendente ó descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el segundo, inclusive. (Arts. 153 C. P. p. D. F.) La ley considera como comprendidos en esta causa de exclusión, al tutor, curador ó pupuilo del mismo inculpado. Todas estas personas, pueden, sin embargo, declarar, si quieren, siempre que el Juez les advierta que no tienen tal obligación. La ley, en este punto, ha respetado los vínculos naturales, según aquél principio que dice: *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*.

Están excluidos de dar su testimonio, por razón de sus deberes profesionales, aquellas personas á quienes la ley prohíbe revelar los secretos que se les han confiado, tales son los confesores, médicos, cirujanos, comadrones, parteras, boticarios, abogados y apoderados; bien entiendo que esta exclusión sólo se refiere á aquellos hechos que se les han comunicado en calidad de secretos. Aunque el Código no lo dice, etendemos que deben tenerse también como exentos de la obligación de declarar, los

## 574 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

notarios públicos, á quienes el artículo que hemos citado no enumera, y los telegrafistas; unos y otros en lo relativo al desempeño de sus respectivas profesiones, (art. 117 del Código de Procedimientos penales y 736 del Código penal de Veracruz, 154 C. P. p. y 268 C. P. D. F.)

Tampoco pueden ser examinados, como testigos, contra su voluntad, los que hayan intervenido ó estén interviniendo en la causa como defensores, agentes del Ministerio Público, Secretarios, Jueces, Asesores ó Magistrados.

Al lado da estas exclusiones que se encuentran en las leyes positivas y que son fáciles de comprender y apreciar, los autores citan algunas otras que se fundan en cualidades personales del testigo. Estas no destruyen por completo la fuerza del testimonio; pero sí lo pueden debilitar notablemente. Hay cualidades personales, dice Framarino, que implican la facultad de equivocarse, y una de ellas es la debilidad permanente ó transitoria de la inteligencia (1).

Es necesario, pues, asegurarse de que el tes-

---

(1) Dos cosas, dice Glassford, son necesarias para dar crédito al testimonio de un testigo en razón de su inteligencia y conocimiento, á saber: un grado ordinario de capacidad mental que le habilite para entender la materia de la prueba, y suficiente oportunidad de haber adquirido el informe que de ella va á dar,

tigo, por su edad y demás circunstancias, según la naturaleza de los hechos, sobre los cuales está llamado á testificar, tiene la capacidad intelectual suficiente para referir con exactitud sus impresiones; y no lo es menos, que sus sentidos estén sanos.

Así, la miopía hará sospechoso el testimonio de un testigo de vista. Y como la debilidad intelectual puede ser también transitoria, conviene, igualmente, tener en consideración esta circunstancia. Un estado de sobreexcitación ó abatimiento, así como una momentánea perturbación física, pueden destruir ó disminuir el normal funcionamiento de los sentidos y de la inteligencia, no permitiendo percibir serena y exactamente los hechos particulares respecto de los cuales el testigo está llamado á deponer.

Al lado de estos motivos generales de sospecha, fundados en la posibilidad del engaño, hay otros que podemos considerar como particulares. El autor á quien hemos venido siguiendo en el curso de este estudio, los hace nacer de tres causas, *el amor de sí mismo, el amor á los demás, y el odio contra los demás.*

Prescindiendo de esta división puramente teórica, podremos señalar como sospechoso por la primera causa, en primer lugar, al acusado, tanto en lo que declara en beneficio propio, como al declarar contra sus socios ó cómplices; por la misma razón es sospechoso, dentro de cier-

tos límites, *ofendido*, y en lo general todas aquellas que deponen en propio descargo, como los denunciantes ó tienen algún interés, como los que son partícipes en las multas.

Por la segunda causa son sospechosos los dependientes y personas allegadas, ya sea al acusado ó ya al acusador por vínculos de amistad, parentesco ó dependencia, y por una razón contraria lo son los enemigos de uno ó de otro.

Aun puede considerarse como un caso de odio, contra sí mismo, que haría sospechoso el testimonio del acusado en lo que pudiera perjudicarlo, el de un individuo dominado por la manía del suicidio, acusado de un delito que mereciera pena capital.

Mas debe advertirse que todos estos motivos de sospecha, ya absolutos, ya relativos, no nos llevarán á excluir por completo, el testimonio, sino sólo á precavernos contra los peligros de una fácil credibilidad. Nos parece muy oportuno copiar aquí las siguientes reglas, que en forma de aforismos trae Framarino, y dicen así:

1.º *La debilidad de la inteligencia ó del sentido no debe inclinarnos necesariamente en pro del error del testigo.*

2.º *El no poseer fuerza suficiente que oponer como obstáculo á la mentira; por no ser bastante vigoroso el sentido moral, motivo absoluto de sospecha por incapacidad moral, no debe*

hacernos advertir nunca que no debe esperarse del testigo la verdad.

3.º *El tener una pasión que combatir*, en un caso concreto, motivo relativo de sospecha, por incapacidad moral, no implica desde luego, que tal obstáculo quede siempre vencido, y por tanto, que siempre se mienta.

En resumen, diremos con el mismo autor, que para valuar subjetivamente un testimonio, no basta desde el punto de vista de la posibilidad del engaño del testigo, fijarse en los motivos de sospecha: es preciso también, tener en cuenta las particulares condiciones de sus sentidos y la fuerza de su inteligencia y memoria, así como sus conocimientos especiales en la materia del testimonio. Por lo demás, al poner los conocimientos del testigo en relación con la materia de su declaración, el Juez puede obtener cierta luz de otro género; el testigo que se presentase á declarar sobre materias que se suponen extrañas ó superiores á sus conocimientos, debe ser interrogado para que diga cómo posee los conocimientos que su declaración implica, y de este modo, obligado á razonar, podrá llegarse á descubrir si ha habido alguna sugestión ejercida sobre él, ya enseñándole de memoria una declaración, ya preparándole para el momento, con las indicaciones de conocimientos propios del caso.

A estas enseñanzas de la ciencia, corres-

ponden los preceptos de la legislación positiva, el art. 179 del Código de Procedimientos penales de Veracruz concordante del 216 C. P. p. D., exige que el Juez, para apreciar el valor del testimonio oral, tenga presentes estas circunstancias, aun cuando se trate de un testimonio hábil.

1.º Que el testigo por su edad, capacidad é instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto.

2.º Que por su probidad, por la independencia de su posición, y por sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

3.º Que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo, y no por indicaciones ni referencias de otras personas.

4.º Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales.

5.º Que el testigo no haya sido obligado por fuerza de miedo, ni impulsado por engaño, error ó soborno.

La variación del testigo en la relación de los hechos y circunstancias, y su vacilación é incertidumbre, hacen incierto y despreciable su testimonio, dice el mismo autor.

Se ve, por lo que antecede, cuán amplio

campo tiene para ejercitarse en esta materia, la sagacidad y penetración del Juez; y se comprende igualmente la influencia que en la legislación han tenido que ejercer los consejos del buen sentido y de la sana crítica sobre las fórmulas del sistema probatorio legal. Téngase presente que á demostrar la conformidad entre la lógica judicial y los preceptos de la ley, donde tal conformidad existe, y á procurarla donde no la hay, tienden las doctrinas contenidas en este libro.

Tenemos todavía que examinar el testimonio bajo sus otros aspectos; pero siendo demasiado amplia la materia, suspendemos aquí nuestro estudio, para continuarlo en el Capítulo siguiente.

## CAPITULO VII

### División formal de la prueba--Prueba testimonial

En el Capítulo que antecede, estudiamos el valor legal del testimonio con relación al sujeto: en el presente debemos estudiarlo con relación á su forma y á su contenido.

Es indudable que la forma con que se presenta el testimonio puede aumentar ó dismi-

## 580 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

nuir los motivos de credibilidad que obran en nuestro espíritu. La manera como el testigo se expresa, pone de manifiesto su ánimo é intención; y la forma que la ley establece para recibir su testimonio influirá del mismo modo, en su veracidad; y por lo mismo, en la fe mayor ó menor que se deba dar á sus declaraciones. De una y otra cosa hablaremos en seguida, añadiendo después las observaciones que sean procedentes respecto al contenido de las declaraciones.

Tres circunstancias que lo hagan sospechoso pueden notarse en la deposición de un testigo, en cuanto á la manera de presentar su testimonio. Estas tres circunstancias son, según Framarino: *la animosidad, la afectación y la identidad preparada.*

La falta de serenidad del testigo, disminuirá la fuerza probatoria de su declaración, porque pondrá de manifiesto, á pesar suyo, la pasión que le domina y que propenderá á engañarle á sí propio ó á hacer que engañe á los demás. Lo mismo deberá decirse cuando el testimonio se produzca con afectación, supuesto que esta revela estudio, preparación y esfuerzo, que hacen sospechar una mentira. El lenguaje de la verdad, siempre es natural, sencillo y espontáneo.

En cuanto á la identidad preparada, he aquí las palabras del autor citado, las cuales copiamos con tanto mayor empeño, cuanto que se

refieren á un caso no poco común en la práctica: «cuando en el texto de varios testimonios se advierte *eumdem præmeditatum sermonem*; esta identidad no natural, de forma, hace suponer identidad de inspiración, ó sea, concierto previo para coincidir en las declaraciones; lo cual no puede menos de constituir una causa de descrédito, que en ciertos casos llegará hasta destruir el valor probatorio del testimonio, pues bien se comprende que los conciertos previos se necesitan para poner de acuerdo testimonios amañados, mientras los testigos veraces pueden esperar que la verdad de sus dichos coincida de un modo espontáneo.»

Ya hemos dicho en el Capítulo anterior, lo que prescribe el Código vigente de Veracruz, relativamente á la manera como los testigos suelen expresarse en sus declaraciones, á sus vacilaciones é incertidumbres; no creemos necesario repetir lo que allí dijimos.

En cuanto á las formas que podemos llamar exteriores, establecidas por la ley para dar valor y fuerza al testimonio, la primera y la más importante es la comparecencia del testigo ante el Juez. Así lo exige, no sólo la solemnidad y trascendencia del acto que se va á ejecutar, sino también la necesidad, ó cuando menos la conveniencia, de que el Juez conozca al testigo, y por su manera de presentarse ante él, ó de expresarse, pueda juzgar mejor de la verdad

## 582 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

ó falsedad de su declaración. El Código vigente impone en general á todos los ciudadanos la obligación de ocurrir á declarar en los negocios criminales; y sólo permite que se les reciba declaración en su casa; en primer lugar, por causa de imposibilidad, á los enfermos, ó impedidos; y por consideración á las funciones públicas que desempeñan, al Gobernador, Magistrados, Diputados á la Legislatura del Estado y Secretario de Gobierno. Como debe suponerse, la declaración deberá recibirse por el Juez en presencia de su secretario.

Respecto de los testigos ausentes, podrán ser examinados por medio de exhorto dirigido al Juez de Paz de su residencia, si estuvieren impedidos y se encontraren dentro de la jurisdicción territorial del Juez, ó por el Juez de 1<sup>a</sup> Instancia respectivo, si residieren en otro Cantón del Estado, ó en otro Estado de la República.

El segundo requisito es la publicidad. Los defensores del sistema de enjuiciamiento por medio de jurados, han hecho grande hincapié en esta circunstancia, que no se logra, á lo menos de una manera completa, en el procedimiento antiguo.

Se ha dicho con verdad, que sólo por medio de las declaraciones públicas en los debates entre los testigos y el acusado, se obtendrá lo que se ha llamado la sanción social, que debe

obrar tanto en los Jueces como en los testigos. Para sostener públicamente una mentira en presencia del acusado, del Ministerio Público, de los individuos que forman el jurado, y de un concurso más ó menos numeroso de individuos que concurren á esos actos, se necesita seguramente mayor audacia, que para mentir delante del Juez en el interior de su gabinete.

Pero como esta cuestión es extraña á nuestro intento, dado que nos llevaría á discutir los motivos que pueda haber para dar la preferencia al juicio por jurados respecto del enjuiciamiento común, y á investigar las causas por las que el primero no ha podido implantarse en el Estado de Veracruz, nos limitaremos á decir que en los artículos 130 y 131 del Código, se dispone que cada testigo sea examinado separadamente por el Juez y en presencia del secretario, y que á esta diligencia no deben asistir sino estas personas, salvo el caso de que el testigo sea ciego, sordo-mudo ó que ignore el castellano, en el cual caso le acompañará otro testigo que firme por él la declaración, ó se necesitará la presencia de dos intérpretes, respectivamente.

De estos preceptos del Código de Procedimientos penales, dedujeron algunos abogados que el juicio criminal, á lo menos durante la instrucción, conservaba el carácter de reservado que

## 584      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

tenía antiguamente; al paso que otros, fundándose en algunos artículos del mismo Código, sostenían lo contrario.

Esta diversidad de pareceres dió motivo á una razonada discusión, sostenida por los defensores de las dos opiniones contrarias, la cual terminó con la reforma del artículo 226 de dicho Código, hecha por iniciativa del Tribunal Superior del Estado. Es conveniente conocer los fundamentos en que este elevado Cuerpo se fundó al dirigirse á la Cámara Legislativa (1); y por este motivo copiamos de ese importante documento los párrafos siguientes: «Recientemente, dice el Presidente del Tribunal, se ha suscitado entre los abogados de nuestro foro una discusión relativa á la publicidad ó secreto de la instrucción criminal, y el conflicto de opiniones se ha hecho sentir aun en el seno del H. Tribunal, cuyas dos Salas de 2ª Instancia, han dictado resoluciones opuestas emanadas del diverso criterio que sobre la cuestión debatida, tienen formado los miembros que las constituyen.»

«No es este el lugar oportuno para volver sobre argumentos ya ampliamente expuestos

---

(1) Esta discusión se sostuvo en los periódicos intitulados *El Orden* y *El Foro Veracruzano*, de Veracruz, por los meses de Julio y Agosto de 1899. La iniciativa del Tribunal se publicó en el número 14 de *El Orden*, correspondiente al 19 de Julio de 1900.

aun por la prensa; pero sí es del caso hacer notar, que la interpretación de los preceptos fundamentales de nuestro enjuiciamiento criminal, hecha con entera sujeción á las enseñanzas de la ciencia del derecho, no conduce á otra consecuencia, que la de haberse adoptado en él, como sistema, la reserva relativa del sumario. Si esto es indiscutible para cualquier espíritu que entre con serenidad al estudio de dicha cuestión; si por otra parte, el éxito de los procedimientos encaminados á la averiguación de los delitos y castigo de los delincuentes, interesa hondamente á la sociedad, á la cual no debe sujetarse á lucha desigual contra los esfuerzos incondicionales de los reos y sus defensores, que para eludir los efectos de su responsabilidad, llegan, á veces, á no reparar en la eleccion de los medios, se impone la necesidad de prescribir por medio de un precepto expreso de la ley, la adopción del sistema antes expresado, ya que el principal argumento aducido por los sostenedores de la tesis de la publicidad de instrucción, se basa en la inexistencia de ese precepto.»

A consecuencia de tal iniciativa, el artículo 226 del Código de Procedimientos penales, quedó adicionado con estas palabras: *Desde este momento será público el proceso.*

Debemos advertir, que la discusión se promovió con ocasión de haberse escrito por al-

## 586 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

guno, que los defensores no debían imponerse del proceso, sino hasta que terminara la instrucción.

La última de las circunstancias exteriores, que pueden contribuir á aumentar ó disminuir el crédito que merece el testimonio, es lo que se ha llamado la sanción de él, esto es, la consideración del daño que puede resultar al testigo, de faltar á la verdad. Benthan enumera hasta cuatro sanciones diferentes, que pueden contribuir á que el testigo se exprese con verdad, y son la *sanción natural*, que consiste en la pena que ocasiona el esfuerzo y el trabajo que cuesta la mentira, pues la verdad viene por sí misma á ponerse en los labios del testigo y se necesita una especie de violencia para echarla fuera y substituir en su lugar una falsedad; la *sanción moral* ó del honor, que como su nombre lo indica, consiste en la deshonra que recae sobre el que á sabiendas miente ante la justicia; la *sanción religiosa*, que depende de la creencia en los castigos que en esta ó en la otra vida, tiene que sufrir el que miente con perjuicio de otro; y por último, la *sanción legal*, que no es otra cosa sino el temor que inspiran las penas con que la ley positiva amenaza á los que son condenados por el delito de falsedad.

De estas sensaciones podemos decir que casi no queda sino la última: la primera es muy

débil, si bien todavía puede existir; la segunda casi no tiene importancia, desde el momento en que el proceso es secreto y es difícil que en la sociedad se sepa en qué términos declaró un testigo; la tercera fué abolida desde que se suprimió el juramento como formalidad indispensable para el valor del testimonio. Sólo queda, pues, la sanción legal y á fin de que esta sea efectiva, dispone el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales, que antes de que declaren los testigos se les den á conocer las penas que el Código impone á los que declaran con falsedad.

El juramento que se prestaba antiguamente, ha sido substituido con la protesta de decir verdad, solemnidad indispensable para el valor legal del testimonio; y sobre este particular, en calidad de recuerdo histórico, se nos permitirá decir aquí cuatro palabras.

Antiguamente hasta los reos juraban producirse con verdad acerca de los hechos que iban á declarar; y como esto podía ser, y de ordinario era en perjuicio suyo, resultaba el conflicto entre el interés y el respeto á la religión, pues hasta el Derecho natural nos obliga á evitarnos todo daño. Contra tal abuso se levantó la voz de los publicistas en los principios del siglo pasado, y mediante sus enseñanzas y con apoyo de sus doctrinas, se previno en la Constitución española de 1812, que estuvo

vigente en México, aunque por pocos años, (artículo 291), que la declaración del procesado fuera sin juramento, que á nadie debería tomarse en materias criminales sobre hechos propios.

Sólo quedó subsistente la obligación de prestar el juramento, de parte de los testigos, y aunque también fué combatida por algunos publicistas, subsistió entre nosotros, hasta la ley que declaró la independencia entre la Iglesia y el Estado.

En la obra de Caravantes pueden verse las razones que se hacían valer en favor ó en contra, del precepto legal que exigía el juramento para la validez del testimonio. Nosotros creemos que en la República fué abolido no tanto por las razones que lo combatían, bien refutados, en nuestro concepto por Caravantes, sino porque tal abolición era una consecuencia que se deducía lógicamente de la independencia entre la Iglesia y el Estado, proclamada por la Ley de 6 de Diciembre de 1860 (1).

---

(1) Caravantes. Tratado filosófico, histórico y crítico de Procedimientos judiciales. Lib. 2.º, tít. 6.º, lec. V, pág. 90. Es conveniente añadir que la fórmula del juramento se hallaba de acuerdo con las creencias y las prácticas de los respectivos cultos. Si los secueces de alguna secta tenían prohibición de jurar, bastaba que protestasen decir la verdad, en la inteligencia de que la violación de esa promesa, les haría merecedores de las mismas penas señaladas á los perjuros.

No subsiste, pues, en la actualidad, como eficaz, según hemos dicho, más que la sanción legal, que consiste en conminar al testigo con que sufrirá las penas de la ley si falta á la verdad.

Pertenece también á la forma en que se deben recibir los testimonios, y por lo mismo es una circunstancia que, aunque de una manera indirecta, pueda conducir al descubrimiento

---

(Curia Filípica Mexicana, sec. 33, Parte 1.<sup>a</sup>, párrafo 747). Son curiosas y á título de recuerdo histórico, deben leerse las Leyes 1.<sup>a</sup>, 20 y 21 del tít. 11, de la Parte 3.<sup>a</sup> que traen la fórmula del juramento que debían prestar los católicos, los judíos y los moros. No los copiamos por ser muy largas. El art. 9.<sup>o</sup> de la ley de 6 de Diciembre de 1860, que abolió el juramento, dice así: «Se declaran válidos y consistentes todos los derechos, obligaciones y penas legales, sin necesidad de considerar el juramento á veces conexo con los actos del orden civil. Cesa, por consiguiente, la obligación legal de jurar la observancia de la Constitución, el buen desempeño de los cargos públicos y de diversas profesiones, antes de entrar al ejercicio de ellos. Del mismo modo cesa la obligación de jurar ciertas y determinadas manifestaciones ante los agentes del fisco, y las confesiones, testimonios, dictámenes de peritos y cualesquiera otras determinaciones y aseveraciones que se hagan dentro ó fuera de los tribunales. En todos estos casos y en cualquier otro en que las leyes mandaban hacer juramento, será éste reemplazado en adelante, por la promesa explícita de decir verdad en lo que se declara, ó de cumplir bien y fielmente las obligaciones que se contraen.»

## 590      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

de la verdad, la manera como los testigos han de ser interrogados. En los juicios por jurado, el Ministerio Público y el defensor del reo, pueden hacer á los testigos las preguntas que juzguen oportunas, y el cuestionario que el Juez somete á la decisión de los jurados, es materia de discusión; en el procedimiento adoptado entre nosotros, no sucede lo mismo. Es cierto que el representante de la sociedad y el defensor del reo, por vía de prueba, pueden pedir la ampliación de las declaraciones de los testigos; pero se comprende bien cuán poco eficaz tiene que ser este recurso comparado con la discusión verbal. Por lo demás, es indudable que la manera como los testigos son interrogados, puede influir mucho en sus declaraciones, bien por la mayor ó menor claridad de las preguntas que se les hagan, bien por la manera como se les dirige la palabra, intimidándoles algunas veces é inspirándoles confianza en otras.

Nuestro Código no comprende sobre este particular ninguna instrucción, y el de 1869 contenía algunas, relativamente á la declaración preparatoria del reo, de las cuales haremos mención en su lugar oportuno.

Por ahora sólo diremos, que la ley quiere que los testigos ratifiquen en el acto lo que han declarado, para lo cual debe leerseles íntegro, con toda precisión y claridad. Con fre-

cuencia se ve en la práctica que los testigos incurrían en contradicciones; y cuando se les advierten, dicen que no habían entendido bien su anterior declaración (artículos 135, 136 y 139 del Código de Procedimientos penales).

Esta costumbre de la ratificación, viene de las leyes de Partida. La ley 26 del lib. 16, Part. 3.<sup>a</sup>, decía refiriéndose al testigo: «E cuando acabare de dezir, deve entonces el Juzgador començar á fablar é dezirle: Agora escucha tu á mí, ca quiero que oyas, si te entiendo bien é debe entonces recontar lo que el testigo dixere, etc.»

La valuación del testimonio, con relación á su contenido, nos llevaría demasiado lejos, y casi puede decirse, que no corresponde hablar de ella en este Tratado. Refiérese, en efecto, esta circunstancia, á lo que de increíble, incomprensible ó inverosímil, puede contener el testimonio; y como se ve, este campo es demasiado vasto y correspondería recorrerlo más bien á la Lógica que á un tratado teórico sobre las pruebas.

Nosotros recordamos haber leído en los antiguos prácticos, aunque refiriéndose á la confesión del reo, que no debería ser creído, cuando confesaba un hecho contrario á la naturaleza, como si uno declaraba que tenía un hijo cuatro años de edad menor que él; y entendemos que el mismo criterio deberá prevalecer

## 592 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

respecto del contenido de las declaraciones de los testigos. Si la ley ha sido en este punto deficiente, porque sin duda no creyó de su competencia declarar qué reglas deben regir para juzgar si un hecho es ó no imposible, no sucede lo mismo con los expositores.

Bentham consagra todo el libro 8.º de su Tratado de las pruebas á hablar de lo improbable y de lo imposible. Con tal motivo establece estos principios: 1.º Que lo imposible es indefinible; 2.º, que no hay hechos reconocidos absolutamente como increíbles. Desciende después á estudiar algunos hechos que se desvían del curso ordinario de las cosas y pone ejemplos adecuados.

Esto, no obstante, no estará por demás decir algo sobre el particular, porque la probabilidad é improbabilidad de los hechos, lo mismo que su verosimilitud ó inverosimilitud, no se presentan siempre con la misma claridad. Una y otra vienen á confundirse en cuanto que hacen creíble ó increíble el testimonio. Así es que, para expresarnos con más exactitud, hablaremos de las declaraciones verosímiles ó inverosímiles, esto es, creíbles ó increíbles.

La inverosimilitud, como la incredibilidad, pueden referirse tanto á los hechos que el testigo afirma como á la manera como asegura que los percibió. Si el testigo afirmare haber visto que una niña de poca edad había agredido á

un joven vigoroso, lo había hecho caer al suelo y lo había pisoteado, su relato merecería poco crédito por lo inverosímil de los hechos referidos. De la misma manera si el testigo repitiese pormenorizadamente las palabras que habían pronunciado los contendientes en una lucha que se verificó entre ellos y que el testigo asegura haber presenciado á una distancia de doscientos metros, poca fe merecería su dicho, porque no es posible que palabras pronunciadas á esa distancia se puedan percibir con claridad.

Como el testimonio tiene por objeto reproducir, por decirlo así, los hechos sobre los cuales recae, y todo hecho tiene que ser por su naturaleza concreto y determinado para que constituya un delito, resulta que el testimonio tendrá mayor valor, mientras mejor determine los hechos que afirma, disminuyendo su fuerza á medida que los presente menos determinados. Ejemplo de un testimonio que no determina el hecho: cien testigos afirman que Ticio mató á un hombre. ¿Pero quién era ese hombre? ¿Dónde se verificó el homicidio? ¿Por qué causa se cree que lo mató? Mientras no se conteste á esas preguntas, el testimonio será indeterminado; y por numerosos que sean los testigos, su dicho no podrá servir de fundamento á una condena.

Los Jurisconsultos antiguos comprendían en

## 594      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

las siguientes palabras, fáciles de retener en la memoria, las preguntas á que es necesario que contesten los testigos, para quitar á sus dichos el carácter de indeterminados é indefinidos. Claro está que no es necesario que respondan á todas; pero sí, que el testimonio será más completo á proporción que sea mayor el número de preguntas que sean contestadas. ¿Qui? ¿quid? ¿ubi? ¿quibus? ¿auxiliis? ¿cur? ¿quo modo? ¿quando?

Si la ideterminación vicia el testimonio, con mayor razón deberán viciarlo la incertidumbre y las contradicciones.

Las contradicciones pueden existir entre las declaraciones del mismo testigo, ó de un testigo con otro.

En cuanto á la primera, luego se ve que hay que negar fe á testigos que se contradicen á sí mismos, y á estas contradicciones se refiere el artículo 179 del Código de Procedimientos penales que hemos citado antes.

Por lo que hace á las contradicciones de un testigo con otro, nos bastará recordar aquí lo que dijimos en la Segunda Parte de este Tratado, al hablar de la prueba testimonial en materia civil, acerca de la diversidad que puede haber en las declaraciones de los testigos. Como recordarán nuestros lectores, la diversidad puede ser acumulativa diversificativa y obstativa, esto es, puede consistir en referir el hecho

con diferentes circunstancias que no cambien su esencia, y que por el contrario, más bien sirvan unas para confirmar las otras; puede haber en realidad diversidad, pero no contradicción; ó puede por último existir esta. Claro es que de esta última se trata, cuando se dice que hay diversidad obstativa, la cual nulifica el testimonio, porque no siendo posible que el hecho, en cuanto á lo substancial, se haya verificado de dos maneras diferentes, habrá que atenerse á lo que resulta de otras pruebas. Creemos inútil insistir en un punto tan claro y del cual ya hemos hablado.

El testimonio que está libre de los vicios que hemos enumerado, es el testimonio perfecto, al cual llaman algunos autores, testimonio clásico. Nada más tendríamos que decir acerca de él, si no fuese porque encontramos en Framarino algunas observaciones que no serán inoportunas en este lugar.

El testimonio clásico, según este autor, puede proceder de un tercero, que no tiene carácter ninguno oficial, ó de una persona que ejerce cierta clase de funciones, que tienen por objeto prevenir los delitos, ó bien auxiliar á las autoridades encargadas de castigarlos. Del primero ya se ha dicho lo bastante. Sólo hablaremos en este lugar del segundo.

Framarino hace acerca de este particular, las siguientes reflexiones que copiamos aquí,

## 596 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

compendiándolas. La superioridad del testimonio que podemos llamar oficial, sobre el testimonio común, estriba en las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> El funcionario público, no por serlo, está llamado á testificar acerca de todos los hechos que pueden caer bajo el testimonio de sus sentidos, sino sólo acerca de aquellos que se relacionan con las funciones que desempeña; y siendo esto así, debe presumirse que el Estado no le ha dado el encargo especial de testificar acerca de ellos, sino porque le ha considerado con la capacidad intelectual y demás condiciones necesarias para percibir con exactitud aquellos hechos que está llamado á consignar. Esto por lo que se refiere á la primera condición del testigo, que es que no se haya engañado. 2.<sup>a</sup> En cuanto á la segunda, esto es, no querer engañar ó sea su capacidad moral, obra á su favor la misma presunción. En el testigo oficial, además de la razón general de que todo hombre es inclinado á decir la verdad siempre que la pasión ó el interés no perturben su conciencia, hay que añadir el deber que le imponen sus funciones oficiales y la mayor responsabilidad que nace del oficio que desempeña.

Se ve, pues, que en términos generales, y donde no haya motivos de carácter especial que hagan dudar del acierto en la elección de ciertos funcionarios y agentes de la autoridad,

el testimonio de éstos debe considerarse como de mayor peso que el testimonio común. Así, á lo menos, lo aconsejan la razón y el buen sentido.

Después de lo que hasta aquí hemos dicho, parece que no es necesario repetir aquí disposiciones del Código de Procedimientos penales, que son fáciles de comprender y que pueden verse en el texto original, como son las contenidos en el artículo 136, que manda que las declaraciones se redacten con toda claridad, usando, si es posible, las mismas palabras empleadas por el testigo; del 137 y 138, que advierten respectivamente que se manifiesten al testigo los objetos que existen en poder del juzgado y se relacionen con el delito, para que los reconozca, ó que se le conduzca á los lugares donde hubiere vestigios permanentes del delito, con el fin de que haga las explicaciones convenientes; la de los artículos 143 y siguientes, que hablan de los intérpretes, por cuya mediación deben declarar los testigos que no saben el idioma español y otros semejantes.

Hemos dicho que la prueba testimonial, por perfecta que se le suponga, no carece de peligros, y así es en efecto. Por desgracia, es la que desempeña de ordinario el principal papel en las causas criminales, así como la prueba documental lo desempeña en los negocios civiles. Esta circunstancia nos ha obligado á ser tal vez

difusos al hablar de ella en este y el anterior Capítulo; pero hemos querido no omitir nada de lo que nos ha parecido substancial y que hemos encontrado en las doctrinas de los autores que han consagrado sus desvelos á ilustrar la importante materia de las pruebas judiciales.

No estará demás antes de poner punto á las observaciones contenidas en estos capítulos, relativas al testimonio del tercero, y antes de hablar del testimonio del ofendido y de la confesión del procesado, copiar las siguientes palabras del jurisconsulto español D. Joaquín Escriche, que se refieren á la falibilidad de la prueba testimonial. «La razón exige para condenar, dos testigos á lo menos, dice este autor, porque entre un testigo que afirma y un acusado que niega hay empate, y es necesario un tercero que decida la discordia. Pero ¿basta en todos los casos para hacer prueba plena dos testigos contestes é invariables en sus declaraciones? La experiencia nos enseña cuán fácil es encontrar hombres que no teman atestiguar falsamente, con aire de reposo y seguridad, hechos que ignoran; y aun prescindiendo del soborno y de la mala fé ¿no hemos visto y vemos cada día, no sólo dos sino muchos hombres preocupados, engañarse y creer que han visto lo que no vieron, especialmente cuando los espíritus están agitados y cuando el fanatismo político ó religioso les fascina? ¡Cuántos

tristes ejemplos pudiéramos citar de casos sucedidos en nuestros días! Pero contentémonos con repetir la antigua y pública aventura de La Pivardière. Madama de Chauvelin, casada con este individuo en segundas nupcias, fué acusada de haberle hecho quitar la vida alevosamente en su casa. Dos criados fueron testigos del asesinato; su propia hija oyó los gritos y las últimas palabras de su padre: una de las criadas, hallándose enferma en peligro de muerte, juró en el acto de recibir los sacramentos que su dueña había visto matar á su amo; otros muchos testigos vieron la ropa ensangrentada y no faltaron quienes oyeran el fusilazo con que se había dado principio al homicidio. La muerte, en fin, resultó bien averiguada; y sin embargo, no había habido fusilazo, ni sangre derramada, ni persona muerta. El resto de la historia es todavía más extraordinario. Vuelve La Pivardière á su casa, preséntase al Tribunal que iba á tomar venganza de su muerte; los Jueces le sostienen en su cara que ha sido asesinado, que es un impostor por decir que todavía vive, que debe ser castigado por mentir así á la justicia; que las pruebas del proceso son más dignas de crédito que él, y duró todavía diez y ocho meses esta causa criminal antes que el pobre hidalgo pudiera obtener sentencia que le declarase vivo!»

## 600      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

### CAPITULO VIII

---

#### **División formal de la prueba.--Prueba testimonial.--Testimonio del ofendido-- Prueba pericial.**

El ofendido, no por serlo, deja de ser un testigo importante, cuyo testimonio hay necesidad de valuar con estricta imparcialidad, á fin de no darle mayor eficacia que la que debe tener, ni desecharle sin razón. Lejos de ser de poca importancia el testimonio del que ha sido víctima de un delito, es á veces de tanto peso, que hay casos en que la justicia no cuenta con otro auxilio para el descubrimiento de la verdad. Vamos, pues, á hacer algunas observaciones acerca del testimonio de la parte agraviada, y añadiremos después algo acerca de los peritos, que pueden considerarse, bajo cierto aspecto, como testigos de un carácter especial. De esta suerte podremos después consagrar toda nuestra atención al testimonio del acusado, ó sea, á la confesión del reo, materia abundante en reflexiones de grande interés para los Jurisconsultos.

El ofendido es un testigo, y como tal, su testimonio está sujeto á las mismas condiciones

que el de todos los demás individuos que con ese carácter declaran en la causa. Debemos, por lo mismo, preguntarnos: ¿el ofendido en las declaraciones que ha dado no se habrá engañado? ¿no habrá pretendido engañarnos?

Es conveniente desde luego advertir, que la contemplación de la agresión al derecho propio perturba grandemente la conciencia del hombre, haciéndole perder la serenidad del juicio. Todo delito, dice Framarino, engendra en el ánimo del ofendido una turbación que, dificultando la exacta percepción de las cosas, hace posible el error. Esto se verifica, ya se trate de los delitos que consisten en la violencia ejercida en las personas, como las heridas, lesiones, etc., ó en las cosas, como los robos, si bien en estos parece que la perturbación debe ser menor. En los robos hay, además, motivos para desconfiar de la declaración del ofendido, en cuanto al valor de las cosas robadas; y esto, aun obrando de buena fe, porque una de las debilidades del corazón humano, consiste en dar un alto precio al bien que se ha perdido.

Hay también motivos para dudar del valor del testimonio del ofendido, en cuanto á la designación del delincuente, porque el deseo, que es natural, en quien ha sido víctima de un delito, de llegar á descubrir al reo, le hace muchas veces aceptar como ciertas todas las pro-

## 602      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

**habilidades y tener como hechos indudables los que no son sino sospechas más ó menos fundadas.**

Para evitar en lo posible los errores en que pudiera incurrirse por la falsadesignación del delincuente, el Código de Procedimientos penales previene, que se practique la diligencia de que trata el capítulo 8.º del tít. único, libro, 2.º, y que denomina confrontación.

Esta diligencia, convenientemente reglamentada, es la que antiguamente se conocía con el nombre de *rueda de presos*, y consiste substancialmente en colocar al presunto reo, entre otros individuos semejantes á él en la estatura, en el vestido, etc., y hacer que el ofendido le reconozca entre todos ellos.

Las precauciones que la ley toma para precaver el error, son cuerdas y prudentes; pero á pesar de ellas, siempre habrá el peligro de que se haga una designación falsa, y estas pruebas sólo pueden servir unidas á otras que descubran la realidad de las cosas. No es tan difícil, como á primera vista puede creerse, equivocarse cuando se juzga por la semejanza de una persona y del vestido. Framarino cita tres casos de individuos que parecían convictos y que fueron denunciados por haberles reconocido las personas ofendidas, y que eran sin embargo inocentes. Entre ellos figura el del infortunado Lesurques, cuya causa conoci-

da con el nombre de causa del Correo de Lyon se encuentra en la colección de causas célebres publicada en México por la casa de Boig en el año de 1853. Este desgraciado individuo que era inocente, fué víctima de su fatal semejanza con el verdadero culpable (1).

Mas el temor de errar no es el único motivo que debe hacernos sospechosa la declaración del ofendido. Hay también que tomar en consideración, para valuar su eficacia, la posible voluntad de engañar: la mentira, en este caso, puede proceder del bien que proporciona al que la dice, dándole algún provecho ó evitándole algún daño, ó bien del perjuicio que

---

(1) La viuda y los hijos de Lesurques, pidieron la revisión del proceso; y el Juez de Paz Doubenton, que estaba convencido de la inocencia del acusado, y que había sido uno de los instrumentos involuntarios de tan deplorable error, consagró noblemente una parte de su fortuna y el resto de su vida á devolver á la familia Lesurques su honor y la consideración que había perdido. «El error que dió lugar á la condenación de Lesurques, decía este honrado Magistrado, al pedir la revisión del proceso, no procedió ni de los jurados ni de los jueces. Los jurados, convencidos por las declaraciones de los testigos, habían jurídicamente manifestado su convicción; los jueces, con arreglo á las declaraciones de los jurados, fallaron conforme á la ley. El error no procedió sino de una equivocación de los testigos mismos; no procedió sino de la fatalidad de la semejanza de Lesurques con uno de los culpables, que no habían sido aprehendidos todavía.»

## 604      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

resulte á quien es objeto de odio para él. Examinemos estos dos casos. El primero, aunque no sea frecuente, no deja de presentarse algunas veces en la práctica. Se trata de un depositario infiel que ha dispuesto indebidamente de la cosa que se le dió en depósito y quiere hacer creer que le ha sido robada. ¿No es cierto que en tales circunstancias, tendrá interés en mentir á la justicia? Lo mismo podemos decir de la sospecha que debe causar el derecho que el ofendido pudiera tener á la reparación pecuniaria. Es indudable que en este caso, si el agraviado espera, como consecuencia del juicio criminal, adquirir el derecho de exigir cierta suma de dinero, su declaración no estará libre de sospecha; y para graduar prudentemente la fe que merezca, hay que tener en cuenta la importancia de la pretendida acción y la persona de quien se exige, pues si aquella fuere pequeña, ó la persona insolvente, y por lo mismo incapaz de reparar el daño que se le atribuye, el terreno de la sospecha sería notablemente reducido.

Framarino, que ha hecho tan juiciosas observaciones sobre toda esta materia, resume así las divorsas formas de engaño en que puede incurrir el ofendido, con la esperanza de evitar un daño ó de obtener una reparación pecuniaria.

Puede, en primer lugar, inventar un delito

que no se ha cometido. Como el que, justificando de una manera más ó menos perfecta, la existencia de la cosa depositada, afirma que le ha sido robada para librarse de la obligación de entregarla á su verdadero dueño.

Puede también inventar, no el delito, sino el delincuente. Por ejemplo, en una querrela de estupro. La estuprada, que sabe que no puede obtener nada del verdadero estuprador, que es un pobre, se decide á veces á especular con su propia deshonra y acusa á un rico, con la esperanza de obtener la dote correspondiente. Por último, no será raro que el ofendido, tratándose de un delito realmente cometido y del verdadero delincuente, falte á la verdad en cuanto al modo como aquel se cometió y á las consecuencias del mismo delito, para exagerar la suma de reparaciones. Este caso, por desgracia, es demasiado frecuente.

Hemos dicho que es posible también la mentira en boca del ofendido, no por el beneficio que de ella pueda saeas, sino por el deseo de perjudicar al acusado. Acerca de este particular, es conveniente tener en cuenta esta juiciosa observación de Framarino: la animosidad para el ofensor no puede considerarse como motivo de sospecha contra el ofendido, en cuanto á la designación del delincuente. El ofendido, como tal, no puede tener animosidad sino contra el verdadero ofensor; así, no hay razón

## 606      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

para decirle: no creemos en tu palabra indicadora del delincuente, porque como ofendido, sientes odio contra él, porque esto no es verdad. Su odio existirá, no contra el individuo que tiene delante, sino en tanto que le supone culpable. Si resulta que no lo es, ningún motivo puede tener para odiarle, y en este caso si lo ha designado falsamente, habrá sido contra su voluntad, por un error, no por el deseo de perjudicarlo. La aversión, pues, de parte del ofendido contra el inculpado, debe derivarse de causas extrañas al delito, y entonces el motivo de sospecha será el mismo que puede haber respecto de cualquiera otro testigo.

Pero si la sospecha nacida de la animosidad del ofendido, no es fundada en cuanto á la designación del delincuente, sí puede ser legítima en cuanto á la naturaleza del delito, de su medida y de sus consecuencias. Quien ha sido por ejemplo amenazado de recibir un bastonazo por un simple ademán, podrá, por odio contra su ofensor, afirmar que fué golpeado; el que ha sido injuriado de palabra, podrá afirmar que fué maltratado de obra; y hasta el que en realidad haya sido herido, podrá exagerar la gravedad de la herida, para exigir una mayor indemnización pecuniaria ó aumentar la pena del ofensor. Para evitarlo, en los casos de herida, como es sabido, se da lo que se llama la esencia ó calificación de ellas, que queda

corroborada después por el estado de sanidad. (Artículo 97 y siguientes del Código de Procedimientos penales y 499 y 500 del Penal.)

Dijimos en el Capítulo VI de esta Tercera Parte, que los testigos podían serlo de tres maneras: *ante factum*; presentes *in facto* ó bien elegidos *post factum*, añadiendo que éstos últimos eran los peritos de quienes convenía hablar separadamente en el lugar oportuno. Creemos que aquí corresponde hacerlo, puesto que vamos á terminar el estudio que hemos venido haciendo del testimonio de los terceros y del ofendido, antes de pasar á hablar del testimonio del acusado.

Los peritos son nombrados *post factum*, para que declaren acerca de algunas circunstancias, que no existirían si el delito no hubiera sido cometido; como por ejemplo, la naturaleza y gravedad de las heridas, la clase á que pertenecen, las armas de que se sirvió el ofensor, la presencia de las substancias tóxicas en las entrañas del que se supone que murió envenenado; la ruptura ó forzamiento de una puerta ó de una caja, los instrumentos que para ello fué necesario emplear, etc., etc.

Para este objeto son llamados los peritos; pero, ¿cuál es el verdadero carácter de éstos? Esta es la primera cuestión que naturalmente se presenta cuando de la prueba pericial se trata.

## 608      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

Algunas ideas acerca de ella anticipamos en el capítulo II de la Parte 2.<sup>a</sup> de este Tratado; pero conviene estudiar más á fondo la cuestión en este lugar.

Diremos, pues, con Framarino, que acerca de la verdadera naturaleza de la prueba pericial, no hay un completo acuerdo en la Ciencia. Unos han dicho que el dictamen pericial no es una prueba, sino el reconocimiento de un hecho, que por sí mismo constituye la prueba; en el caso de un envenenamiento, por ejemplo, la prueba no está en el reconocimiento de los peritos, sino en el veneno mismo. Otros afirman que los peritos son simples consultores del Juez; y algunos, finalmente, han confundido el juicio de peritos con la inspección judicial, añadiendo, que en el perito hay una doble naturaleza, que es al mismo tiempo testigo y Juez.

Todas estas opiniones son más ó menos discutibles en el terreno puramente teórico; pero la que parece más segura es la de Framarino, quien afirma que los peritos son testigos, pero testigos de una categoría especial de hechos. Los testigos, como es sabido, no atestiguan sino las cosas perceptibles para el común de los hombres; los peritos atestiguan acerca de cosas que, para ser percibidas, necesitan una capacidad especial. Por este motivo, se les puede llamar testigos de hechos científicos y

técnicos, de sus relaciones y de sus consecuencias. Se dice de hechos y no de verdades *científicas*, porque no se trata de conceptos ideales, sino de hechos concretos y determinados que caen bajo el dominio de la ciencia; se dice también *técnicos*, pues que para apereibirlos son necesarias las reglas de un arte ú oficio determinado y un conocimiento práctico de ellas, por medio del hábito adquirido en el ejercicio de la misma ciencia ó arte; y se añade, por último, de *sus relaciones* y de *sus consecuencias*, porque estas son las que de ordinario constituyen la parte más importante de la prueba pericial. Cuando los peritos afirman la existencia de las lesiones en un cadáver, no se reduce á eso solo su afirmación. Hay que preguntarles, ¿esa lesión es la que ha producido la muerte? De esta manera les pedimos la aplicación del hecho científico al hecho técnico, ó lo que es lo mismo, la relación percibida por ellos entre ambos hechos y sus consecuencias.

Conocido el verdadero carácter de los peritos y los hechos acerca de los cuales son llamados á declarar, es natural que nos preguntemos quién debe nombrarlos, en qué número y cuándo.

La primera pregunta está contestada en el Código de Procedimientos penales, en estos términos: Durante la instrucción, el Juez debe nombrar los peritos; pero esto no impedirá que

## 610      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

el Ministerio Público, el procesado ó su defensor y la parte civil, si la hubiere, nombren los peritos que merezcan su confianza. Entendemos que esto será durante el juicio, esto es, concluída la instrucción y cuando comienzan los trámites marcados en el artículo 226. (Art. 96.)

Tambien dispone el Código (art. 97), que los médicos de los Hospitales se tengan como peritos en los casos comunes, sin perjuicio de que el Juez nombre otros, si lo creyere conveniente, para que asociados á los primeros den su dictámen. Cuando la persona enferma ó lesionada, se cure fuera del hospital, el reconocimiento y la autopsia se practicarán por los peritos que el Juez designe (artículo 99).

Siendo de tanta trascendencia el dictamen pericial, la ley no ha querido que se tenga por bastante el de uno solo y exige cuando menos dos. Un solo perito puede equivocarse ó engañar con facilidad.

Eu caso de disentimiento entre los dos peritos nombrados, ya lo hayan sido por las partes ó por el Juez, dispone el Código que sean citados á una junta en la cual discutirán los puntos de discrepancia, asentándose por diligencia el resultado. (Artículo 101).

El Código ha sido igualmente cuidadoso en determinar las personas que no pueden ser pe-

ritos, ya sea por sospechas de parcialidad ó por motivos de indignidad.

Entre las primeras se encuentra el curador, tutor ó pupilo de alguna de las partes. los parientes de éstas dentro de ciertos grados y entre las segundas, los que hayan sido condenados por el delito de falsedad ó en lo general por cualquiera delito que no sea político, á alguna de las penas enumeradas en las fracciones 8<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> del artículo 92 del Código Penal (artículo 104).

Las precauciones que el Código ha tomado para precaver todo error, disponiendo que el Juez, el Ministerio Público y las partes interesadas, asistan al reconocimiento pericial si quieren; que los peritos tengan título oficial; que cuando los peritos no formen mayoría en favor de una opinión, se nombren otros nuevos en número impar; que cuando se trate de analizar una materia, sólo se analice parte de ella, dejando el resto reservado para que se practique nuevo análisis, si fuere necesario, y otras disposiciones semejantes, demuestran con toda claridad cuánta es la importancia que el juicio pericial tiene en las causas criminales. Seguramente es mucho mayor que el que se le atribuye en los negocios civiles (artículo 109 y siguientes del Código de Procedimientos penales).

No creemos necesario entrar en otros por-

## 612      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

menores puramente reglamentarios; pero si juzgamos conveniente advertir, que no siendo raro que en algunos Cantones de los Estados, no se encuentre más que un solo facultativo, en el artículo 103 se previene que en este caso y tambien cuando ni un facultativo hubiere, el reconocimiento de las heridas y de los cadáveres se practique por personas entendidas, enviándose por el Juez de Letras exhorto al lugar donde haya médicos, para que éstos, en vista de tales diligencias, emitan su opinión. Esta práctica, si no recordamos mal, fué introducida por el artículo 64 de la ley número 54 del Estado, de 25 de Noviembre de 1848, y modificada en algunos accidentes por decretos posteriores, ha prevalecido en la Jurisprudencia criminal en otros Estados de la República. Es digno de mencionarse aquí, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha concedido el amparo de la Justicia Federal, á los reos que lo han pedido, por no haberse practicado la autopsia de los cadáveres en los casos de homicidio ó haberse practicado por un solo perito (1).

La práctica que hemos dado á conocer, es seguramente deficiente porque el dictamen

---

(1) Puede verse el cap. 6.º, tit. único del lib. 6.º del Código de Procedimientos penales, que trata de la curación de los heridos, en el cual se encuentran tambien algunas disposiciones relativas á los peritos.

de los médicos descansa en los datos imperfectos é incompletos que suelen dar los curanderos; pero la necesidad la justifica, pues de otra suerte, la mayor parte, si no todos los delitos de violencia contra las personas, quedarían impunes. Es de esperarse que, más adelante, las poblaciones que figuran como cabeceras de Cantón ó de Distrito, cuenten con profesores de medicina y cirugía, que desempeñen el cargo de peritos en los casos de heridas y homicidios, que por desgracia son tan frecuentes.

Explicado lo anterior, aún nos queda por investigar qué fe debe darse al dictamen de los peritos. El Código de Procedimientos penales dice: la fuerza probatoria de todo juicio pericial, incluso el cotejo de letras y el dictamen de peritos científicos, será calificada por el Juez ó Tribunal según las circunstancias.

Esta solución parece estar de acuerdo con los principios de la Ciencia y lo que el buen sentido aconseja. Las pruebas, sin excepción, dice un Jurisconsulto, se imponen á la conciencia del Juez, pero sólo en cuanto producen en ella un íntimo convencimiento de la verdad de las cosas testificadas. Mientras quede en el ánimo del Juez una sola duda, tiene siempre derecho á no creer en las pruebas. Si después que el magistrado ha valuado cuidadosamente el testimonio pericial, no se siente aún con-

## 614      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

vencido, sería absurdo pretender de él una sentencia en armonía con las declaraciones de los peritos y contra su propia conciencia. Podrá el Juez, mientras lo crea necesario y la ley se lo permita, recurrir á otros peritos para llegar al convencimiento; pero si á pesar de todo sus dudas, no se desvanecen, no le queda otro recurso que decidir en favor del acusado.»

Esto, no obstante, sería muy difícil que tratándose de materias puramente científicas, el Juez no llegase á formar su convicción por el dictamen de los peritos. Deben tenerse presentes las siguientes diferencias que hay entre ellos y los testigos, considerados en el punto de vista del testimonio.

Estos testifican de hechos que está al alcance del común de los hombres; aquellos de hechos que exigen una aptitud especial para su percepción. De aquí una superioridad manifiesta en favor del testigo pericial, en el punto de su capacidad intelectual.

El testigo común puede mentir con más facilidad, porque no está obligado á razonar; y para disculpar su error ó falsedad, bastaría que dijera: me equivoqué en la percepción de los hechos declarados. El perito, por el contrario, está obligado á razonar sus afirmaciones. Sus errores pueden ponerse de manifiesto, por el dictamen de otros peritos, y en la opinión que diere pone en peligro hasta su reputación pro-

fesional. No debe olvidarse tampoco que casi siempre el dictamen de peritos va unido y se relaciona íntimamente con la inspección judicial, lo que hace más difícil el engaño.

En cuanto á la forma en que deben los peritos dar su dictamen, debe ser por medio de declaración verbal, según el artículo 107 del Código; y por lo mismo, antes la daban bajo la religión del juramento, y hoy bajo la protesta de decir verdad, que ha substituido á esta solemnidad. La falsedad que cometan caerá bajo la sanción legal de que hemos hablado al tratar de los testigos comunes. Los informes facultativos de los profesores de alguna ciencia, deberán extenderse por escrito, sin perjuicio de que el Juez ó las partes les pidan las explicaciones y ampliaciones que estimen necesarias (art. 105.) También deberán darles por escrito ó de palabra todos los datos que les pidieren, cuidando de no hacerlo de un modo sugestivo, para no preocupar su ánimo en determinado sentido.

Naturalmente, cuando fuere necesario practicar ensayos ó análisis ó reconocimientos científicos, se concederá á los peritos el tiempo necesario para que su dictamen tenga todas las probabilidades de ser acertado y en todo conforme á la verdad.

## CAPITULO IX

---

### **División formal de la prueba—Prueba testimonial—Testimonio del acusado**

De ordinario, los autores que tratan de las declaraciones del acusado, les han atribuido un carácter especial, confundiéndolas con la confesión, y han dedicado todos sus esfuerzos á estudiar la eficacia y el valor de esta, como un elemento que debe obrar en el ánimo judicial para producir en él el convencimiento. Benthan y Bonnier, en sus respectivos Tratados, consideran la confesión del reo en materia criminal, como una forma del testimonio oral; pero atribuyéndole siempre un carácter tan notoriamente diverso del que tienen las declaraciones de los testigos, que en realidad, las afirmaciones del inculpado vienen á quedar en la misma consideración que antes tenían, confundiéndose con la confesión.

Framarino, por el contrario, señala con toda claridad cuál es su verdadera naturaleza, y sosteniendo que no hay más diferencia entre lo que dice un testigo y lo que afirma el acusado en el punto de vista de su eficacia como testimonio oral, sino que el primero pueda ser

obligado á declarar y el segundo no, procede al estudio de la materia, estableciendo como preliminares las observaciones siguientes:

La declaración del acusado, puede considerarse, dice:

1.º Como testimonio de éste sobre un hecho propio.

2.º Como testimonio del acusado sobre un hecho ageno.

Y todavía analizado el primero de estos testimonios, se puede considerar bajo tres aspectos enteramente diversos:

1.º Como disculpa.

2.º Como confesión.

3.º Como confesión disculpante ó calificada.

De la confesión, bajo cada uno de estos diversos aspectos, conviene hablar separadamente. Siendo la confesión un testimonio, debemos suponerlo sujeto á las mismas condiciones que los demás testimonios, esto es, en cuanto á que el testigo no se haya engañado, ni pretendido engañar, y esto atendiendo al sujeto, á la forma y al contenido del testimonio.

Por lo que hace al primer punto, esto es, en cuanto al sujeto, debemos tener presente que los motivos de sospecha que vician el testimonio por causa de incapacidad intelectual ó física, tienen también aplicación cuando se trata del inculpado. Si éste se encontraba privado de conocimiento cuando se cometió el delito ó

carecía de alguno de los sentidos corporales, es claro que habrá que poner en duda sus afirmaciones.

En cuanto á la incapacidad, que podemos llamar moral y que consiste en no querer decir la verdad, porque esta repugna á un deber, como sucede con los parientes ó los profesores que por el secreto profesional no están obligados á declarar, hay que advertir que respecto del acusado no obran los mismos motivos.

Si la ley no le obliga á dar una declaración, debe presumirse que cuando lo hace espontáneamente, será para decir la verdad.

Además de estas observaciones, conviene tener en consideración las que nacen de la situación en que debe suponerse que se encontraba el acusado al cometer el delito y también al dar su declaración. En el primer caso, es natural suponer en él cierto grado de excitación, que hace muy fácil el error. Por muy sereno que supongamos al reo en el momento del crimen, dice Framarino, está dominado de cierta sobreexcitación, y luego de cierto abatimiento que le hacen difícil la exacta percepción de los detalles de las cosas que le rodean; y sobre todo, cuando se trata de delitos de ímpetu, ó de delitos que, aunque no provengan del ímpetu, consisten en violencia contra las personas que lo suponen. Esta observación es muy importante, porque el acusado puede haberse enga-

ñado respecto de algunos pormenores que impedirán el descubrimiento de la verdad, y le harán aparecer, tal vez, como mentiroso, sin serlo.

Pero si es posible y aun probable que el acusado incurra en algunos errores involuntarios por la causa dicha, no sucede lo mismo respecto de la sospecha que la declaración del acusado puede inspirar cuando trate de disculparse. Su interés, en este caso, es muy directo para que deje de ser sospechoso. Cabe, sin embargo, la posibilidad de una falsa declaración en perjuicio propio, acusándose de un delito no cometido, para salvar al verdadero delincuente, que ha prometido una adecuada recompensa. También puede haber una declaración falsa en daño del que la hace, por salvar á una persona allegada, como un padre ó un hijo, ó por odio á otro, atribuyéndole parte en el delito cometido; ó por contar con su apoyo, haciendo causa común con una persona que se supone que saldrá bien librada del proceso por causa de su influencia, posición social ó de otras circunstancias.

Por odio á sí mismo pudiera dañarse un reo contesando un delito no cometido, si se tratara de pena capital y el reo estuviere dominado por la manía del suicidio; pero este caso será muy raro.

En cuanto á la forma del testimonio dado

## 620 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

por el presunto reo, tienen que aplicarse con mayor razón las observaciones que bajo este aspecto se han hecho en lo general en cuanto al testimonio de un tercero.

La *animosidad* con que el reo declare el hecho de otro, disminuirá el crédito de su palabra, haciendo suponer en él pasiones que le impulsan á mentir; la afectación en sus discursos será también motivo de sospecha, porque la verdad siempre es clara, sencilla y espontánea, al paso que la mentira se vale del artificio y de la afectación; y en cuanto á la *identidad del discurso* respecto de lo declarado por otros, hace bajar el valor del testimonio, porque la identidad, no en la esencia de los hechos, sino en las palabras empleadas para referirlos, da motivo para sospechar un concierto entre los que han declarado.

En cuanto al contenido de las declaraciones, tenemos que acudir á lo que respecto de las cosas imposibles é inverosímiles dijimos al hablar del testimonio en lo general.

Hechas las anteriores explicaciones, y teniendo presente como lo dice el Código y lo enseñan unánimemente los autores, que la simple afirmación del reo no es bastante para que se tenga por probado el delito en daño suyo, cuando no existen otras pruebas, debemos discutir de lleno la grave cuestión de la divisibilidad de la confesión en materia penal, ó sea, de la de-

claración del reo respecto de los hechos propios. Pero queremos, antes de hacerlo, insistir en este último punto que tiene tanto interés.

Nuestro Código de Procedimientos penales, para que la confesión constituya una prueba plena en materia penal, exige, entre otras cosas, que esté plenamente comprobada la existencia del delito, y que no concorra ninguna circunstancia que la haga inverosímil, á juicio del Juez ó del Tribunal. En vista de esta disposición, debemos preguntar: ¿Por qué razón la confesión que se considera eficaz en materia civil para condenar al que la hace, no producirá el mismo efecto en materia criminal; ó mejor dicho, qué motivos pueden existir para suponer que un hombre se quiera condenar á sí mismo? En esta consideración es donde debe buscarse la solución de la duda que se trata de resolver. Es claro que por los intereses mucho más altos que se versan en materia penal, la ley tiene que ser mucho más exigente en materia de pruebas; pero esto no explica suficientemente, por qué motivo debemos dudar de lo que afirma un reo en perjuicio de su honra, de su libertad, y tal vez también de su vida. La respuesta á la pregunta que acabamos de hacernos, se encuentra en las siguientes palabras del célebre jurisconsulto francés J. Ortolán, en sus Elementos de Derecho Penal.

«La confesión, dice este distinguido escritor (1), aunque en la mayor parte de los casos puede obrar fuertemente sobre la convicción, no debe tenerse siempre como la expresión de la verdad. Puede haber confesiones de desesperación, de jactancia, de superchería, de abnegación ó de interés, que serán otras tantas confesiones falsas. Hemos visto á un acusado condenado á reclusión por un delito que confesó y que fué condenado por error. Este individuo era homónimo del verdadero culpable, y habiendo podido deshacer el error y probar su inocencia, no lo hizo, porque siendo culpable de un crimen más grande, que merecía una pena mayor, su interés le aconsejaba callar. Hemos visto también otro caso, en el cual después de la condena de un acusado á reclusión por el delito de heridas graves, hechas con arma de fuego, surgió un habitante del mismo lugar que se declaró culpable. Se absolvió al primero y se siguió el proceso contra el segundo, habiéndose llegado á adquirir la prueba de que la confesión de aquél no era más que un medio concertado para hacerse responsable de un delito que no había cometido, dándose el caso raro de que fuese absuelto por el jurado, no obstante su insistencia en sostener la ver-

---

(1) Derecho Penal. Tomo 2.º, lib. 3.º, p. 1.ª, tít. 2.º, núm. 2,298.

dad de su confesión. Se presenta, en fin, el lúgubre recuerdo de la llamada Gardín, que para escapar á los rigores del calabozo y de los malos tratamientos que allí sufría, adoptó el medio desesperado de confesarse culpable del parricidio de que se la acusaba. En vano retracta su confesión ante el jurado; se la condena por un crimen, cuyos verdaderos autores son descubiertos más tarde y condenados. Aunque esta confesión se hizo en la instrucción y fué retractada ante el jurado, el hecho referido contiene una lección terrible, que nos hará desconfiar siempre de la confesión del reo, aunque por tesis general, debemos suponer que éste no querrá dañarse á sí mismo declarándose autor de un delito que no haya cometido.»

Explicado ya por qué motivo la confesión del reo, por sí sola no puede constituir una prueba completa y perfecta de que él sea el autor del delito que se le atribuye, detengámonos breves momentos á analizar el testimonio del acusado, en lo que á él se refiere, acerca de los hechos que se le imputan.

Tal testimonio, según enseña Framarino, puede tener uno de estos tres diversos aspectos, ó favorable al reo, ó desfavorable al mismo, ó favorable en una parte y desfavorable en otra.

Al primer testimonio, le llamaremos disculpa.  
Al segundo, confesión.

## 624      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

Y al tercero confesión calificada.

1.º *Disculpa*.—Si preguntásemos á cualquiera persona, por destituida de conocimientos jurídicos que la supongamos, qué fe merecen los hechos narrados por el reo, bien sea negando haber cometido el delito ó refiriendo circunstancias que atenúen su falta, sin duda alguna nos contestará asegurando que no debe darse crédito á tales disculpas, porque es una tendencia natural en el hombre negar los hechos que pueden perjudicarle; ó cuando menos, desfigurarlos de tal suerte, que nada se deduzca de ellos en daño propio.

Sin embargo, por cierto que esto sea, conviene tener presente, que el reo, no por serlo, debe considerarse del todo desprovisto de sentido moral, y que no hay razón para dar mayor crédito á un testigo que le acusa, que al reo que se disculpa, cuando no existen otros elementos de convicción para el Juez.

Por este motivo si bien por regla general debe dudarse de la verdad de los hechos exculpantes narrados por el reo, debe hacerse una excepción, y es cuando no hay más pruebas contra él que el dicho del acusado ó de un testigo. En este caso, los testimonios se equilibran y se necesita un tercer elemento que venga á resolver la cuestión (1).

---

(1) La cuestión tan importante del valor del testimonio único, ha sido tratado por Framarino, con la

En todo delito hay dos elementos, el uno material, y el otro moral. Como el reo para disculparse, podrá negar la existencia de uno ú otro elemento, comencemos por el primero.

La disculpa, ó mejor dicho la negación más radical, es la que consiste sencillamente en negar el hecho, sin dar otra explicación, como cuando el reo dice: no he cometido el delito

claridad que acostumbra. Distingue tres casos: 1.º testimonio único en cuanto á la existencia del delito; 2.º, testimonio único en cuanto á la persona del delincuente; 3.º, testimonio único en cuanto á alguna circunstancia, cuando conste probada la existencia del delito y es conocida la persona del delincuente. En los dos primeros casos, debe desecharse absolutamente el testimonio de un solo testigo, y en el último no. Véase el cap 7.º, sec. 1.ª, parte 5.ª: Lógica de la prueba en materia criminal.

Eliecer refuta la doctrina del testimonio único por las palabras siguientes:

«Montesquieu pretendía dar una razón lógica, diciendo: Si no hay más que un testimonio, el aserto de una sola persona (el testigo) que afirma, y el de la otra que niega (el procesado), se eliden, y por tal modo desaparece toda prueba. Pero esta razón especiosa (rechazada por los mismos partidarios de la dualidad), no convence; pues si el procesado tiene un poderoso interés en mentir, y en cambio no lo tiene el testigo, podrá creerse á éste y no deberá creerse á aquél; en cambio, si el acusado fuese un hábil testigo, no sólo resultarían destruidos los asertos de los dos, sino hasta los asertos de mil y mil testigos que depusieran contra él.» «De la certidumbre en los juicios criminales,» pág. 186.

## 626      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

que se me imputa. Esta disculpa es sumamente débil.

Otra forma, la más común, de la disculpa de los reos, consiste en oponer á la afirmación del acusado una afirmación contraria que, siendo verdadera, pone de manifiesto la imposibilidad de la primera.

Esto es lo que se conoce en el derecho español con el nombre de coartada, y en el francés con el de *alibi*. Comprenderase bajo esta denominación, en su significación más amplia, la imposibilidad de haber cometido el delito, no sólo por incompatibilidad de lugar y de tiempo, como cuando el delito se cometió á las ocho en un lugar determinado, y el reo prueba que á esa misma hora y en el mismo día, se encontraba en otro lugar diverso, sino también toda imposibilidad física, como si el acusado de haber dado una puñalada, demostrase que carece de brazos ó los tiene sin movimiento. En el mismo caso deben comprenderse todas las imposibilidades físicas, como si habiéndose introducido los ladrones á una casa por un agujero hecho en la pared, el acusado demostrase que era imposible, dada su estatura, que hubiese penetrado por aquel sitio. Acerca de este particular, sólo podremos decir que, cuando la afirmación del acusado se refiere á una imposibilidad que pudiéramos llamar general, no necesita prueba; pero sí la necesita en el contrario.

Por ejemplo, ninguna prueba se necesitaría para demostrarse que el reo no ha tenido fuerza suficiente para abrir de un puñetazo una puerta de hierro, porque esta es una imposibilidad que podemos llamar general. Por el contrario, si el acusado alega que cuando se cometió el delito en un lugar, él estaba en otro lugar diverso, necesita probarlo, porque esta es una imposibilidad que sólo á él se refiere, es decir, que le es peculiar.

Cuando el reo niega la existencia del elemento moral en el delito, podemos encontrarlos en presencia de una justificación completa ó de una disminución de la culpabilidad.

En el primer caso, la respuesta del reo puede resumirse con la siguiente fórmula, usada por los jurisconsultos: *feci sed jure feci*. Tal sería el caso de legítima defensa; ó más claro, cuando el que es acusado de robo, afirma que la cosa que se dice robada, es suya; ó bien, cuando se persigue el delito de daño causado en propiedad ajena, y el inculpado sostiene que la tala que hizo en los montes, por ejemplo, fué hecha porque estos le pertenecían por estar dentro de sus linderos (1).

En el segundo, la disculpa del reo en cuanto

---

(1) Este caso es bastante frecuente y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de él, por vía de amparo, siempre excluyó la acción penal mientras no estuviere resuelta la acción civil.

á la modalidad del delito, puede tenerse como una confesión cualificada; y de ella hablaremos en el lugar correspondiente.

Como resultado de las observaciones anteriores, sólo podremos decir, en términos generales, que no siempre se debe negar crédito á las disculpas del reo; que éste tiene derecho á ser creído cuando á su afirmación no se opone otra prueba, sino la afirmación del acusado ó de un solo testigo; y por último, que en los demás casos deberán tomarse en cuenta todas las circunstancias, sin que sea posible establecer una regla general.

A este propósito, dice juiciosamente Framarino: «El testimonio del acusado de disculpa directa ó indirecta, tiene siempre derecho á la más detenida atención y al respeto del magistrado, quien deberá escuchar sus disculpas, con ánimo sereno y sin ningún género de preocupaciones; examinarlas con la atención más escrupulosa sin dejarse llevar por interrogatorios precipitados, ligeros, sutiles ó insidiosos; ni permitir que se trasluzca su propio pensamiento, con sonrisas desdeñosas é irónicas, movimientos de cabeza en señal de duda, etc., cosas todas que perturban el ánimo del acusado, haciéndole ver en la persona que le pregunta, no al Juez imparcial, sino al enemigo que quiere perderle (1).

---

(1) Sobre la conducta que debe observar el Juez al

2 ° *Confesión.*—Damos este nombre á la afirmación del acusado, en la cual se declara culpable del delito que se le imputa, sin alegar disculpa alguna, ni añadir la afirmación de algún otro hecho que modifique la afirmación que acaba de hacer. De esta suerte, la confesión se diferencia de la disculpa, de que hablamos antes, y de la confesión cualificada de que hablaremos en seguida.

Aunque por estar limitadas nuestras observaciones sólo al caso de que el reo afirme un hecho que le perjudique, sin alegar disculpa alguna, podría creerse que no habría motivo para dudar de la veracidad del testigo, puesto que nadie obra conscientemente en su propio daño; no es así, pues hay algunas consideraciones que deben tenerse presentes en esta importante y trascendental cuestión.

Y es tan cierto que la cuestión no es tan sencilla, que al tratar de ella nos encontramos con dos opiniones opuestas, é igualmente inadmisibles, por lo que tienen de exclusivo. Unos han dicho que la confesión, constituyen-

---

exigir al reo la confesión, son notables las palabras del célebre Magistrado Servant, citadas por D. Marcos Gutiérrez en su «Práctica Criminal Forense,» Parte I.ª, cap. 7.º Acerca del uso de los interrogatorios sugestivos en la antigua jurisprudencia francesa, véase á Faustin Helié, en su comentario á Beccaria, párrafo 10.º

do una prueba especial, tiene una eficacia tal, que no hay necesidad de otra prueba. Según ellos, la máxima *confessus pro judicato habetur*, que tiene aplicación en materia civil, debe aplicarse igualmente en materia penal.

Otros, por el contrario, juzgando que ningún hombre quiere dañarse á sí mismo, juzgan que la confesión es un hecho tan extraordinario y que es tan contrario á la manera común de obrar de los hombres, que cuando se verifica, supone que hay algún motivo oculto ó desconocido, que ha obligado al reo á confesarse autor del delito que se le atribuye, lo cual nos obligará á no aceptar su confesión, sino con mucha desconfianza. Se cuentan no pocos casos de confesiones falsas, de las que nosotros también hemos citado algunas al comenzar este Capítulo.

Se ve desde luego cuánta exageración hay en una y otra opinión. Los casos que en la última que hemos dado á conocer se citan, son excepcionales ó extraordinarios, y ellos solos nos autorizan á no aceptar la confesión como prueba hastante de un delito cuando no hubiere otro dato; pero no á desecharla por completo en todos los casos. Debemos, por lo tanto, decir con Framarino, que si no hay razón para exagerar el valor de la confesión con la máxima *confessus pro judicata habetur*, tampoco la hay para negarle todo valor probatorio. La confesión, como cualquiera otro testimonio,

se presume verídica en abstracto y se valúa en concreto según las particulares condiciones subjetivas formales y objetivas, en las cuales se produce.

Los casos de confesiones falsas hechas por despecho, por abnegación ó por evitarse un mal mayor de que nos proporcionan ejemplos los anales de la justicia penal, nos pueden servir de norma para valuar el valor de una confesión subjetivamente, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del sujeto que la hace. Si encontrándose procesado un rico por un delito leve, por ejemplo, se presentase un pobre acusándose de él, habría motivo para creer que tal confesión había sido sugerida por promesas pecuniarias (1).

(1) El autor de este Tratado no pue le dejar de referir aquí dos casos de confesiones falsas ó cuando menos dudosas, de que ha tenido conocimiento. Uno de ellos le fué referido por persona verídica, y el otro vino á su noticia por haber sido defensor, no del reo principal, sino de un supuesto cómplice.

Cuando regía la ley de plagiario-, que condenaba á muerte á los reos de este delito, se siguió causa contra un individuo en uno de los cantones del Estado de Veracruz. El reo apareció confeso y convicto del delito que se le atribuía; pero por causa de alguna circunstancia favorable no fué condenado á muerte, sino á presidio, por un tiempo largo. Cuando la sentencia causó ejecutoria, se presentó á la justicia otro individuo, que era el padre del acusado, confesando ser el autor del delito cometido. Para explicar su conducta,

La confesión, en cuanto á la forma, está sujeta á las mismas reglas que los demás testimonios, esto es, las palabras del reo, como reflejo de las secretas disposiciones de su ánimo; así como su aspecto, su semblante, al expresarse, serán otros tantos indicios que un Juez discreto y sagaz podrá apreciar debidamente para dar mayor ó menor crédito á las afirmaciones del reo, cuando se confiese autor del delito que ha dado motivo á la formación del proceso.

Por último, en cuanto á la valuación concreta de la confesión por razón de su contenido, Framarino da algunas reglas, que extractaremos en seguida.

---

dijo: «mientras se siguió la causa y mi hijo no quedó irrevocablemente condenado, tuve la esperanza de que se salvara, puesto que era inocente, y por eso guardé silencio; mas hoy que veo que no ha sido así y que sé que va á sufrir injustamente una condena, me presento á decir la verdad.»

Se estableció, según parece, una lucha de abnegación entre ambos, digna de ser consignada en una novela; pero el autor de estas líneas no supo el resultado.

El otro caso fué el siguiente: En uno de los cantones del Estado, se cometió un homicidio con circunstancias horribles, que excitaron la opinión pública en contra de los presuntos delincuentes.

Practicadas muchas diligencias y cuando se creía tener datos para condenar á los inculpados, por fuertes presuncionns, se tuvo noticia de que en un pueblo perteneciente al mismo Cantón, había sido aprehendido un individuo por sospechoso, y que éste en sus pri-

1.º Lo increíble de las cosas referidas, quita toda fe á la confesión y la inverosimilitud la disminuye. Para que la confesión tenga eficacia, es preciso que además de ser creíble genéricamente, sea verosímil. El Código de Procedimientos penales de Veracruz, de acuerdo con esta doctrina, exige en la fracción 5.ª del artículo 170, para que la confesión constituya una prueba plena, que no vaya acompañada de otras pruebas ó presunciones, que á juicio del Juez ó Tribunal, la hagan inverosímil.

2.º La confesión no puede tener eficacia como prueba, sino en cuanto es afirmativa y ca-

---

meras declaraciones, se había confesado autor de aquel homicidio.

Se dió parte luego al Juez de 1.ª Instancia, se consignó por escrito la declaración; pero cuando este segundo reo era enviado á la cabecera del Cantón, se presentan varios hombres armados que lo arrebataron á sus custodios y aquel individuo desapareció. Se creyó generalmente que todo aquello no había sido más que una comedia ideada por los amigos de los verdaderos culpables, para engañar á la justicia con una falsa confesión.

Ellero discute con bastante extensión los motivos que pueden invalidar la confesión del reo, y pone ejemplos muy adecuados para dar á conocer los casos de *confesión voluntariamente falsa por vanidad, por merced y por interés*; así como los de confesiones *involuntariamente falsas, por ignorancia, por locura*; las de confesiones *parciales por omisión* de circunstancias de *agravación* ó de *atenuación*.

tegórica. Cuanto más dubitativa sea la confesión, tanto menos valdrá.

3.º La confesión no debe ser contradictoria consigo misma. Si lo es, pierde más ó menos fe, según la naturaleza del hecho en que haya contradicción.

4.º La confesión tendrá más valor, cuanto más detallada ó determinada sea. La confesión de un hecho indeterminado, merece muy poco crédito.

5.º La confesión tiene mayor eficacia probatoria respecto de los hechos afirmados de propia ciencia, que respecto de los hechos afirmados de *oídas*.

Las reglas precedentes se refieren al valor de la confesión considerada á sí misma; pero la confesión puede adquirir ó perder valor considerándola con relación á otro testimonio, sea del mismo acusado ó de otro testigo.

3.º *Confesión calificada*.—Al llegar á este tercer punto de los que nos hemos propuesto hablar en el presente Capítulo, nos encontramos en presencia de una de las cuestiones más graves y que con mayor frecuencia se presentan en la práctica de los Tribunales, relativamente á la prueba en materia criminal. Procuraremos, al hablar de ella, exponer las doctrinas de los autores, para que nos sirvan de término de comparación respecto de los conceptos del Código de Procedimientos penales.

Comenzaremos por fijar bien la cuestión y para ello nos serviremos de las palabras de Framarino, quien después de explicar lo que debe entenderse por confesión calificada, agrega: «supuesto que el testimonio calificado resulta de dos partes, de una en que se afirma uno de los elementos de la imputación, y otra en que se niega otro de los elementos de la misma, se comprende la importancia del problema de la divisibilidad: la tiene muy grande, en efecto, saber si para completar la prueba se puede legítimamente aceptar una parte de la confesión calificada, rechazando la otra, y sobre todo, si puede utilizarse la parte de cargo, rechazando la de descargo.»

Y después añade: «la importancia del problema no resulta en el caso en que el delito se encuentra totalmente averiguado, subjetiva ú objetivamente con otras pruebas; en tal caso, es cuestión académica ver si cabe añadir nuevas pruebas, á pruebas ya completas. El problema es vital, sólo cuando, sin aquella parte de la confesión que se duda si debiera aceptarse como legítimamente probatoria, no hay prueba bastante de la delincuencia; entonces es cuando realmente importa saber si en realidad se puede legítimamente utilizar una parte de la confesión y rechazar la otra.»

Planteadas así la cuestión, veamos qué han

## 636 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

opinado acerca de ella los comentadores del Derecho probatorio penal.

Entre los criminalistas españoles no encontramos una opinión definida; Escriche dice: «Pero aunque tal sea la fuerza de la confesión, no por eso se condena desde luego al que la ha hecho, sino que se pasa al plenario; y se le admite prueba en él, ya para contradecirla ó impugnarla directamente, ya para oponerle y justificar causales ó circunstancias que disminuyan ó quiten absolutamente la criminalidad del hecho confesado, como por ejemplo, la circunstancia de haberlo cometido en defensa propia ó á impulsos de una violenta provocación.» El criminalista D. Marcos Gutiérrez, parece inclinarse á la indivisibilidad de la confesión, pues dice así: «como en virtud de las razones expuestas al principio de este Capítulo, debe darse á la confesión que hagan contra sí los procesados, el menor valor y crédito que sea posible, deberemos decir: que si alguno confiesa haber cometido algún homicidio, pero que fué en defensa, no deberá el Juez dar sólo ascenso á lo primero, aunque no se pruebe lo segundo, ni de consiguiente imponer ninguna pena.»

Bonnier sigue la opinión contraria, pues dice: «en lo relativo á la indivisibilidad de la confesión, el motivo principal en que se funda en materia civil no existe aquí.»

«No se puede decir que sea preciso referirse

enteramente á la buena fe de aquel contra quien no se tienen otras pruebas, puesto que es claro que no ha dependido del Ministerio Público consignar la infracción por una acta en forma debida. En su consecuencia, no hay obligación alguna de aceptar en su totalidad la confesión que llaman los intérpretes confesión calificada, es decir, en la cual el acusado modifica su declaración por medio de la adición de circunstancias que pueden hacer desaparecer, ó por lo menos, atenuar su culpabilidad.» Sin embargo, lo que puede haber de absoluto en esta opinión, parece modificado por las siguientes palabras que el autor agrega á las anteriores: «Por sentencia denegatoria de 23 de Junio de 1837, se reconoce en su consecuencia, en el Juez, un poder discrecional para apreciar la verosimilitud de las circunstancias añadidas á la confesión» (1).

(1) El autor citado pone esta nota: Este principio se admite igualmente en la doctrina inglesa. The jury may believe thay point which charges the prisoner, and reject that which is in his favor, if the they see sufficient grounds for so doing.»

Bonnier. Obra citada, Parte 2.<sup>a</sup>, lib. 1.<sup>o</sup>, lecc. 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> División. Para comprender mejor el pensamiento de este autor, conviene copiar aquí el párrafo que sigue á los que en el texto se han transcripto. Dice así: «En todos los casos, para que el Ministerio Público obtenga la confesión del hecho principal, es preciso que este hecho se desprenda bien de los accesorios sobre que versa la controversia. Así, el que reconoce ha-

## 638 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

Framarino establece esta fórmula: «la confesión no puede legítimamente dividirse sino cuando una de sus partes está contradicha por las pruebas, y la otra está confirmada por las pruebas: es decir, cuando una parte está reprobada y la otra comprobada. Cuando se demuestra la falsedad de una parte de la confesión, sería lógico negarla en todo, dice este autor, según aquel principio *mendax in uno, mendax in toto*. De aquí resulta que, para rechazar una parte de la confesión como falsa, aceptando la otra como verdadera, es preciso que la primera sea combatida por las pruebas y la segunda sostenida por ellas (1).

ber cometido un asesinato, añadiendo que no lo cometió sino en un caso de necesidad, puede ser condenado como homicida, si no justifica este caso de necesidad. De otra suerte sería, si la restricción se refiriese á las circunstancias constitutivas del delito, ó á las circunstancias agravantes. Así, no se podría condenar por violación, por confesión propia, á quien sólo confesara actos preparatorios, tales como actos deshonestos; ni por homicidio, al que confesara solamente haber causado heridas, etc. La confesión, así cualificada, no es más que una confesión parcial, que está obligada á completar la acusación, haciendo la prueba de las circunstancias que no estén comprendidas en ellas; porque si puede ser permitido dividirla, es siempre imposible añadir más á ella.»

(1) Véase la parte final del cap. 17, Parte 1.<sup>a</sup> de su Tratado de la Prueba en materia penal, y el cap. 6.<sup>o</sup>, Parte 4.<sup>a</sup>

Mettermailer no admite que la teoría de la indivisibilidad de la confesión en Derecho civil se aplique al Derecho penal. En su concepto, hay grande error en considerar las excusas del reo añadidas á la confesión, como las excepciones del proceso civil. En términos generales, puede decirse que no admite la divisibilidad de la confesión.

Finalmente, Faustino Helié, después de referir las diversas opiniones de los jurisconsultos franceses, resume la discusión en estos términos (1):

«Se comprende esta diversidad de doctrinas bajo una legislación en la que constituyendo la confesión una prueba legal, era necesario arreglar escrupulosamente sus efectos. Hoy han desaparecido todas las dificultades. La confesión en materia criminal es evidentemente divisible: elemento de la convicción íntima del Juez, pertenece á éste apreciarla en todas sus partes y aceptándola por completo como desecharla en su totalidad ó parcialmente. Ninguna regla puede encadenar la prueba moral; ella se saca de todos los elementos del proceso, de todas las declaraciones del debate, de las negaciones, como de las confesiones del inculpado; toma de cada prueba, de cada indicio, la parte que

---

(1) Tratado de Instrucción Criminal, tomo 4.º, página 591.

## 640 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

le parece verdadera, y separa lo que le parece inverosímil; divide, admite, rechaza, y por medio de este trabajo materia de la inteligencia, se forma la íntima convicción, única base de todos los juicios criminales.

Ellero parece ser de la misma opinión é ilustra su doctrina con ejemplos adecuados (1).

Tales son las doctrinas de los autores que hemos podido consultar, las cuales, como se ha visto, en atención á la discrepancia que hay entre ellas, no pueden servirnos de guía segura para resolver la cuestión. En nuestro concepto, la doctrina que establecimos al tratar de la confesión en materia civil, distinguiendo la confesión en el punto de vista de su complejidad, ó de su divisibilidad, puede también tener aplicación en materia penal. Cuando un reo se confieza autor de un delito que realmente se ha verificado, pero cuyo autor se ignora de una manera completa sin que haya alguna otra prueba contra él, sería en nuestro concepto inicuo no aceptar su confesión en la parte que le favorece y tenerla como bastante para condenarle, en la parte que le perjudica. Esto es en tesis general. Ahora, descendiendo á particularidades, debemos notar que no se deben confundir las circunstancias añadidas á

---

(1) «De la certidumbre en los juicios criminales,» párrafo 27.

la confesión, que modifiquen de tal manera el hecho que se supone delictuoso, hasta el punto de quitarle el carácter de tal, de aquellas que sólo añaden algo, con el objeto de atenuar la falta cometida. Tampoco deben considerarse, en nuestro concepto, como confesiones divisibles, aquellas que son tan frecuentes y que consisten en que el reo se confiese autor del delito; pero añadiendo que obró sin intención de cometerlo. En este caso, lo mismo que en los anteriores, no hay dos hechos, que es lo que constituye la indivisibilidad de la confesión; hay sencillamente una disculpa dada por el reo, y que él deberá probar para librarse de la pena. Explicaremos mejor nuestro pensamiento poniendo algunos ejemplos, tomando para ello dos casos, el uno de los delitos contra las personas, y el otro de los delitos contra la propiedad. Este último nos servirá de ejemplo para demostrar que cuando se alega la falta de intención de delinquir, no hay propiamente una confesión indivisible.

En el caso más frecuente, que es el de la legítima defensa, suponemos que un individuo ha muerto á otro en un lugar solitario, sin testigos ni dato alguno que ayude á la justicia á descubrir quién fué el agresor. En este caso, se ignora hasta quién fué el autor del delito y un individuo dice: yo cometí este homicidio porque fuí agredido y tuve necesidad imperiosa de

defenderme. Analizando este caso, se ve que la confesión no es divisible sino compleja, porque el reo no agrega ningún hecho al que se trata de averiguar, lo que hace es cambiar su naturaleza. De un hecho ilícito y punible hace otro perfectamente lícito y permitido hasta por la moral más severa. En lugar de cometer un delito, ha hecho uso de un derecho. ¿Podrá decirse, en virtud de esta reflexión, que se confesó autor del delito? Evidentemente no; luego sería soberanamente injusto condenarle en virtud de una confesión que no existe más que de nombre, cuando no hay alguna prueba en contra suya. Nótese bien que aquí no alega una disculpa, la falta de intención de matar á un hombre; tuvo la intención de matarlo y lo mató; pero la tuvo usando de un derecho legítimo. Veamos ahora un delito cometido contra la propiedad. En los casos frecuentes de destrucción de propiedad ajena, existe probado el hecho: un campo ha sido talado; pero se ignora el delincuente: un individuo se presenta y dice: yo fuí el autor del daño; pero lo hice en uso de un derecho, porque ese terreno entra dentro de mis linderos que llegan hasta tal punto. ¿Podría decirse que este individuo había confesado el delito de que se le acusaba? Creemos que no; no agrega á su confesión ninguna circunstancia que modifique el hecho que se supone delictuoso, sino que cambia por com-

pleto su naturaleza: de un delito hace un hecho perfectamente lícito. Creemos, por lo mismo, que no se le podría condenar en virtud de tal confesión, si no hubiere otras pruebas que obrasen en contra suya.

Algo hemos dicho ya acerca de la intención. Para hacer más comprensible nuestro pensamiento, pondremos otro ejemplo: Un individuo da muerte á otro, también sin testigos é ignorándose quién haya podido ser el autor del homicidio; se presenta un individuo y dice: yo lo maté, pero fué por casualidad. Creemos que se encontraría en el mismo caso que los anteriores, porque también cambió la naturaleza del hecho; pero si dijera: lo maté porque recibí de él una grave ofensa, lo encontré yaciendo con mi mujer; como estos son hechos que no cambian la naturaleza del delito, sino que solamente lo modifican, librando de pena al que los ejecuta ó disminuyendo la que merezca, juzgamos que se le podría condenar en virtud de la primera parte de la confesión, si no resulta bien probada la segunda.

De la misma suerte, si el que es acusado de robo, teniendo la cosa robada en su poder dijera que no tuvo la intención de apropiársela, sino sólo de esconderla, por chanza ó por juguete, tendría que probarlo, pues la intención no forma parte de su confesión, sino el hecho, y no podría decirse que la confesión fuese di-

visible y menos que pudiera dividirse en su provecho.

Explicado lo anterior de la mejor manera que nos ha sido posible, ya es tiempo de que vengamos al estudio de los preceptos contenidos en nuestro Código de Procedimientos penales, relativamente á la confesión.

Dice éste, que la confesión judicial hará prueba plena, cuando concurren las circunstancias siguientes (art. 170):

1.º Que esté plenamente comprobada la existencia del delito.

2.º Que sea hecha por persona mayor de catorce años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia.

3.º Que sea de hecho propio.

4.º Que sea hecha ante el Juez ó Tribunal de la causa, ó ante el funcionario de policía judicial que haya practicado las primeras diligencias.

5.º Que no venga acompañada de otras pruebas ó presunciones que, á juicio del Juez ó Tribunal, la hagan inverosímil.

De todas estas circunstancias sólo dos merecen nuestra atención, la primera y la última. Las demás son fáciles de comprender.

Dice la primera fracción del artículo que estamos analizando, que es necesario que esté plenamente comprobada la existencia del delito. Se comprende esta necesidad, y el caso que

citamos al comenzar este Capítulo, nos lo demuestra bastante bien; pero en nuestro concepto, no es eso suficiente. En toda averiguación criminal hay dos puntos que esclarecer: 1.º, si se ha cometido un delito; 2.º, quién lo ha cometido. Puede estar plenamente probado lo primero, sin que haya ni el más ligero indicio para descubrir lo segundo. En este caso, si un individuo se presentase diciendo: yo soy el autor de ese delito, sin que haya ninguna prueba, ¿se le condenaría en virtud de su confesión? Creemos que no; y por eso decimos que deberá interpretarse esta fracción en el sentido de que la prueba no sólo sea de la existencia del delito, sino también que en algo indique la persona del delincuente. Es cierto que en la fracción última se dice, que la confesión no esté acompañada de pruebas ó presunciones que la hagan inverosímil; pero debe notarse que aquí se trata de un hecho negativo *que no haya circunstancias que hagan inverosímil la confesión*, cuando debiera ser lo contrario, *que haya pruebas ó presunciones que la hagan verosímil*. Por ejemplo: Se encuentra el cadáver de un hombre que ha sido muerto á puñaladas. El delito está plenamente probado; pero se ignora por completo quién es el delincuente. Se presenta un individuo que dice: yo maté á este hombre porque era mi enemigo. Nada hay de inverosímil en esta confesión; y sin embargo, pudiera

ser falsa y reconocer como causa alguno de los motivos que, según Ortolán, pueden hacer que un individuo se acuse á sí mismo faltando á la verdad. Conforme al texto del Código, este hombre podría ser condenado. Por el contrario, según la inteligencia que le damos, no lo sería, porque si no habría alguna prueba que hiciera inverosímil su confesión, tampoco la había para suponerla conforme á la verdad. En nuestra teoría, sólo probando que existía tal enemistad, y que ésta era capital, podría condenarse al confesante. Explicado ya lo anterior, aún nos queda, con relación al artículo que estudiamos, una cuestión que, por su importancia debía ocupar el primer lugar, y es esta: el Código civil, al tratar de la confesión, dice: que no puede dividirse en daño del que la hace, no conteniendo el art. 170 del Código de Procedimientos penales una declaración semejante; ¿prueba esto que la intención del Legislador fué que la confesión en materia penal, no pudiese dividirse? Creemos que no, porque esto estaría en contradicción con las doctrinas de la Ciencia y contra las reglas del buen sentido, que predominan en materia de pruebas judiciales. Pero se dice: la circunstancia añadida á la confesión, debe probarse por el reo, no porque en tesis general la confesión pueda dividirse, sino porque según el art. 9.º del Código penal que dice que siempre que á un acu-

sado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, á no ser que se averigüe lo contrario. En nuestro concepto, al raciocinar de esta suerte, se incurre en una petición de principio. En el caso de la legítima defensa, el inculpado puede decir: ese artículo no me comprende, si precisamente afirmo lo contrario, esto es, que no he violado ninguna ley, sino que hice uso de mi derecho. Suponer que violé la ley, para aplicarme ese artículo, es dar por resuelto lo mismo que se discute. Creemos que la idea del *dolo*, atribuida á los delitos, nada tiene que ver con la confesión, y se refiere sólo á la intención presunta del inculpado. La ley quiso decir: el que delinque debe suponerse que delinque con conocimiento de causa, deliberadamente, no por fuerza, coacción ó violencia, y esto no se necesita probarlo, sino que tal presunción es inherente al hecho delictuoso; si el reo dijere otra cosa, á él tocaría probarlo. Pero cuando dice: el hecho ejecutado por mí no es un delito, entendemos que no entra para nada en la discusión el elemento del dolo. Podrá ser ó no ser cierto lo que el reo afirma; pero la cuestión dolosa está excluida de la discusión (1).

(1) Mettermaier, que en lo general no admite la divisibilidad de la confesión, parece haber previsto el caso que entre nosotros se presenta, á causa de la intención dolosa, atribuida á todo delincuente. Lo explí-

Explicado lo que teníamos que decir respecto del testimonio del inculpado, contra sí mismo, pasaremos á hablar en el Capítulo siguiente del mismo testimonio, con relación á hechos ajenos.

cito de su doctrina nos obliga á transcribirla íntegra en este lugar. Dice así:

«Confesando los hechos materiales, el acusado puede hacer restricciones sobre la cuestión de la intención criminal: la confesión no puede por sí sola motivar la condena: la voluntad de cometer el crimen, es también uno de los elementos esenciales de la culpabilidad. Aquí se presenta una cuestión ya tratada. En algunos países, el Legislador, dejándose llevar de la errónea doctrina, profesada por gran número de autores, ha erigido el dolo en presunción legal: en otros se ha abstenido estrictamente de hacerlo. En el primer caso, convenimos en que basta que estén confesados los hechos materiales, para que el acusado vea oponérsele esta presunción funesta del dolo; y á pesar de sus más formales denegaciones, el Juez tendrá derecho de pronunciar la condena, sin pararse en las restricciones de la confesión. Felizmente, al consagrar el Legislador una teoría tan falsa, un saludable instinto le ha apartado de llevar demasiado lejos las consecuencias; y si había siempre, según los hechos de la causa, verosimilitud de ausencia de intención criminal, debía admitirla el Magistrado. De esto resulta, que cuando el inculpado niega el dolo, el Juez debe examinar escrupulosamente todas las circunstancias que parezcan confirmar sus denegaciones; y como en último resultado la duda le aprovecha siempre, el Magistrado jamás considerará el dolo como adquirido en los debates, mientras que las explicaciones del inculpado permitan no mirar como improbable la realidad de la falta (culpa) ó del accidente (caso) por él alegado.

## CAPITULO X

### “División formal de la prueba

#### Prueba testimonial

#### Testimonio del acusado acerca del hecho ajeno

#### De la confrontación y de los careos

Al hablar en el presente capítulo del valor del testimonio del inculcado, respecto de hechos ajenos, debemos comenzar por advertir que no habiendo motivo para excluir este testimonio de las reglas generales, todo lo que hemos dicho en cuanto á los motivos subjetivos, objetivos y formales que nos pueden hacer sospechoso un testimonio, debe tenerse como repetido, respecto del reo.

Considerada la cuestión de una manera general, no hay razón para desechar el dicho del inculcado cuando se trata de su cómplice. Algunos criminalistas han dicho que, cuando el reo ha confesado su delito, no se le debe dar crédito en cuanto á los que denuncia como cómplices suyos, por dos razones: la primera, porque es de temer que inculpe á otro con la misma facilidad y prontitud con que se inculpó á sí mismo; y la segunda porque sería de temerse que inculpara falsamente á un individuo po-

deroso, con la esperanza de salvarse así mismo (1). Luego se ve lo fútil de semejantes razones, pues en cuanto á la primera, se podría rechazar el argumento, diciendo: que puesto que el reo fácilmente dijo la verdad acerca del hecho propio, lógicamente debiera deducirse que con igual facilidad diría la verdad sobre el ageno; y en cuanto á la segunda, á primera vista se comprende que el reo nada aventajaría con acusar á un poderoso, si éste era inocente; y lejos de eso, puede decirse que al calumniar á un poderoso pretendiendo hacerle aparecer como cómplice suyo, el acusado traería al debate, no á un aliado, sino á un enemigo, tanto más temible, cuanto mayor fuere su poder.

Otra razón, igualmente general, que se da para negar el crédito al dicho del acusado, en el caso de que tratamos, y es cierta incompatibilidad entre la veracidad y el delito, soste-

---

(1) Son notables las palabras de la ley 21, del tit. 16, Parte 3.<sup>a</sup>, relativamente á la fe que merece la declaración de los cómplices. La ley dice así: «Otrosí dezimos que si alguno hubiere fecho algun yerro de so uno é despues desso acusen algunos dellos por razon de aquel yerro que ficiera, non podria ninguno de los otros sus compañeros que se oviese y acusado en facer aquel yerro, ser testigo contra él.» No obstante las palabras harto explícitas de la ley, Gregorio López opinaba que podía admitirse el testimonio del cómplice, cuando hubiere otros contra el inculpaado.

niéndose que este revela un rebajamiento moral, que inclina á la mentira. Tampoco esta razón es buena, porque no todos los delitos revelan un bajo nivel moral. En los delitos de ímpetu, por ejemplo, el hombre por lo general, obra más bien por una exaltación momentánea, que no por bajeza moral.

Haciendo á un lado estas consideraciones, que por su generalidad no nos harían adelantar nada en el análisis que venimos haciendo, debemos distinguir con Framarino los siguientes casos:

1.º Cuando el reo no está confeso, y revela algo respecto de sus cómplices.

2.º Cuando está confeso.

En el primer caso, si el reo llega á ser convencido de que ha faltado á la verdad, negando su delito, habrá motivo para dudar de su testimonio, respecto de un tercero; pues, si bien es cierto que para negar su falta, obraba en su ánimo su interés propio, lo es igualmente que ese mismo interés pudiera hacerle inculpar á un inocente; ó que cuando menos, hay motivos racionales para dudar que se produzca con verdad.

En el segundo caso, esto es, cuando el reo está confeso, hay que establecer estas dos hipótesis: la una cuando disculpa á su cómplice; y la otra, cuando le inculpa, ya sea de una manera general ó especial.

## 652      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

De cada una de estas hipótesis conviene hablar separadamente. Cuando el reo ha hecho una confesión completa de su delito, su dicho respecto del cómplice tiene un valor igual, cuando menos, al de cualquiera otro testimonio, porque á quien lo ha confesado todo, en nada puede dañarle ó favorecerle la responsabilidad que éste pueda tener; pero lo contrario sucederá, cuando la confesión no sea completa. En este caso, si la disculpa alegada por el reo al confesar su delito favorece igualmente á su cómplice, habrá que dudar de su verdad, porque disculpando á éste se disculpa á sí mismo, Si el hecho referido por el reo en nada le favorece, ni le perjudica á él, habrá que considerarle como cualquiera otro testimonio.

Veamos ahora lo que debemos pensar de los casos de inculpación del cómplice.

Poco esfuerzo intelectual necesitamos hacer para venir en conocimiento, de que desde el momento en que el acusado cree que atribuyendo á otro una participación en el delito, disminuye su responsabilidad, su testimonio contra el cómplice se puede presumir dictado, no por la verdad, sino por el interés de salvarse. Esta sospecha sube de punto en dos casos: primero, cuando el cómplice no ha sido antes citado, y por primera vez el reo le hace aparecer como participante del delito; en este caso puede la cita atribuirse á otros motivos igualmente sos-

pechosos, que deben aumentar la desconfianza, y es de temerse que el reo atribuya una participación en la comisión del delito á una persona ausente, con el objeto de extraviar la averiguación, hacer más dilatado el proceso, y en la creencia de que á nadie perjudica, por creer difícil la aprehensión del supuesto cómplice. Y segundo, cuando encontrándose el reo acusado de un delito como autor único, atribuye en descargo suyo la parte principal á un supuesto cómplice. En este caso debe tenerse en consideración si el delito de que se trata, es de los que ordinariamente exigen el concurso de varias personas, pues si así fuere, no habría motivo para aumentar la sospecha, y tanto en este caso como en el anterior, debe atenderse á la verosimilitud, lo mismo que si se tratase de cualquiera otro testimonio.

Aún podemos suponer otra hipótesis que Framarino propone en los términos siguientes, dándole una juiciosa resolución: ¿Qué resolver en el caso, dice este autor, de que el acusado después de sentenciado, inculpe á un partícipe? Hay que distinguir, si con relación al condenado, aceptada la acusación, pudiera determinar una revocación de la sentencia, la sospecha sería inevitable contra su veracidad; en cambio, si nada útil pudiera resultar para él, será preciso distinguir, en vista del influjo que tales revelaciones pudieran tener en el destino del

cómplice. Si éste se encuentra sentenciado definitivamente, de modo que no pudiera recaer *sub judice*, el dicho del acusado no tendrá efecto y no hay para qué valuarlo, si por el contrario, se tratase de un cómplice que pueda recaer *sub judice*, ó de un individuo que no ha sido llamado al juicio, y que por la índole de la inculpación pueda serlo, entonces no se puede menos de investigar con los criterios comunes del testimonio el posible impulso hacia la mentira, que pudo llevar al condenado á semejantes revelaciones, teniendo siempre en cuenta que la espontaneidad de estas y su índole extraordinaria, aumentara los motivos de sospecha.

Puede aún presentarse un último caso que difiere poco de los anteriores, acerca del cual debemos decir algunas breves palabras, y es, cuando el inculpado se disculpa por completo; esto es, cuando niega de una manera absoluta, haber cometido el delito que se le atribuye, bien negando que su coacusado haya tenido parte en él, ó bien haciéndole aparecer como único responsable.

El valor del testimonio, en el primer caso, se gradúa por el interés que el inculpado pueda tener en faltar á la verdad. Así, si un acusado que sabe que le han visto en compañía de Cayo, afirmase que él y Cayo estaban en un punto distinto cuando se cometió el delito, la

coartada alegada en favor de uno, favorecería al otro; y estando unido el interés de ambos, la afirmación del inculpado en favor del tercero, á quien no llamaremos cómplice, porque el acusado niega haber sido delincuente, se encuentra en el mismo caso que la que hiciera en favor de sí mismo.

Por el contrario, la afirmación del acusado aumenta en crédito á proporción que su interés se separa del de la persona que comparte con él los cargos de la acusación. Así, por ejemplo, si Ticio, acusado de lesiones en riña, afirma haber estado en la riña, pero sin haber herido, y al propio tiempo afirma que Cayo, su coacusado, tampoco estuvo presente en la riña, esta disculpa tiene toda su fuerza probatoria, la cual puede disminuir por causas comunes de descrédito, pero sin que haya motivo alguno especial que rebaje su fe.

Después de haber hablado en los capítulos anteriores y en este del testimonio, tanto con relación á las terceras personas que figuran en los procesos criminales, en calidad de testigos, como del testimonio del inculpado, para dar por concluida esta materia, debemos decir algo de la confrontación y de los careos, géneros de prueba, el primero, admitido por el Código de Procedimientos penales, que es una manera de determinar el testimonio; y diligencia la segunda, que tiende á dar mayor fuerza á las de-

## 656 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

claraciones de los testigos, ó del reo, ó á demostrar la falsedad de ellos.

Poco hay que decir de ambas cosas, en el punto de vista filosófico, y las disposiciones del Código contenidas en los capítulos 8.º y 9.º del lib. 2.º del Código, son más bien reglas de aplicación puramente práctica que ha debido establecer para evitar la arbitrariedad y el abuso que jueces ignorantes ó mal intencionados pudieran cometer.

Dice, pues, el Código, refiriéndose á la diligencia que antes se llamaba *rueda de presos* y hoy *confrontación*, que todo el que declare ante la justicia debe hacerlo de un modo claro y distinto que no dé lugar á duda respecto de la persona á quien designe, diciendo su nombre y apellido; pero que cuando no pueda dar esas señales, manifieste si podría reconocerle cuando se le presente.

En este caso tendrá lugar la diligencia de que venimos hablando, la cual consiste en presentar al testigo, al acusado, ó inculpador al individuo á quien debe reconocer acompañado de otras personas vestidas de la misma manera y que por sus maneras y modales pueda confundirse con aquel. Se insistirá de nuevo con el declarante para que diga si reconocería á la persona á quien se ha referido en sus declaraciones anteriores, si se le presentara; y si dijere que sí, se le llevará frente á las personas

que formen la fila; se le permitirá que reconozca á cada una de ellas detenidamente, ordenándole que toque con la mano á la persona que crea que es la misma que ha ofrecido reconocer, manifestando las semejanzas ó diferencias que advierta entre su estado actual y el que tenía en la época á que se ha referido en su declaración.

Luego se comprende lo falible de esta prueba, considerada aisladamente. En general se practica, cuando los que han sido víctimas de un delito, aseguran no conocer á los delincuentes ó agresores por sus nombres y apellidos; pero sí haberse fijado en su semblante, estatura, trajes, etc.; y ya hemos dicho cuán sujetos están al engaño de ordinario los que son agredidos, de una manera repentina, por la emoción que debe causar en su ánimo lo inesperado del ataque, el peligro á que se han visto expuestos, y las precauciones que es natural suponer que tomen los agresores para no ser reconocidos. Por este motivo, repetimos de nuevo, esta prueba, considerada aisladamente, es muy falible y ninguno se atrevería á condenar á un inculpado, por haber sido reconocido por los acusadores ó por el que fué sujeto pasivo del delito cometido.

Pero cuando existen otras pruebas, cuando son varios los ofendidos, como sucede con fre-

## 658      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

cuencia en los delitos de robo, en que una familia entera es agredida, y todos ó la mayor parte de aquellos reconocen al inculpado, cuando se encuentra confundido con otros individuos, tal reconocimiento, insuficiente por sí solo, tiene mucha fuerza como confirmación de las otras pruebas que obran contra el inculpado siendo necesario suponer un concurso de casualidades, difícil de admitir para negar asenso á un hecho que aparezca comprobado por una demostración material. Como es de suponerse, debe procurarse que cuando son varios los ofendidos que practican el reconocimiento, los unos no tengan noticia de la persona designada por los otros. Quiere también el Código, para mayor garantía del inculpado, que estos elijan el punto en que quieran colocarse entre los demás, y que puedan pedir que se excluya de la reunión á cualquiera persona que les parezca sospechosa. También podrá el juez, á petición del Ministerio Público ó de alguna de las partes interesadas, esto es, del ofendido ó del inculpado, tomar otras precauciones encaminadas al mismo fin que las que el Código ha prescrito, esto es, á lograr la certidumbre de que la designación de la persona, hecha por el testigo ó el ofendido, es realmente conforme á lo indicado en la declaración, y que al señalarle en la rueda de presos, no han sido víctimas de un error (artículos 148

y siguientes del Código de Procedimientos penales).

En cuanto á los careos poco tenemos que decir, porque su objeto se comprende sin necesidad de ninguna explicación; y el Código, en sus artículos relativos se limita á ordenar que estos se practiquen durante la instrucción, siempre que los testigos entre sí ó el inculpado y el ofendido ó estos últimos solamente, se encuentren en contradicción en cuanto á hechos substanciales. Ordena también, que las diligencias se practiquen sólo con los que van á ser careados sin la concurrencia de otras personas, y que cada careo se haga constar en diligencia separada, bajo pena de nulidad de lo que en otra forma se hiciere.

Como debe suponerse, el careo consiste en leer á los que se van á carear, sus respectivas declaraciones; hacerles notar las contradicciones que hay en ellas y procurar que den una explicación satisfactoria ó se pongan de acuerdo respecto de la circunstancia referida de distinta manera, que es lo que debe haber dado motivo al careo. Esta diligencia es de mucha importancia cuando se practica como sería de desear, en presencia del Juez mismo que va á pronunciar la sentencia, porque teniendo presentes á los dos que se van á carear, fácil le será descubrir por su firmeza en sostener su dicho, su serenidad al declarar; ó por el con-

## 660      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

trario por sus vacilaciones, reticencias y la turbación de su semblante, quién de los dos dice la verdad.

Pero, por desgracia, en nuestra forma actual de procedimientos en materia penal, pasa mucho tiempo entre la época en que se practican los careos, y aquel en que se pronuncia la sentencia; y no pocas veces acontece que el Juez que dicta el fallo es otro diverso del que practicó la diligencia. En el primer caso, esto es cuando sólo ha transcurrido el tiempo sin que haya habido cambio en la persona del Juez, las impresiones se borran, se pierde la memoria de ciertos incidentes al parecer insignificantes, pero de mucha trascendencia, que tienen lugar al practicarse el careo; en el segundo, el Juez ó el Tribunal sentenciador, ni idea tienen de la impresión que causaron en uno de los careantes las reconvenciones hechas por el otro; y en ambas cosas, el Juez, en lugar de la discusión animada, llena de movimiento y de vida, que tanta ayuda pudiera prestarle para descubrir la verdad, no tiene á la vista más que la fría narración de que se leyeron á los careantes sus respectivas declaraciones y que habiéndoles hecho notar las contradicciones que en ellas se advierten (lo cual se pone sólo como una fórmula), cada uno sostuvo su dicho, y no adelantándose nada se dió por terminada la diligencia.

Por este motivo, el careo de los testigos ó de estos con el reo y del reo con el ofendido, que pudieran derramar tanta luz en el proceso, casi siempre resultan inútiles. No sucede lo mismo en el juicio por jurados, en el cual los testigos pueden ser interrogados nuevamente por el Ministerio Público y por el Defensor; el reo tiene también que dar las explicaciones que se le pidan, lo mismo que el acusador, y todo esto, en presencia de los jueces de hecho, que observan el semblante de los delincuentes, sus vacilaciones ó su firmeza, el temor ó la serenidad que muestran, y otros signos exteriores que, si no son por sí mismos señales infalibles de culpabilidad ó de inocencia, pueden ayudar mucho al descubrimiento de la verdad. Los jurados, antes que se borren de su memoria tales impresiones dan su voto conforme al dictamen de su conciencia, sin sujeción á ninguna fórmula legal, según hemos dicho en otra parte.

Teniendo por objeto los careos hacer cesar la contrariedad existente entre dos testimonios, es indudable que uno de ellos tiene que cambiar para ponerse de acuerdo con el otro, si la diligencia del careo ha de dar el resultado que se busca. Esto nos obliga á tratar, siquiera sea brevemente, del crédito que puedan merecer las declaraciones de los testigos y la del acusado ó del inculcado cuando varían res-

## 662      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

pecto de lo que primeramente dijeron, y generalizando la cuestión, por lo que hace al último, de lo que se ha llamado retractación de lo que tenía confesado.

En cuanto á los testigos, el buen sentido aconseja que no se admita, sin reserva, el testimonio de una persona que ha faltado anteriormente á la verdad. Los cambios en las declaraciones hacen sospechoso al testigo, pero no nulifican por completo su testimonio.

Debemos, sin embargo excluir el caso de que se trate no de simples cambios en las declaraciones sino de una contradicción manifiesta y patente, reconocida por el mismo testigo. Este ha declarado, por ejemplo, primero, que conoció perfectamente al inculpado y ha sostenido que él fué autor del crimen; y después dice que no le conoció y que se equivocó en su declaración anterior. ¿Qué juzgar en este caso? ¿cuál de las dos declaraciones deberá aceptarse como la expresión de la verdad?

En nuestro concepto, la que estuviese de acuerdo con otras pruebas del proceso, y si no hubiere absolutamente ninguna, no debería darse crédito á ninguna de las dos, porque el que ha mentado una vez, está sujeto á la sospecha fundada de que mentará frecuentemente.

Estas consideraciones que tanto rebajan el valor del testimonio en lo general, tienen más severa aplicación tratándose del acusador. Si

éste varía substancialmente en sus declaraciones, hay motivos para dudar de su buena fe ó cuando menos la hay para temer que impresionado en el momento en que se cometió el delito, haya incurrido en un error que ha venido á desvanecerse después á consecuencia de los careos sostenidos con el reo ó con los testigos. Si esto salva su buena fe, demuestra también la falibilidad de su primera declaración, y hace verosímil la segunda.

Finalmente, por lo que hace á los cambios que puede haber en el testimonio del inculpado, hemos querido hablar de ellos en este lugar generalizando la cuestión, para decir cuatro palabras acerca de la retractación que el reo suele hacer de lo que ya tiene confesado.

Mittermaier, que dedica á la discusión de este punto, un capítulo entero de su Tratado de la prueba, en materia criminal, establece una distinción entre el caso en que la retractación recaiga sobre una confesión completa y que contenga todas las condiciones de credibilidad suficientes, para fundar una condena, y aquel en que, notándose algunos vacíos en la confesión, esta no pueda considerarse como completa y perfecta.

Refiriéndose al primero, dice: si la retractación versa sobre una confesión enteramente regular, ha lugar á aplicar el principio, según el cual una declaración tardía y parcial del

acusado, dada únicamente en interés de este último, no puede destruir una prueba completa, primeramente presentada. Importa, sin embargo, considerar con escrupulosa atención las razones en que la retractación se apoya. Sólo la gravedad y la verosimilitud de estos motivos, puede darle peso é importancia. Por lo tanto, el primer objeto de la retractación es hacer ver que la confesión actualmente revocada no merece crédito, por efecto de un vicio ó de un vacío cualquiera en el cumplimiento de las condiciones requeridas; que era un error considerarla como perfecta, y que lejos de eso, existen en la causa circunstancias materiales que si antes se hubieran reconocido, impedirían que se las considerase como probatorias.

El autor citado enumera cuáles pueden ser esos motivos, y después agrega: cualquiera que sea, por lo demás, el motivo en que se apoye la retractación, es necesario, por una parte, demostrar su verdad, y por otra examinar cuidadosamente qué influencia puede ejercer ese motivo en la fe actualmente adquirida por la confesión. En cuanto á la primera de estas condiciones, parece desde luego que sería necesaria la demostración completa de un fundado motivo, para poder anular la prueba de culpabilidad plenamente producida por la confesión. Ténganse presente, no obstante, que la

prueba es el resultado de la convicción del Juez en el momento en que se desvanecen todos los motivos contrarios; que la verosimilitud de uno solo de estos basta para impedir que se adquiera la certeza, y lo mismo debe decirse en materia de revocación de la confesión, que aun cuando sólo fuera verosímil el motivo de esta revocación, es bastante para quitar á la confesión todo su valor.

Admitida la certeza ó la verosimilitud del motivo, resta examinar la influencia que haya podido ejercer en la confesión. Sobre este particular no pueden establecerse reglas generales; pero el buen sentido y el criterio sereno y desapasionado del juez puede suplirlas. Casos puede haber en que esa influencia se manifieste claramente. Así, por ejemplo, si el reo hace cuando menos verosímil que á consecuencia de su prisión fué acometido de una gran tristeza y de un desaliento profundo, que hasta intentó suicidarse, su primera confesión no merecerá crédito. Si alega que ha sufrido amenazas, coacción ó padecimientos reales, el Juez antes de formar un juicio, estudiará el carácter del acusado: un hombre robusto, experimentado, fuerte de espíritu, no se dejará intimidar por amenazas ni le obligarán á que se declare culpable si es inocente, pero no concederá lo mismo á un hombre tímido y débil. Cuando se habla de confesiones arrancadas por

los padecimientos sufridos en la prisión, se viene sin querer á la memoria el caso de la llamada *Gardin* referido por Ortolan y que nosotros mencionamos en el capítulo anterior (1).

Refiriéndose Mettermaier al segundo caso, esto es, cuando la primera confesión no ha sido completa, ó cuando las circunstancias accesorias en ella referidas no están en consonancia perfecta con los demás datos del proceso, aquella confesión, que ya era defectuosa, pierde toda su eficacia por la retractación posterior, si ésta ha sido revestida de todas las formalidades legales.

Finalmente, si la retractación recae sólo so-

---

(1) En nuestro concepto es muy digna de atenderse la doctrina de Mettermaier, que acabamos de copiar. Cuando el inculpado al retractar su primera confesión, alega que se le arrancó por medio de la violencia, no se le debe exigir la prueba completa de un hecho que nunca podrá probar, bastando la verosimilitud. En un caso práctico que tuvo ocasión de conocer el autor de este libro, los reos afirmaron que se les había sometido al tormento para arrancarles la confesión que les perjudicaba. Les era imposible probar este hecho, ejecutado por las mismas autoridades que conocían del proceso. Pero la espontaneidad de las primeras confesiones, hechas desde que se les recibió su declaración preparatoria, ampliadas hasta la denuncia de otros delitos cuyos autores no se conocían, hacían perfectamente verosímil la violencia de que se quejaban. Esta fué, á lo menos, la impresión que causó en el ánimo del que esto escribe, la lectura del proceso.

bre algunas circunstancias confesadas antes, hay que atender á si éstas son esenciales ó no, esto es, si pueden influir en la clasificación del delito y por lo mismo en la agravación ó atenuación de la pena, ó si, por el contrario, recaen sobre ciertos accidentes que no pueden tener influencia en la suerte del inculpado. En la primera hipótesis, la cuestión se resuelve por los mismos principios que hemos establecido al hablar de la retractación total de la confesión. En la segunda, habrá que considerar atentamente las circunstancias del caso, y si bien se habla en el supuesto de que tales circunstancias sean de poca trascendencia, la conformidad de ellas con otros datos del proceso y las explicaciones que dé el inculpado de los motivos por qué las confesó y las retracta después, servirán de mucho á un juez sagaz y discreto para juzgar del carácter moral del procesado y de la mayor ó menor lealtad con que haya procedido en la confesión de otros hechos.

## CAPITULO XI

---

### De la división formal de la prueba--Prueba documental--Prueba material--Cuerpo del delito.

Conocemos ya la diferencia que existe entre un documento y un escrito presentado como cuerpo del delito, ó bien, entre una declaración escrita y el mismo documento. No todo escrito es documento, y según la doctrina que hemos establecido en otra parte, sólo merece este nombre *la declaración consciente, escrita é irreductible oralmente, destinada á dar fe de los hechos declarados.*

La clasificación de los documentos nos es también conocida; así es, que no tenemos necesidad de repetir aquí, lo que hemos dicho en otra parte, á saber, que los documentos se dividen en *públicos, auténticos y privados.* Trátase ahora solamente de saber qué fe merecen tales documentos cuando se presentan como prueba en un juicio criminal.

No puede haber delito sino en tanto que existe la violación de un derecho; de donde se deduce que si el derecho que se supone violado es un derecho civil y se ha puesto en duda

su existencia, habrá que probarlo por los mismos medios que el derecho civil tiene establecidos, y no podrá impugnarse el documento que lo compruebe, sino acusándolo de falsedad. Por ejemplo, si en un proceso por bigamia se quisiera impugnar la verdad del documento auténtico en que apareciere probada la existencia del primer matrimonio, sería preciso acusarlo de falsedad, y lo mismo sería necesario, si tratándose de un robo, se quisiera impugnar la verdad del documento auténtico, en que constaba la propiedad ajena de la cosa.

De aquí se infiere esta regla general, que da Framarino: Cuando se trata de la averiguación de relaciones meramente civiles, los documentos auténticos tendrán en lo penal la misma fuerza que en lo civil. Perderán esta fuerza, siendo impugnables con cualquiera prueba contraria, cuando se trate de la averiguación de la intención ó del hecho material del delito. En materia penal no debe haber obstáculos al descubrimiento de la verdad, así como tampoco debe haber trabas que se opongan al libre convencimiento judicial.

En las anteriores líneas se encuentra resuelta la cuestión relativa á la fe que merecen los documentos públicos, cuando se presentan en una causa criminal; pero hay otra cuestión más grave y más difícil de resolver, y es la relativa á los efectos que en lo civil debe producir un

documento que se ha declarado falso, por ejemplo, en un procedimiento criminal. Sabemos que en un negocio civil, cuando se objeta la falsedad de un documento, se suspenden los trámites del juicio, basta que el Juez competente, que es el de lo criminal, pronuncie sentencia que declare la falsedad ó no falsedad del documento. En virtud de esta disposición, ocurre preguntar: si en un proceso criminal se discute el valor de un documento del cual penden los derechos civiles que se suponen ofendidos por la comisión del delito, ¿qué Juez y en qué forma deberá procederse, supuesto que los efectos de la declaración del Juez pueden extenderse hasta hacer ineficaces las acciones civiles que pudieran nacer de tal documento?

La cuestión propuesta en estos términos, no pertenece, en nuestro concepto, á la materia de pruebas y debe ser resuelta conforme á los principios que gobiernan la cosa juzgada. Nosotros no hacemos más que apuntarla aquí, remitiendo á nuestros lectores á los autores que han tratado con especialidad esa materia (1).

---

(1) Puede verse el Repertorio de Dalloz Chose, *judgee* n.º 546. Il a té jugé, se lee en este párrafo, que l'arret qui condamne un individu comme coupable de fabrication de faux testament emporté le rejet au civil, du testament, sans qui il serait besoin de donner suite á l'inscription de faux incident civil qui aurait pur être formé avant le proces criminel.

Diremos, sin embargo, que en tesis general un documento que ha sido declarado falso en un proceso criminal, no podría hacerse valer en lo civil.

Volviendo ahora á la cuestión de que en estos momentos debemos ocuparnos, que es el valor y la eficacia de la prueba documental en los procesos criminales, diremos, que como todo documento contiene un testimonio, es claro que por lo que hace á los motivos subjetivos y objetivos que pueden inspirar sospecha, debe tenerse presente lo que se ha dicho al hablar del testimonio en lo general, porque tales motivos son genéricos y no específicos, es decir, que se refieren á todos los testimonios y no son propios y exclusivos del testimonio oral. Así, si el que aparece como autor del documento es pariente ó amigo del acusado, si el documento emana del mismo reo, habrá motivos que disminuyan su eficacia probatoria.

Mas si tal cosa debe decirse de los motivos subjetivos y objetivos de sospecha, no puede afirmarse lo mismo de los motivos formales. Los criterios formales del testimonio, dice Framarino, no son genéricos ni aplicables á toda declaración personal: son específicos del testimonio como tal, y no pueden valer para el documento. Para estimar el valor de este, es preciso tener en cuenta otros criterios que se fun-

dan en la consideración de su forma especial, que es la forma escrita.

Así, pues, para dar fe á un documento en materia criminal, se necesita que sea original y no una copia. El autor á quien nos referimos dice, que si surge una controversia acerca de la copia, debe exhibirse el original, porque cuando se trata de imponer una pena, el Juez no debe darse por contento con una prueba inferior, cuando puede obtener otra superior y más perfecta.

En segundo lugar, importa para la eficacia probatoria del documento, la integridad de este. Un escrito íntegro, tendrá siempre una fuerza mayor que uno mutilado, porque este puede dar lugar á erróneas inteligencias, que á su vez servirían de fundamento á sentencias injustas.

En tercer lugar, todo documento, para conservar su natural eficacia probatoria, debe presentarse sin ninguna apariencia de defecto ó vicio. Las enmiendas, raspaduras y correcciones, lo harán, cuando menos, sospechoso.

La última circunstancia que debe tenerse presente para estimar el valor de un documento en materia penal, es la semejanza ó desemejanza de la letra con que está escrito, comparada con la del autor á quien se atribuye.

Las circunstancias anteriores se refieren á los documentos en lo general. Claro está que

los que son públicos deben tener además las formas que según la ley necesitan para merecer ese carácter. Lo mismo debe decirse de los auténticos, los cuales deberán estar provistas de los sellos, y de las legalizaciones, etc., que fueren de exigirse según la ley.

En cuanto á los documentos privados, es harto sabido, que todo su valor, como elementos probatorios, depende del reconocimiento que haga de ellos su autor. Este reconocimiento debe ser explícito y judicial, pues hecho de otro modo, no daría garantías suficientes para el acusado, y aún así, sólo dentro de ciertos límites tendrá un valor decisivo, para demostrar la verdad de lo escrito.

La opinión de Framarino es sobre este particular muy importante, porque establece una distinción que no está de acuerdo con las teorías del Derecho civil. Según él, el reconocimiento de la firma puesta al pie de un escrito no implica el reconocimiento del contenido. Aun siendo la firma verdadera, dice, ha podido ser arrancada por fuerza ó robada, confundiendo el escrito de que se trata con otro que el autor hubiere firmado de prisa y sin fijarse; aun siendo verdadera la firma, ha podido ser recojida para otro uso, puesta en blanco, aplicándola luego dolosamente al escrito de autos, ó bien pudo la firma estamparse por casualidad en un papel, recogido luego y aprove-

charse para el delito. En materia penal, además del reconocimiento de la firma, es necesario el reconocimiento de la autografía de todo el escrito, el cual no tiene toda su fuerza probatoria si no es completo; es necesario reconocer no sólo que el escrito es de propia letra, sino también recordar haberlo redactado. Reconocer como letra propia la de un escrito que no se recuerda, no es otra cosa en substancia si no afirmar la  *semejanza*  de la letra; es un argumento de probabilidad, no de certeza.

Además de la prueba formal de que hasta aquí hemos hablado, existe la prueba que podemos llamar material, porque consiste en la presencia de las cosas que demuestran la existencia del delito.

La primera observación que acerca de ella tenemos que hacer, es que esta prueba siempre es original, esto es, que la cosa que sirve para comprobar el delito, debe presentarse materialmente al Juez. Si sólo se hace referenciade ella por los testigos, ó por el acusado, entonces sería prueba testimonial y no prueba material.

La segunda observación consiste en recordar, que no es preciso que se trate de cosas inanimadas é inertes, para que la prueba sea material. Las palabras, la expresión del semblante y otras demostraciones exteriores, pueden ser de hecho pruebas materiales, en cuanto

son inconscientes. Las cosas no tienen conciencia de sí, y esto es lo que distingue la prueba material de la prueba personal: en esta hay conciencia y en aquella no. Hasta la palabra humana puede ser una prueba de esta especie, cuando es inconsciente, como cuando se pronuncia en el momento de un delirio ó por efecto del sonambulismo. Téngase presente que, si bien esta no es una prueba suficiente, sí ha servido en muchos casos, unida á otros datos, para descubrir á un delincuente.

Por no tener las cosas conciencia de sí, la prueba material pierde muchas veces gran parte de su valor probatorio. Las cosas son testigos mudos, pero imparciales, exentos de toda presunción de engaño, y serían de una eficacia indiscutible si se tuviera la certeza de su identidad. Esto es lo que les falta y lo que el Juez se debe empeñar en que sea comprobado. Por ejemplo, el cadáver es una prueba indiscutible de que un hombre ha sido muerto; y la presencia de un puñal cerca de él, prueba que alguno fué causa de la muerte; pero el puñal puede haber sido puesto allí intencionalmente para hacer recaer las sospechas sobre una persona inocente y alejarlas del verdadero culpable. La fractura de una caja demuestra á primera vista que se cometió allí un robo, si los objetos en ella contenidos han desaparecido; pero también hay casos, y no pocos, en que se

## 676 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

supone un robo que no ha existido, para tomarse lo ageno ó para no restituir un depósito, ó por otros motivos semejantes.

De lo dicho se infiere que si las pruebas materiales del delito son eficaces para descubrir la verdad, como tesis general, cuando se trata de su valuación concreta, debe el Juez proceder con toda circunspección para no ser víctima de un engaño.

Al hablar de la prueba material, se viene de una manera involuntaria á la mente cuanto se ha dicho acerca de lo que se ha llamado cuerpo del delito, de lo cual conviene que digamos algo en este lugar. Es cierto que en el orden del procedimiento, la comprobación del cuerpo del delito es lo primero que debe procurar el Juez instructor, y que bajo este concepto debíamos nosotros haber hablado de esta materia antes que de ninguna otra; pero tambien es cierto que este Tratado, no es un Tratado de Procedimientos, sino de prueba, y que si los que tiene por objeto hacer constar la existencia del hecho delictuoso por medio de las señales que de él quedan. que es lo que por una figura retórica, se ha llamado cuerpo del delito, entran en la categoría de las pruebas materiales, no hay motivos para atribuirles un carácter diferente.

Vamos pues, á tratar en este lugar de tan delicada materia, con la amplitud que merece.

*Cuerpo del delito*, es todo aquello que representa la material manifestación y la aparición física del delito. Pero no todo lo que sirve para manifestar el delito, puede merecer tal nombre, sino tan solo aquellas manifestaciones físicas que están ligadas íntimamente á la consumación del hecho delictuoso. El cuerpo del delito se refiere á los medios materiales inmediatos y á los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes á la esencia del hecho mismo.

Ilustraremos esta doctrina con dos ejemplos tomados de Framarino: Ticio, queriendo caer inadvertido sobre su enemigo, se coloca en un ángulo del camino y para no ser visto, rompe el cristal del farol que hay en aquel lugar y apaga la luz; el enemigo pasa y Ticio le hiera. El cristal roto, sujeto á la directa percepción del Juez será una prueba material; pero no será el cuerpo del delito, porque no hay entre él y el delito cometido, una realción de causalidad inmediata.

Otro ejemplo: Ticio, después de haber cometido un delito, advirtiéndole que se le persigue, huye despavorido, y en la fuga deja caer el sombrero. ¿Será este sombrero, caído y recogido, un cuerpo de delito? Evidentemente no,

## 678      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

porque no es un efecto inmediato del delito cometido.

El autor citado distingue tres especies de efectos materiales é inmediatos al delito, que constituyen cuerpos del delito.

1 ° Los efectos permanentes del hecho mismo sin los cuales el delito no existiría, ó cuando menos no existiría con el carácter de gravedad que se le atribuye.

A esta clase pertenece la moneda falsa y el billete de banco falsificado, en los casos de falsificación; el escrito injurioso en la injuria, el cadáver en los homicidios, las heridas en las lesiones físicas, y en suma, todo efecto material, sin el cual el delito no existiría.

2.º Las huellas encontradas, que no constituyen un elemento del crimen, pero que son su consecuencia inmediata, aunque sea de una manera ocasional, por ejemplo, las huellas dejadas en las cosas cercanas al lugar donde aquel se cometió, como los muebles rotos, las señales del escalamiento en el robo, etc., los vestidos del reo encontrados en el mismo lugar ó los objetos pertenecientes á la víctima encontrados en poder del inculpado.

3.º Los hechos materiales permanentes que constituyen por decirlo así, la prosecución del hecho criminoso.

Esta prosecución no consiste en la repetición de varios actos cada uno de los cuales es

una violación perfecta de la ley, que es lo que correspondería á la idea que nos formamos del delito cometido, si no en el hecho de mantener vivos los efectos del delito que ya se consumó, aunque sea de un modo negativo. Tal es lo que acontece manteniendo detenida á la persona á quien se ha secuestrado, ó conservando el ladrón en su poder la cosa robada.

Habiendo considerado las especies del cuerpo del delito de que hemos hablado, como efecto del mismo delito, conviene estudiar el cuerpo del delito como medio.

Bajo este aspecto, el elemento material del delito, puede ser de dos especies: elemento activo y elemento pasivo. El primero será el que ha servido de instrumento al delincuente para cometer el delito, v. g., el pañal que ha servido para matar ó herir, la cuerda que ha servido para ahorcar á un individuo, y la escala ó la llave falsa que ha servido para efectuar el robo.

Como elemento pasivo, se considera cuerpo del delito el objeto mismo en cuanto ha sufrido modificaciones encanidadas á la comisión del delito, como la fractura de las puertas y de los muebles en el caso de robo, y en general las huellas en las personas, producidas por la violencia empleada para llegar á la consumación del delito.

Una vez explicado lo que debe entenderse

## 680      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

por cuerpo del delito, y las diferentes maneras como este puede ser considerado, se comprende bien la diversidad de opiniones que suele haber respecto de esta materia. Algunos criminalistas han dicho que no es fácil definir lo que debe entenderse por cuerpo del delito; otros, han afirmado que se confunde con el delito mismo, y algunos han llegado á enseñar que en ciertos delitos, como la calumnia y otros, en los cuales entra como elemento esencial la intención dolosa, no es posible señalar lo que debe tomarse como cuerpo del delito, puesto que la intención es un acto interno que escapa á la percepción.

Esto ha dependido de la diversa acepción con que la palabra que se trata de definir ha sido tomada. Por eso ha sido necesario, antes de todo, analizar su sentido, y demostrar que hay diferentes especies de cuerpos del delito, según el hecho criminal de que se trata.

Una vez que hemos llegado á este punto vengamos á las consecuencias prácticas que de lo dicho se derivan, esto es, veamos cómo debe probarse la existencia del cuerpo del delito, base indispensable de todo procedimiento criminal.

Cuando el hecho material y permanente en que se concreta el delito es algo material sin lo cual el delito no existiría, ó al menos no existiría con la gravedad que se le atribuye,

como sucede con el cadáver en el homicidio ó la moneda falsa en el delito de falsa amonedación, es indispensable la prueba material del cuerpo del delito. De nada servirá que veinte testigos afirmen que vieron á un hombre que cayó muerto, herido por otro, si no se ha tenido á la vista el cadáver; así como tampoco servirá que igual número de testigos aseguren que un individuo ha falsificado una letra, mientras no se presente la letra que se dice falsificada.

Esta regla solamente admite una excepción, y es cuando están suficientemente probados la desaparición del cuerpo del delito y los motivos de esa desaparición. Pero para admitir esta prueba se necesita que el Juez proceda con mucha circunspección para no exponerse á ser víctima de un error lamentable, de lo cual no faltan desgraciadamente ejemplos en los anales judiciales.

Hay casos en los cuales, no obstante los efectos permanentes del delito que constituyen el cuerpo de él, estos no se pueden presentar en juicio, ya por razón de una imposibilidad física ó por motivos de moralidad. Tal sucederá por ejemplo, con una casa incendiada, ó con el cuerpo de una joven violada. En estos casos la comprobación judicial ó el dictamen de los peritos suplen la falta de comprobación directa. El Juez podrá ver la casa quemada, pero

## 682      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

los jueces superiores no podrán tenerla á la vista, porque en el proceso sólo puede hacerse la descripción de ella.

En suma, en los casos de que hemos hablado es indispensable la prueba material. Pero cuando se ha probado suficientemente la ocultación ó desaparición del cuerpo del delito por parte del delincuente, ó de otra persona, su aniquilamiento ó desaparición por motivos inherentes á su propia naturaleza, insistir en pedir la prueba material, sería un absurdo y habrá que atender á los testimonios ordinarios, como sucede respecto de los demás hechos.

Lo que hemos dicho respecto del elemento activo del cuerpo del delito, debe entenderse también respecto del elemento pasivo.

Cuando se hace cargo á un reo de la fractura de una puerta, por ejemplo para ejecutar un robo, es necesario que aparezca comprobada por una prueba material y no simplemente por testigos la existencia de dicha fractura, á no ser que esta hubiere desaparecido por algunos motivos, que deberán justificarse en el proceso.

En cuanto á los delitos en los cuales más que el hecho material se requiere la intención dolosa, hay que decir con Bonnier: es evidente que en estos casos la investigación previa de un cuerpo del delito sería una empresa quimérica. No hay duda que es necesario que se

haya cometido un delito; pero la existencia de este puede justificarse de una manera indirecta puesto que la responsabilidad del reo puede probarse en la misma forma (1).

## CAPITULO XII

**Prueba compuesta. Pruebas de cargo. Pruebas de descargo. Relación entre unas y otras.**

### **Conclusión.**

Con lo dicho al terminar el Capítulo anterior, deberíamos dar por concluido el presente Tratado, puesto que en esta su tercera y última parte, nos han servido de guía las doctrinas de Framarino, de las cuales hemos tomado lo más notable, acomodándolas á la índole de nuestro estudio y á los preceptos de nuestra legislación; pero aun tenemos que añadir algunas palabras para que nada quede por decir en una materia tan importante, y que tanto afecta á los derechos naturales de los individuos y al bienestar de la sociedad, como es la prueba en materia penal. En el presente Capítulo, que será el último de la obra, diremos algo de lo

---

(1) Tratado de las Pruebas Judiciales, Parte 1.<sup>a</sup>, sec. 1.<sup>a</sup>, pág. 17.

que Mittermaier llama prueba compuesta, así como de las pruebas de cargo y descargo y de la relación que debe haber entre ellas.

La cuestión de la prueba compuesta tiene que formularse en términos generales, de esta manera: ¿puede admitirse que varias pruebas incompletas é imperfectas, concluyan una, completa y perfecta, suficiente para fundar una condena?

La respuesta á esta pregunta, depende del sistema probatorio que se elija. En el sistema estrictamente legal, puede la ley admitir ciertos elementos de prueba que considera incompletos, como el dicho de un solo testigo, la confesión extrajudicial, etc., y determinar que la reunión de varios de ellos constituyan la prueba necesaria de la comisión del delito. Creemos que este es el sistema que prevalecía en la jurisprudencia española, pues vemos que Gutiérrez y otros criminalistas enseñan tal doctrina que no parece extraña á nuestro Código actual. Este atribuye el carácter de presunción, es decir, de pruebas incompletas, á los testigos que no convienen en la substancia del hecho, á los de oídas, á los singulares y á la fama pública (art. 182).

En el sistema puramente racional, no puede haber reglas precisas que determinen el crédito que merezca toda clase de pruebas, ya se consideren juntas ó separadas, porque la cer-

teza para el Juez debe nacer, no sólo de las pruebas que se han presentado, sino también de las que se han omitido, es decir, que procediendo conforme al criterio humano, y tal como procedemos todos los hombres para conceder ó negar nuestro asenso á un hecho en las circunstancias ordinarias de la vida, el asentimiento de nuestra mente será siempre un acto intelectual difícil de analizar.

Pero sea de un modo ó de otro, esto es, ya se trate del sistema legal de prueba ó del sistema racional, siempre será conveniente trazar algunas reglas que sirvan de guía al Juez para ayudarle en la difícil tarea de descubrir la verdad.

Los elementos, pues, de la prueba compuesta, podemos decir con Mettermayer, que son: 1.º, el concurso mutuo de medios imperfectos de *prueba directa*; 2.º, su concurrencia con indicios propiamente dichos. Y debe entenderse que no se trata de fragmentos de prueba reunidos para formar un total, porque el Juez no puede formar su convicción de esa manera. La circunstancia más pequeña, en apariencia, fija muchas veces sus opiniones sobre el valor de una prueba y su decisión se apoya en una multitud de motivos que se combinan y completan unos con otros.

De estas consideraciones deduce el autor citado las tres reglas siguientes:

Para que la prueba compuesta produzca la certeza, se necesita:

1.º Que el cuerpo del delito se halle plenamente demostrado, pues como tantas veces hemos dicho, sin esto el procedimiento criminal carecería de base.

2.º Que el medio de prueba imperfecto que se haya de tomar en cuenta, sea por sí solo capaz de fundar una verosimilitud poderosa; regla importante que debe observarse especialmente en materia de confesión extrajudicial, porque esta no puede tener trascendencia, sino en cuanto ha sido realmente declarada y el hecho de su declaración está plenamente demostrado.

3.º Que el origen de donde se derive cada uno de los medios de prueba sea diferente; si sucediere lo contrario, ya no habría para el Juez esta razón poderosa para creer en la eficacia de la prueba compuesta, á saber, que se llegue siempre al mismo resultado; pero por diversos caminos. Si un testigo, único, declarase, por ejemplo, sobre el hecho principal del delito, y al mismo tiempo lo hiciera respecto de la confesión extrajudicial, habría mucho motivo para dudar y no se podría llamar á ésta una prueba compuesta.

Aunque las expresiones pruebas de cargo y de descargo, pudieran inducirnos á error, porque parecen suponer una verdadera contienda

entre dos partes, tal como se verifica en los asuntos civiles, como tales expresiones están consagradas por el uso, no tememos servirnos de ellas, explicando antes la significación que á tales palabras atribuimos.

Advertiremos, pues, que el objeto de la instrucción es, ante todo y sobre todo, el descubrimiento de la verdad, de tal suerte, que en cuanto á su fin ó á su objeto, no debe haber diferencia en admitir y hasta en proporcionar las pruebas, por parte del Juez, ya sea que favorezcan ó perjudiquen al inculpado. La instrucción, dice Mettermayer, forma una sola prueba del proceso, sin que pueda separarse la prueba del cargo de la del descargo. En todos los medios de prueba que el Juez emplea, cuando, por ejemplo, interroga á los testigos, debe consignar con igual cuidado todas aquellas particularidades de sus deposiciones que parezcan dirigirse á la exculpación, y si un testigo iniciare un hecho de gravedad, si dijera. v. gr., que el acusado estaba sujeto á los ataques de una enfermedad mental, convendría examinar hasta su último grado la verdad de este aserto.

Supuesto lo anterior, se comprende en qué sentido debemos de tomar las expresiones de que venimos hablando, las cuales, si se hubiesen de tomar en su acepción propia, significarían, de parte del Juez, la necesidad de aceptar tan sólo las que la acusación y la defensa res-

## 688 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

pectivamente pudieran ofrecerle, sin que él diese un paso más por su propia iniciativa, como no puede hacerlo en materia civil.

Entendemos, pues, por pruebas de descargo, no sólo las que se han recibido á petición del reo, sino todos los hechos que á éste puedan favorecer, aunque no se hayan practicado á petición suya; y por el contrario, llamaremos pruebas de cargo, las que tiendan á demostrar la existencia del hecho criminoso y á probar que el inculpado ha sido el autor de él.

Se comprende desde luego cuánta es la importancia de estas últimas, puesto que se necesita que la prueba sea plena y completa para que la pena pueda decretarse; y sólo reúne tales cualidades, cuando todos los hechos que motivan la aplicación de aquella, llegan á ser jurídicamente ciertos.

Los principales objetos de las pruebas de cargo, según Mettermayer, deben ser:

1.º La averiguación de los hechos de donde resulta la materialidad de los hechos criminosos, la muerte por ejemplo, en el caso de homicidio, de los hechos característicos del crimen, como la administración del veneno, y de los actos que se suponen unidos al delito especial que se trata de castigar, como el escalamiento en el caso de robo, etc.

2.º La demostración de la participación que en tales hechos ha tenido el acusado.

3.º La investigación de su estado mental y de su voluntad, en el momento de delinquir, á fin de apreciar si ha habido dolo ó simplemente negligencia.

4.º La manifestación de la premeditación, en los casos en que es elemento esencial del delito.

5.º La averiguación de la intención, cuando tiene relación con el delito, como en el caso de dolo.

6.º La demostración de la perfecta coincidencia entre la intención y los hechos que se le atribuyen como su consecuencia; tal sería cuando el inculpado confesase que sólo había querido herir, y sin embargo, las heridas habían ocasionada la muerte.

En cuanto á las pruebas del descargo, pueden ser directas ó indirectas. Las primeras son las que sirven para destruir por completo los hechos en que se funda la inculpación, como si un testigo afirma que el acusado permaneció tranquilo durante la riña, cuando otro asegura que tomó parte en ella. Las segundas, son las que tienen por objeto, los hechos que tienden á desvanecer las consecuencias deducidas legalmente de la prueba de cargo, haciendo por lo mismo, imposible la aplicación de la pena, ó disminuyendo su gravedad.

La prueba directa de descargo, puede tener por objeto demostrar que son calumniosos los hechos

## 690      TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

---

que sirven de fundamento á la acusación ó nulificar las pruebas mismas, como cuando van encaminadas á probar la completa inverosimilitud de los hechos de inculpación. Si el presunto reo probase que los testigos habían sido sobornados, tendríamos un ejemplo del primer caso; si siendo acusado de violación, probase que era impotente, tendríamos un ejemplo del segundo.

También puede comprenderse en este segundo caso, la prueba de que los testigos no han sido examinados con los requisitos legales.

Entre las pruebas que tienen por objeto la imposibilidad del hecho, la más notable es la que se ha llamado negación del lugar (*negatio loci*), que consiste en probar el reo que cuando se cometió el delito se encontraba en otro lugar. Esta prueba se llama en el Derecho Español, prueba de la *coartada*; y en la jurisprudencia extranjera se conoce con el nombre de excepción de *alibi*, (en otro lugar); y requiere, en cuanto á su examen, mucha atención y mucha discreción en el Juez, porque como es tan conocida, los reos la tienen suficientemente estudiada y suele suceder que cuando caen en manos de la justicia ya tienen preparados todos los medios de probar la coartada, con lo que esperan salvarse.

La prueba de descargo indirecta, tiende, como hemos dicho, á destruir las consecuencias

de los hechos en que se hacen consistir las de cargo, como por ejemplo, cuando el acusado prueba la existencia de un hecho anterior al delito y que demuestra falta de voluntad en cometerlo: tal sería la amistad íntima con el que se supone muerto ó herido; la falta de motivos impulsivos, que pudieran explicar la comisión del mismo delito, ó bien, una orden emanada de sus superiores y que tenía la obligación de obedecer.

Una vez que hemos explicado lo que entendemos por pruebas de cargo y de descargo, parece natural que digamos algo acerca de las relaciones que deben existir entre unas y otras.

En el sistema probatorio que nosotros consideramos como el más perfecto, porque en él no se separa la conciencia del Juez, de la del hombre, la certeza no puede resultar sino de la comparación, de unas y otras; pero no de una simple comparación, por decirlo así, material, que consistiría en poner las pruebas de cargo frente á las de descargo sencillamente, sino en advertir las deficiencias que en estas y en aquellas pudiera haber y darse cuenta y razón de ellas. A nuestro juicio, siempre que se trate de un hecho fácil de probar y que no resulte porbado, hay motivos para dudar de su veardr. En la Lógica judicial, como en la Lógica general, tienen también mucha fuerza los argumentos negativos.

Para que la certeza nazca en el ánimo del Juez, es necesario que no quede duda alguna en él. La sentencia, dice Mettermajer, debe ser el resultado del examen concienzudo de todas las razones en pro y en contra, alegadas en el curso del procedimiento; y todas las dudas deben ser excluidas, descartados todos los motivos de verosimilitud negativa, antes que la certeza, base esencial de la condena, pueda formarse en la conciencia del Magistrado.

Para ilustrar esta importante materia, compendiamos aquí las siguientes observaciones de Mettermajer, que pueden tomarse como otras tantas reglas de Crítica judicial.

1.º La prueba de que se ha cometido un delito y de que el inculcado ha sido su autor, hecha abstracción de la prueba del descargo, puede ser completa; pero como esta última viene á oponerse directamente á la primera, aun cuando no estuviese fundada más que en la verosimilitud, esto sería bastante para impedir la condena, porque no hay tal certeza en la causa que excluye la probabilidad de lo contrario.

2.º A la prueba perfecta de acusación, pueden oponerse otros medios que la contradigan indirectamente: la certeza entonces no existe, y del conflicto de declaraciones contrarias nace la duda. Si la prueba de descargo se ha dirigido contra un medio de prueba determinado, contra un testigo, por ejemplo, conviene exa-

minar, si descartado ese medio, la certeza queda aún.

3.º Admitida la prueba de cargo, si la de descargo no se encamina más que á los detalles del hecho, que pueden conciliarse con el fondo de la acusación, la afirmación primera no pierde nada de su fuerza.

Tales son las reglas que encontramos en los autores que nos han servido de guía, para escribir estos últimos capítulos. Ellas justifican una vez más, la teoría que hemos venido sosteniendo y que consiste en no aceptar para la conciencia del Juez un criterio diverso del que sirve á la conciencia del hombre, para formar concepto de la verdad ó falsedad de los hechos acerca de los cuales tenemos necesidad de juzgar en la práctica diaria de la vida. Si tal teoría puede y debe tener aplicación en materia civil, con mucha más razón debe tenerla en materia criminal. Allí donde se discuten de ordinario intereses puramente pecuniarios; donde la parte que carece de pruebas puede ser, cuando menos, culpable de imprevisión, porque no cuidó de proveerse de ellas oportunamente, se comprende que la ley iniervenga en muchos casos, diciéndole al Juez: no admitirás como ciertos sino los hechos que aparezcan consignados por escrito, ó en documentos públicos, etc., constituyendo estas reglas un sistema legal, ó cuando menos, un sistema mixto de prue-

bas, pero cuando se trata de la libertad, de la honra y tal vez de la vida de los individuos; cuando los hechos son por su misma naturaleza difíciles de probar, refiriéndose unas veces al hecho criminoso y otras al autor; cuando hay además del elemento material que cae bajo el imperio de los sentidos el elemento moral, la intención que escapa hasta las miradas más penetrantes, no es posible, en nuestro concepto, dudar de la superioridad del sistema que hemos llamado racional, sobre el sistema legal, que en realidad nunca ha podido prevalecer de una manera absoluta, porque hasta en las legislaciones más severas, siempre ha debido quedar algo sujeto al criterio moral del Magistrado.

Ya hemos dicho en otra parte, que donde está admitido el juicio por jurados, el sistema racional de pruebas reina en toda su plenitud, porque los jurados, al contestar al cuestionario que se les formula, preguntándoles si el inculgado es ó no reo de tal delito, y si en él mediaron tales ó cuales circunstancias, no tienen que consultar ningún texto de ley, ni dar cuenta más que á Dios, y á su conciencia del voto que van á emitir.

Pero donde el juicio por jurados no existe, los Jueces tienen que inspirarse en las reglas de una crítica serena é imparcial, teniendo presentes los preceptos de la ley; pero aplicán-

dolos é interpretándolos en el sentido que más se acerque á las sugerencias del buen sentido, á las reglas inexorables de la Lógica y á los preceptos imperiosos de una razón sensata é ilustrada.

**F I N**