

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFIA É HISTORIA

---

# LÓGICA DE LAS PRUEBAS

EN

# MATERIA CRIMINAL

POR

## NICOLÁS FRAMARINO

DEI MALATESTA

~~~~~  
TOMO PRIMERO

~~~~~  
BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFIA É HISTORIA

BIBLIOTECA

MADRID

LA ESPAÑA MODERNA

Cuesta de Santo Domingo, 16.

007011442

CE  
H128  
F2242  
T.1

---

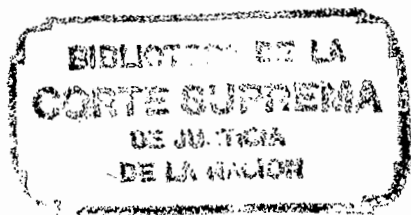
ES PROPIEDAD

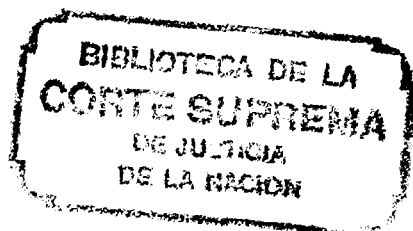
---

## À LA SANTA MEMORIA DE MI MADRE

ANGIOLA DE NOTARISTEFANI

*junto á la cual fué dulce mi vida, de una dulzura no gozada después nunca, y de quien todo recuerdo es para mí un ejemplo y una inspiración hacia el bien.*





## INTRODUCCIÓN

---

**E**l delito, que, individualmente es cosa del hombre, en cuanto por sus particulares contingencias ha llegado á concretarse como una violación de un derecho, puede ser considerado específica y genéricamente: específicamente, en relación con las condiciones esenciales que hacen de aquel hecho humano particular, una determinada violación del derecho; genéricamente, con relación á las condiciones esenciales en virtud de las cuales aquel hecho humano constituye, no ésta ó aquella especie de violación, sino una violación del derecho en general.

Considerando el hecho humano como una individualidad que constituye una especie dada de violación criminal, se ha distinguido el delito como *instantáneo* y *continuado*, según que la violación del derecho *se agota* en un solo momento, ó bien *prosigue* aun después del instante de su consumación.

Ahora bien; si el delito considerado específicamente se presenta como instantáneo ó como continuado, considerado bajo su aspecto genérico, se presenta siempre de esta última manera.

No puede concebirse derecho sin deber correlativo: no puede concebirse derecho sin la idea del respeto que legitimamente debe inspirar: si el reconocimiento ó el desconocimiento del derecho de uno, dependiese del capricho de los demás, el derecho no sería verdaderamente tal. Esta creencia en el respeto que los derechos deben legitimamente inspirar, constituye la *tranquilidad jurídica* del individuo y de la sociedad; y la opinión misma relativa al respeto que á los derechos se debe, es, como condición esencial de su concepto, un derecho tambien: es el derecho á la *tranquilidad jurídica*, derecho genérico que forma, no sólo la fuerza, sino hasta el ambiente en el cual respiran, viven y tienen valor prácticamente todos los derechos particulares.

Ahora bien; todo hecho particular criminoso, considerado genéricamente, en cuanto constituye un delito en general, viola el derecho á la *tranquilidad jurídica*; y en cuanto se resuelve en semejante viotación, constituye siempre un delito *continuado*. Todo delito, en efecto, no es más que una afirmación explícita de la falta de respeto al derecho; una manifestación en un hecho exterior, de una amenaza contra todos los derechos iguales ó inferiores al derecho violado; es, en suma, cómo afirmar de un modo explícito y de hecho, que se está pronto á conculcar cualquier derecho, de igual ó menos respetabilidad que el derecho violado, siempre que se ponga en lucha con las propias pasiones. Esta amenaza no se agota en el acto de consumación de la violación del derecho particular del caso, antes bien, continúa su vida criminosa, hasta que tal continuidad se encuentre detenida con la *pena*. La pena, pues, no viene á castigar al delincuente por su violación ya consumada del derecho; toda vez que en cuanto á ésta, *factum infectum fieri nequit*, no quedando como

legítima más que la mera acción civil. La pena viene á castigar al delincuente, para interrumpir la continuación de su acción criminosa contra la tranquilidad jurídica del ofendido y de la sociedad entera.

Bajo este aspecto, se afirma con razón que el derecho de castigar tiene su principio superior, y su legitimidad, en la *defensa directa del derecho*, tanto en lo referente á las penas *señaladas* por el legislador, cuanto á las penas *impuestas* por el juez; la pena no se impone legítimamente sólo porque el legislador conmine con ella de un modo legítimo; se impone, sobre todo, legítimamente porque al aplicarse se resuelve en *actual* y práctica defensa del derecho contra la acción criminosa, *continuable*, del delincuente.

En tal concepto, se dice muy fundadamente que la pena, negando el delito, afirma el derecho. La pena no niega el delito, en cuanto el delito consiste en la particular violación de un derecho; esta violación desde el momento en que se ha verificado, no cabe aniquilarla. La pena, por el contrario, niega eficazmente el delito, en cuanto éste consiste en una violación, *continuada*, del derecho á la tranquilidad jurídica: la pena niega y detiene esta continuación, y á hacerlo, impidiendo á la acción criminosa seguir negando el derecho á la tranquilidad jurídica, reafirma éste.

En virtud de esto, puede sostenerse que la afirmación y aplicación del derecho contra el delincuente, no es tanto una *acción*, cuanto una *reacción* penal; resolviéndose la pena propiamente en una *interrupción del delito* (1).

---

(1) Considerando así la pena, no hay sistema que ponga en peligro su racional legitimidad; si no me engaño, aun para la

Si la pena hiere el delito por ser violación continuada de la tranquilidad jurídica, se sobreentiende que este delito genérico de la violada tranquilidad es mayor ó menor, según la mayor ó menor gravedad que presente el delito concreto contra el derecho en especial; y así, arreglando la pena al delito cometido, se la pone en proporción con la violación de la tranquilidad jurídica.

Resumiendo lo expuesto, diremos que la pena es una *interrupción del delito*, en cuanto éste viola la tranquilidad jurídica. Esta interrupción del delito que constituye la pena, esta interrupción de la continua amenaza contra los derechos, tiene su legitimidad *sustancial* en la defensa directa del derecho; y encuentra su legitimidad *formal*, ya en una perpetua restricción de la libertad del que amenaza, eliminándolo de la sociedad, ya en una temporal restricción de la libertad; restricción perpetua ó temporal de la libertad que, á la vez que detiene *materialmente* la eficacia de la amenaza, debe encaminarse también á aniquilarla *moralmente*, corrigiendo al delincuente y conteniendo las malas inclinaciones. *La defensa directa del derecho*, ejercida bajo forma que impida materialmente la continuación del delito, y que moralmente se encamine á la *corrección* del delincuente y á la *intimidación* de los malvados; tal es la pena legítima; tal es lo

---

nueva escuela penal, este es el mejor punto de vista para la legitimación de la penal (a).

(a) El punto de vista, discutible en sí, es en todo caso parcial y limitado. Se olvida el fecundísimo aspecto de la *pena*, no como castigo ni como reacción contra el delito, en interés social, sino como *tutela* del delincuente en un sentido más amplio que el de su corrección. Verdad es que este aspecto (sobre el que tan admirables cosas pueden verse en los libros de nuestra ilustre doña Concepción Arenal y en no pocos trabajos del Sr. Dorado), no era el que convenía considerar al autor en este libro de pruebas.—(N. DEL T.)

que puede reafirmar aquella tranquilidad social que el delito perturbara con su acción no contenida.

Y así como el principio de la pena consiste en la defensa del derecho, así su finalidad consiste en la reafirmación de la tranquilidad social. Ahora bien; el principio al igual que el fin de la pena llevan á una misma conclusión; la pena no debe recaer sino sobre quien es reo de un modo *cierto*.

En cuanto al principio de la defensa jurídica, trátase de un principio universal, que comprende en sí la defensa de todos los derechos. Pues bien; frente al derecho que tiene la sociedad ofendida al castigo del reo, hay, en todo juicio penal, el derecho del acusado á no ser castigado si no es reo. Debe estimarse como una aspiración suprema de todo orden procesal que se inspire en la defensa jurídica, la de conciliar y defender al propio tiempo esos dos derechos: conciliación que se alcanza no castigando sino cuando se haya logrado demostrar la cualidad del reo. En rigor, el derecho que la sociedad tiene de castigar al reo, no se resuelve en el de ver una víctima inmolada en un altar, una víctima, sea cual fuese, reo ó inocente, no; el derecho de la sociedad no se afirma racionalmente más que como derecho al castigo del *verdadero reo*; y no es *verdadero* sino el que lo es de un modo *cierto*. Así, al absolver en caso de duda racional, se rinde homenaje al derecho del acusado, sin conculcar por ello el derecho de la sociedad.

Si se considera el fin de la tranquilidad social, al cual debe encaminarse la pena, se ve que la pena no puede adaptarse á semejante fin sino recayendo sobre el reo cierto.

La pena que recaiga sobre un inocente, turbará la tranquilidad social más aún de lo que la habrá turba-

do el delito especial que se persigue; porque todos temerán verse alguna vez víctimas de un error judicial. Que se produzca en la conciencia social la duda acerca de la aplicación equivocada de la pena, y ésta dejará de ser la seguridad de las gentes honradas, para convertirse en la gran perturbadora de aquella misma tranquilidad que está llamada á reafirmar; no será, en efecto, la defensora del derecho, sino la fuerza ciega que puede oponerse y vulnerar el derecho mismo. Si la pena pudiera recaer también sobre quien no es un reo cierto, el miedo que las agresiones de los individuos á nuestros derechos producirían, sería mucho menor que el que inspirarían las agresiones de parte de la ley. Contra las fuerzas del individuo agresor, pueden oponerse siempre, al fin y al cabo, las fuerzas del agredido; la lucha es de hombre á hombre. Pero lo que intimidaría al más animoso serían las agresiones consumadas por la ley misma contra nuestro derecho; todos pensarían de qué modo, bajo el falso nombre y la falsa divisa de la justicia social, puede la sociedad entera en un momento dado caer sobre la persona individual, hasta aniquilarla y hundirla, como grano de trigo bajo la acción de las máquinas de potente molino. El símbolo propio de la justicia, no sería ya la matrona que tiene la frente olímpicamente serena, y que pesa las acciones humanas, no; la justicia no aparecería á los ciudadanos, buenos ó malvados, sino como una diosa imponente, monstruosamente ciega y sorda á la verdad: en su figura se verían las líneas y sombras, con las cuales la imaginación antigua debía revestir la terrible é impenetrable figura del *Factum*.

Realmente, el poder condenar sin la certeza de la delincuencia, trastornaría la pena en su base legítima,

la defensa del derecho, convirtiéndole en enemiga del fin mismo de la tranquilidad social, al cual debe siempre encaminarse. Así la pena, tanto por el principio en que se inspira, cuanto por el fin á que tiende, no puede imponerse legítimamente, sino cuando se ha alcanzado la *certidumbre* del hecho de la culpabilidad.

El estudio de las leyes racionales que regulan la certidumbre del hecho de la culpabilidad, es el objeto de la ciencia llamada *lógica judicial*; el estudio de las formas judiciales que mejor concretan y garantizan esta certidumbre de hecho, es el objeto del *arte judicial*. En esta ciencia y en este arte descansa la seguridad de la libertad de los ciudadanos.

Si el Código penal debe ser la espada infalible para castigar al delincuente, el Código ritual, inspirado en las teorías de la sana lógica, al ser el brazo que guíe firme y segura aquella espada al pecho del reo, debe ser al propio tiempo el escudo inviolable de la inocencia. Bajo este aspecto el Código de procedimiento penal, que es el corolario legislativo de la ciencia y del arte judiciales, es el índice seguro del respeto á la personalidad humana y el termómetro fiel de la civilización de un pueblo.

Lógica judicial, arte judicial, procedimiento: he aquí la trilogía racionalmente descendente que conduce á la sentencia justa.

Contrayéndonos especialmente al juicio penal, comprendemos en este libro un ensayo de lógica judicial; ardua é importante ciencia, sin la cual el derecho penal en manos de la sociedad, sólo sería un látigo en manos de un loco.

Si el tiempo y las ocupaciones apremiantes de la vida lo consienten, intentaremos en otro libro el des-

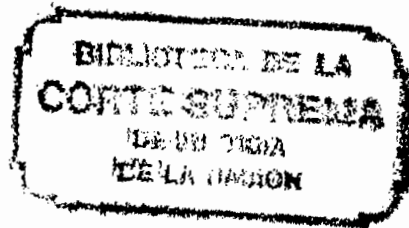
envolvimiento del arte judicial, y en un tercero ensayaremos, por fin, un estudio del procedimiento penal positivo, coordinándolo con los principios ya desarrollados de la lógica y del arte judicial.

Giovinazzo (Prov. de Bari) Enero de 1894.

## PRIMERA PARTE

---

Estados del alma con relación al conocimiento de la realidad.



## ÍNDICE DE LA PRIMERA PARTE

---

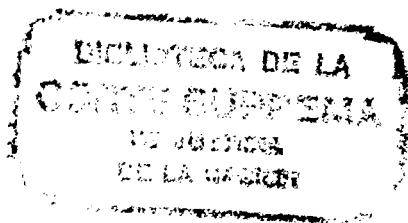
PREÁMBULO.

CAPÍTULO I.—Certeza, su naturaleza y sus especies.

CAP. II.—Certeza en cuanto al sujeto y convencimiento judicial.

CAP. III.—La probabilidad en relación con la certeza.

CAP. IV.—La credibilidad en relación con la certeza y con la probabilidad.



## PREÁMBULO

---

**S**iendo la prueba el medio objetivo con el cual el espíritu humano se entera de la verdad, la eficacia de la prueba será tanto mayor cuanto más clara, más plena y más seguramente infunda en el espíritu esta posesión de la verdad que se cree tener. Para conocer, pues, la eficacia de la prueba, se necesita conocer cómo se han reflejado las verdades en el espíritu humano, ó sea aquel estado ideológico producido en el espíritu mediante su acción, respecto de la cosa investigada.

En su consecuencia, para estudiar bien la naturaleza de la prueba, es necesario comenzar por conocer los efectos que puede producir en la conciencia, y para conocer esto, se necesita saber ante todo en qué estados puede encontrarse el espíritu, con relación al conocimiento de la realidad. Conociendo cuál de estos estados del conocimiento se ha producido en la conciencia bajo la acción de la prueba, se habrá determinado el valor intrínseco de ésta.

El estudio de los varios estados del alma con relación al conocimiento de la realidad, es el objeto de esta primera parte del libro.

Con relación al conocimiento de un hecho dado, el espíritu humano puede encontrarse en el estado de ignorancia, de duda ó de certidumbre.

La duda es un estado complejo. Hay duda en general, siempre que un aserto se ofrece con motivos afirmativos y motivos negativos: ahora bien; puede ocurrir que prevalezcan éstos sobre aquéllos, resultando así lo improbable, ó bien puede ocurrir que unos y otros se equilibren en razón de su igualdad, en cuyo caso se tiene lo creíble en sentido específico. Por último; pueden imperar los motivos afirmativos sobre los negativos, teniendo en tal supuesto lo probable. Pero lo improbable no es propiamente más que el reverso de lo probable: esto es, que lo que es probable del lado de los motivos mayores, es improbable del lado de los motivos menores; por lo que la duda se reduce en definitiva á las dos especies simples de lo creíble y de lo probable.

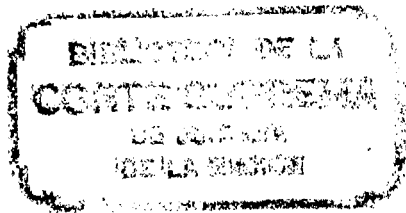
Según esto, refiriendo el espíritu humano al conocimiento de un hecho dado, puede encontrarse en el estado de *ignorancia*, ausencia de todo conocimiento; en el de *credibilidad*, en su sentido específico, igualdad de motivos para el conocimiento afirmativo que para el negativo; en el de *probabilidad*, imperio del conocimiento afirmativo; y en el de *certeza*, triunfo del conocimiento afirmativo.

Poniendo á un lado la ignorancia, que es un estado absolutamente negativo que no hay que examinar, es materia propia de esta primera parte del libro el estudio de los tres estados positivos del alma respecto del conocimiento de la realidad, estados positivos que consisten en la credibilidad, en la probabilidad y en la certeza.

Pero si el espíritu llega al conocimiento de un obje-

to por el camino ascendente, comenzando por el estado negativo de la ignorancia, y subiendo poco á poco hacia los estados citados, gradualmente más perfectos de lo creíble, de lo probable y de lo cierto, el estudio, desde el punto de vista del método, será más eficaz procediendo en un orden inverso: después de hablar de la especie más perfecta del conocimiento, resultará metódicamente más claro, hablar de las especies menos perfectas.

Procederemos, pues, en esta exposición, estudiando primero la certeza, que es el estado más perfecto del conocimiento afirmativo, para pasar luego á estudiar de un modo sucesivo las especies gradualmente menos perfectas; la probabilidad y la credibilidad.



## CAPITULO PRIMERO

### **Certeza, su naturaleza y sus especies.**

La verdad es, en general, la conformidad de la noción ideológica con la realidad; la admitida percepción de esta conformidad, es la certeza. La certeza, según esto, es un estado subjetivo del alma, que puede muy bien no corresponder con la verdad objetiva. La certeza y la verdad, no siempre coinciden; muchas veces se está cierto de lo que es objetivamente falso, otras suscita dudas lo que objetivamente es verdadero, y la verdad misma que á uno le parece cierta, le parece á otro dudosa y acaso falsa á un tercero.

Y no es que con lo dicho se pretenda destruir toda relación entre el alma humana y la realidad exterior; no se trata de separar por completo la certeza de la verdad, cayendo en pleno pirronismo. Admitimos que la certeza surge normalmente del influjo de la verdad subjetiva, pero no debe olvidarse que, aunque eso sea, la certeza no es la verdad, es un estado del alma, el cual puede, en virtud de nuestra imperfección, no responder á la verdad objetiva. Afirmamos también que la certeza, considerada en su naturaleza intrínseca, según es, no mejor de lo que es, consiste en un estado

del alma, y debe ser estudiada como tal, sin confundirla con la realidad exterior.

Los escritores de lógica que admiten la naturaleza subjetiva de la certeza, cuando han querido determinar sus especies, se han dejado guiar á menudo, como todos los demás, por el criterio de la verdad objetiva, sin tener en cuenta que de este modo acababan por retirar la premisa de que habían partido. Cuando la certeza se clasifica en determinadas especies, no puede admitirse certeza que no se comprenda en una de ellas, y si el criterio que determina las especies es objetivo, no habrá certeza que se determine por criterios objetivos; piérdese de este modo la *subjetividad* de la certeza. Ya veremos luego á qué errores lleva esta manera de pensar. Por el momento, bastará afirmar, que admitida la naturaleza subjetiva de la certeza, al determinar lógicamente sus especies, no se debe acudir más que á los criterios subjetivos; si la certeza es un estado del alma humana, en ésta es en donde se han de encontrar las determinaciones específicas de aquélla; procediendo de otro modo, se desnaturaliza la certeza.

Pero, ¿cuales serán en tal materia los criterios directivos para la determinación de las especies?

Considerando la certeza en sí, como estado del alma, es simple é indivisible, es siempre idéntica á sí misma. No cabe, pues, complicar los criterios diferenciales determinantes de las diversas especies de la naturaleza intrínseca de la certeza; la certeza como tal, es siempre y para todos, la admitida (creída) conformidad entre la noción ideológica y la verdad ontológica, ó en otros términos, es siempre y para todos, la creencia en la posesión de la verdad.

Pero á esta creencia en la posesión de la verdad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

**BIBLIOTECA**

puede el espíritu humano llegar por varios caminos, siendo, á nuestro parecer, estos caminos por donde se conquista la certeza, los fundamentos en que descansan los criterios subjetivos, de que se debe partir para la determinación de las diferentes especies de la misma.

Veamos cómo llega el espíritu humano á la creencia en la posesión de la verdad.

La verdad no está en nuestra posesión hasta que el espíritu la percibe: ahora bien; entre las diversas facultades del espíritu humano, hay una cuya función es indispensable para la percepción de la verdad sea cual fuera su naturaleza. Esta facultad es la inteligencia.

Pero la inteligencia unas veces llega por sí sola á la posesión de la verdad, y otras necesita del auxilio del sentido.

La verdad considerada subjetivamente, en cuanto al modo cómo el espíritu la posee, se divide, pues, ante todo, en dos grandes categorías: la verdad á cuya posesión llega el espíritu por la simple percepción intelectual, verdad puramente intelectual, y la verdad á cuya posesión no puede llegar el espíritu sin el concurso de los sentidos, siendo dentro de los límites de esta exigencia, verdad sensible.

Pero no es esto sólo; es preciso proceder además al análisis.

La inteligencia, decíamos, es facultad indispensable para la percepción de la verdad de cualquier naturaleza que sea: ó puramente intelectual ó bien sensible. Mas para llegar á la verdad, la inteligencia tiene dos funciones: la intuición y la reflexión. Deben, pues, considerarse estas dos funciones intelectuales, tanto con relación á la verdad intelectual, cuanto con relación á la sensible, para determinar las diferentes especies de certeza que de ellas se derivan.

Comenzaremos por las dos funciones indicadas con relación á las verdades intelectuales.

Así como la verdad en general, es la conformidad de la noción ideológica con la realidad; así puede decirse, que la admitida y creída percepción de esta conformidad, es certeza. Ahora, refiriéndonos especialmente á la verdad puramente intelectual, la certeza, esta opinión que de la verdad se forma, puede, ante todo, derivarse de la percepción *inmediata* de la misma; tal es el caso de la intuición pura, el caso de la intuición, primera función intelectual, referida á las verdades puramente intelectuales; se tiene delante la realidad ideológica que se afirma; y la certeza que se alcanza es hija de la evidencia ideológica, siendo *certeza intuitiva puramente lógica*.

Otras veces, la verdad puramente intelectual no se percibe de un modo *inmediato*: se llega á ella por el intermedio de otra realidad ideológica presente en la mente. Esta otra verdad percibida directamente, que hace conocer la verdad que buscamos y que no percibimos directamente, constituye su demostración, dándonos la certeza. La función de la inteligencia, que en este caso va de una verdad conocida á una desconocida, es la reflexión; y el medio con el cual la reflexión lleva nuestro espíritu de una á otra verdad, es siempre el raciocinio. La verdad que llegamos á conocer, revélase aquí bajo la luz de una verdad más general: es la luz de las verdades más generales que se propaga sobre las particulares, haciéndolas conocer. Ahora bien; cuando se trata del conocimiento de verdades puramente intelectuales, la verdad general, demostrativa, se percibe directamente; y de ésta por deducción se llega á la verdad particular, demostrada, que se investiga; tal es el método evolutivo de las

ciencias puramente racionales. La certeza que se alcanza es *certeza reflexiva puramente lógica*.

De las verdades puramente intelectuales, como tales, no puede, pues, deducirse sea por intuición sea por reflexión, más que certeza *puramente lógica*.

Pero esta certeza puramente lógica, sea intuitiva sea reflexiva, no es de las que se trata en materias criminales. En lo criminal, se trata siempre de la investigación de hechos humanos; y ciertamente no es á propósito de un hecho humano, cual es el hecho criminoso, cuando puede hablarse de la evidencia de verdades puramente intelectuales y de certeza intuitiva metafísicamente axiomática; no hay hecho humano sin manifestación extrínseca que lo exteriorice, manifestación que no puede alcanzarse sino mediante el sentido. Del propio modo, no puede tratarse en lo criminal de la certeza reflexiva puramente lógica. Esta se funda en el método evolutivo, por el cual de una verdad puramente intelectual percibida directamente se va á otra. Cuando se trata de hechos materiales, cuya averiguación está sometida á contingencias, tal certeza no puede tener efecto; por la misma materialidad y contingencia de semejantes hechos, no hay posibilidad de deducirlos sin percepción sensible, evolutivamente, de una verdad puramente intelectual.

Por tanto, pues, la intuición pura, ó evidencia ideológica, así como el raciocinio puro, ó deducción ideológica, no son fundamentos de la certidumbre utilizables en lo criminal.

Pasemos ahora á considerar la intuición y la reflexión respecto de aquellas verdades que llamamos *sensibles*.

Son verdades sensibles, tanto aquellas que están en sí mismas constituidas por una materialidad no per-

ceptible más que por medio del sentido, y que podrían llamarse especialmente *sensibles materiales*, cuanto las que siendo en sí mismas hechos psíquicos, como los hechos de nuestra conciencia, no pueden percibirse mas que á través de lo material en que se exteriorizan, y que podrían llamarse especialmente verdades *sensibles morales*. Este es el campo propio de la certeza en lo criminal.

Las verdades *sensibles materiales* pueden percibirse tanto con la intuición como con la reflexión. Consideremos, ante todo, las verdades sensibles materiales en cuanto son perceptibles por vía de intuición; da lugar ésto á una especie simple de certeza. Luego pasaremos á considerar las verdades sensibles, tanto materiales como morales, en cuanto son percibidas por vía de reflexión, lo que da lugar, según veremos, á una certeza mixta.

Tocante á las verdades sensibles de la primera clase, á las que consisten en lo material, no perceptibles mas que por el sentido, hemos dicho que, la certeza puede, ante todo, derivarse de la percepción inmediata, de la realidad física de que se tiene la noción: se tiene delante la cosa material que se afirma: la certeza es hija de la evidencia física, y es *certeza intuitiva física*. La intuición es siempre función intelectual, aun respecto de las verdades sensibles de que aquí hablamos. Pero en cuanto á semejantes verdades sensibles percibidas directamente, se debe observar que la acción de la inteligencia es sencillísima, y, por decirlo así, accesoria del sentido; afirma aprendiendo lo que los sentidos le dan; es la intuición sensible, la intuición del sentido, la percepción intelectual de lo que se siente. Y esto, siempre que se considere la verdad sensible, como aquí se la considera, en sí misma, y no en las posibles deduccio-

nes no sujetas al sentido que pueden producirse. Trátándose, pues, de verdades materiales percibidas directamente, el trabajo de la inteligencia es sencillísimo, y accesorio de la acción del sentido; afirma lo que los sentidos le presentan. Por esto llamamos á esa certeza intuitiva de la materialidad física, certeza *física*, quitando de la denominación la indicación del elemento intelectual accesorio, y que no consiste en una cooperación propiamente activa de la inteligencia.

He aquí, en nuestra opinión, las dos especies primitivas de la certeza, bien distintas entre sí: certeza *puramente lógica*, referente á las verdades puramente intelectuales, y que es la que se alcanza por el trabajo exclusivo de la inteligencia mediante la intuición ó la reflexión; y certeza principalmente *física*, referente á las verdades sensibles, y que es la que se alcanza principalmente por obra del sentido, en la cual se une de un modo accesorio la inteligencia con la intuición del sentido. Llamando *simplemente lógica* la primera certeza, podría llamarse la segunda *simplemente física*, no, repito, porque no concurre la inteligencia, sino porque no concurre con una labor activa y principal.

Tales son, á nuestro parecer, las que se consideran como las dos únicas especies *simples* de certeza: certeza simplemente lógica, ó creencia en la posesión de la verdad, dependiente de la sola inteligencia; y certeza simplemente física, ó creencia en la posesión de la verdad, dependiente del sentido y accesoriamente de la inteligencia en la intuición del sentido.

Pero estas dos especies simples no siempre se ofrecen separadas; á menudo se combinan. En este caso se tiene una tercer especie de certeza, la *certeza mixta*; que es la más frecuente en materia criminal. A la

percepción de la realidad física por obra del sentido, á la cual se adhiere accesoriamente la inteligencia con la intuición del sentido, se une á menudo el *concurso activo* del intelecto, que, con la reflexión de la realidad física percibida directa y materialmente, lleva á afirmar una realidad física ó moral no percibida en sí, directa y materialmente. Lo cual se verifica siempre para el conocimiento de aquellas verdades sensibles que llamamos morales, en cuanto consisten en fenómenos del espíritu humano que se perciben á través de lo material con que se exteriorizan; el sentido recoge esta materialidad, y la inteligencia, con la reflexión, parte de ella para apreciar los hechos morales de la conciencia. Esto tiene lugar también con frecuencia, tratándose del conocimiento de verdades sensibles materiales; la percepción sensible de lo material de una verdad sensible, puede llevar, por la reflexión intelectual, á la afirmación de otra verdad sensible material, en relación con la primera, no percibida directamente.

En otros términos, hemos considerado la verdad sensible con relación á la *intuición*, primera función del intelecto, suponiéndola percibida por vía *inmediata*; y hemos llamado certeza *física*, la que de aquélla se deriva. Ahora consideraremos la verdad sensible con relación á la segunda función intelectual, ó sea la *reflexión*, encontrándonos de frente con la certeza *mixta*.

La verdad sensible no siempre se percibe, ni puede siempre percibirse, de un modo *inmediato*; frecuentemente se llega á ella de un modo *mediato*: á partir de una verdad sensible directamente percibida, se pasa á afirmar otra verdad no percibida directamente. Un hecho físico nos lleva al conocimiento de otro hecho físico ó moral: y el hecho aquel que nos lleva al cono-

cimiento del otro no percibido directamente, constituye la *prueba*. La reflexión intelectual es la que aquí nos guía de lo conocido á lo desconocido, haciéndolo por medio del raciocinio. El raciocinio, instrumento universal de la reflexión, es la primera y más importante fuente de la certidumbre en lo criminal. El campo de nuestra acción personal directa es tan pobre, que, reducidos á él, viviríamos en una absoluta limitación; sólo el raciocinio, alejando los confines del conocer, extiende nuestra visión intelectual por horizontes amplísimos. Cuando, á partir de una verdad sensible directamente percibida, el intelecto, mediante la reflexión, llega á afirmar otra verdad, la certidumbre que en nosotros se produce derivada de semejantes percepciones, corresponde á una certeza *mixta* de física y lógica. Es *física* en cuanto á la verdad sensible directamente percibida: es *lógica* en cuanto á la verdad no percibida por el sentido, y á la cual se llegó por la inteligencia: y es, *lógica* esta última, aunque tenga por objeto una realidad física, porque esta realidad física, en nuestro supuesto, se percibe por el espíritu *inmaterialmente*, en virtud de labor completamente intelectual.

Veamos en qué consiste esta labor intelectual, que de una realidad física conocida, nos lleva á una realidad física ó moral desconocida, haciéndola perceptible siempre inmaterialmente.

A propósito de la reflexión con relación á las verdades puramente intelectuales, hemos dicho que es la luz de las verdades más generales, la cual irradia por encima de las particulares, haciéndolas conocer, y que el instrumento de que la reflexión se sirve para recoger, por decirlo así, los rayos de las verdades generales, y concentrarlos sobre las verdades particulares,

es el raciocinio. Hemos dicho que, tratándose de verdades puramente intelectuales, la verdad general, demostrativa, se percibe directamente, y de ésta, por deducción se llega á la verdad particular que se busca, siendo este precisamente el método evolutivo de las ciencias abstractas. También hemos dicho que cuando se trata de investigar hechos particulares, éstos, por su índole material y contingente, no pueden deducirse evolutivamente de verdades puramente intelectuales. Ahora bien; pasando á hablar particularmente de la reflexión con relación á las verdades sensibles, observaremos que, aun tratándose de éstas para afirmar, por vía de raciocinio, algo respecto de un hecho dado, se necesita siempre una verdad más general de donde partir. Mas esta verdad más general, de la cual se llega á la verdad sensible, no puede ser una verdad puramente intelectual, porque, según hemos dicho, de las verdades *puras* de razón no puede deducirse la contingencia física: ¿de qué naturaleza, pues, será esta verdad? ¿Cuál es, en suma, el método que la inteligencia sigue para llegar á los hechos particulares?

En la grande é indefinida variedad de los hechos físicos y morales, cabe señalar las conformidades en el modo de ser y de obrar, de las cosas y de los hombres. Estas conformidades, consideradas desde el punto de vista de las causas que las producen, constituyen las que se llaman *leyes naturales*: leyes físicas y morales. Si estas conformidades se contemplan desde el punto de vista de su armónica existencia, constituyen lo que se llama el *orden*, el cual se concreta en el *constante*, ó bien en el *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza. Ahora bien; cuando se trata de llegar de un modo mediato al conocimiento de verdades sensibles, la reflexión desciende precisamente

de esta verdad general, que se llama, ya *ley natural*, ya *orden*; verdad general que no es una verdad *pura* de razón, sino una verdad *experimental*, en cuanto el espíritu humano llega á ella por inducción, considerando las varias contingencias particulares. Esta es la verdad general, merced á cuya luz la reflexión alcanza el conocimiento de los hechos particulares no directamente percibidos. Estas leyes naturales á que la reflexión llega por inducción, y que, en concreto, se resuelven todas en el constante ó en el ordinario modo de ser y de obrar de la naturaleza, son las luces perennes que iluminan la multitud, de otra suerte confusa y descompuesta, de las contingencias físicas; bajo esta luz es como una cosa sirve para averiguar otra; así es cómo se determina la eficacia probatoria en una cosa ó en una persona, que funciona como prueba. Partiendo de la idea general del orden como *constante* modo de ser y de obrar la naturaleza, se deducen consecuencias *ciertas*; partiendo de la idea del orden como *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza, se deducen consecuencias *probables*. Así como la *constante* relación específica entre un efecto y una causa dada lleva á afirmar *con certeza* esta causa, así cuando se percibe en concreto el efecto, la *ordinaria* relación específica entre un efecto y una causa dada lleva también á afirmar simplemente *con probabilidad* esta causa, si se percibe en concreto aquel efecto. Por otra parte, así como la *constante* relación específica entre una sustancia y un atributo lleva á afirmar *con certeza* este atributo en la sustancia indivisa que se considera, así la *ordinaria* relación específica entre una sustancia y un atributo lleva á afirmar simplemente *con probabilidad* este atributo en la referida sustancia.

Pero esta teoría de la ley natural, como idea general experimental, á la cual la ciencia llega por inducción, y de la cual por deducción, se eleva á propósito de una verdad física percibida á afirmar otra verdad con ella unida; esta teoría, digo, será más amplia y detalladamente desenvuelta, cuando hablemos del camino lógico del humano espíritu con relación á las pruebas indirectas.

Por de pronto, baste observar que la reflexión, segunda función intelectual aplicada á las verdades sensibles, da margen á una tercera especie de certeza, cual es la *mixta*. Se empieza por la percepción sensible de un algo material; el sentido recoge directamente y por vía principal esto que es material, alcanzando respecto de ello una certeza *física*. La reflexión, función intelectual, subordinando lo material particular á la idea general experimental del orden, hace que de esta materialidad, conocida por percepción directa, lleguemos al conocimiento de un desconocido, que aun cuando sea por su naturaleza material, no se percibe *material y sensiblemente*, siendo para nuestro espíritu como una realidad ideológica. Tal desconocido lo conocemos intelectualmente, no como objeto de una sensación; por lo que la reflexión, al llevarnos mediante un trabajo completamente intelectual al conocimiento de lo desconocido, percibido así inmaterialmente, genera en nosotros una certeza *lógica*. Tenemos, pues, razón para llamar *certeza mixta* esta especie de certeza, que nace de la reflexión en relación con las verdades sensibles.

Esta certeza mixta, se subdivide en tres especies á la vez, determinadas por la diversa dirección del trabajo racional; puede, en efecto, la reflexión irradiar su acción denunciando la relación entre *atestado* y cosa

*atestada*; estableciendo la verdad de lo atestado, lo que ocurre en las pruebas materiales indirectas; puede además irradiar dicha acción iluminando tan sólo la relación entre el *testificante* y lo *testificado*, sentando la veracidad del testificante, lo que ocurre en las pruebas personales directas; y puede, por último, desplegar su acción poniendo en claro la relación entre el testificante y lo testificado y entre lo atestado y la cosa á que se refiere, lo que ocurre en las pruebas personales indirectas, como en el caso de que la deposición de la persona contenga una declaración indirecta respecto de una cosa. Todo esto, sin embargo, lo veremos mejor más adelante.

Resumiendo, pues, tenemos, como se ve, tres especies de certeza: certeza meramente lógica, certeza meramente física y certeza mixta; subdividiéndose esta última en otras tres especies que luego determinaremos claramente.

La *certeza meramente lógica*, intuitiva ó reflexiva, no es posible con relación *al hecho* del delito por las razones indicadas.

La *meramente física* es posible para el juez, pero raras veces. Tal certeza se ofrece en el caso de un delito cometido en audiencia, á la vista del juez que debe juzgarle, limitándose á lo materialmente percibido del hecho criminal realizado. Tal certeza resulta también, en el caso de que lo material del crimen, aun cuando se haya producido fuera del juicio, se presente en el mismo en virtud de su permanencia y de haber sido sometido á la directa percepción del juez. Todo lo material, en cuanto da fe de su propia existencia, es fuente de certeza física. Y digo *en cuanto da fe de su propia existencia*, porque de un dato material percibido directamente se puede, mediante un trabajo

de raciocinio, llegar á afirmar otra verdad contingente, no pudiendo tenerse respecto de esta verdad una certeza física, sino lógica. Así, por ejemplo, supongamos que se trata de una escritura falsificada; si se presenta ésta en juicio materialmente alterada, esta alteración material percibida directamente, es, en cuanto á sí misma, fuente de certeza física. Pero puede ocurrir que de la alteración material, de cuya existencia se tiene certeza física, se infiera la persona que hizo la alteración, el medio creado al efecto, y por último, la intención con que se ha procedido. Ahora bien; la certeza relativa á estas últimas afirmaciones, es lógica. Es, pues, fuente de certeza física todo lo material directamente percibido, en cuanto da fe de su propia existencia; en otros términos: es fuente de certeza física, aquella prueba que llamamos prueba *material directa*, en cuanto es directa.

Haremos aquí, á guisa de paréntesis, una observación explicativa: colocándose desde el punto de vista de la *forma* probatoria, por las razones que en su lugar expondremos, llamamos prueba *material*, la que generalmente se designa con el nombre de prueba *real*. Y cierro el paréntesis.

Pasemos ahora á hablar de la tercera especie de certeza, esto es, de la *certeza mixta*. Esta es la más rica y más importante certeza sobre que principalmente insiste la lógica criminal. Según dijimos, comprende esta certeza tres especies particulares. Estas tres especies las designamos con los nombres de certeza *físico-lógica*, certeza *físico-histórica* y certeza *físico-lógico-histórica*. Examinaremos cada una de estas certezas por separado, á fin de determinar claramente su propia naturaleza.

1.º Certeza *físico-lógica* ó *lógica* por antonomasia.

Suprimiendo la indicación del elemento sensible de esta certeza, puesto que tal elemento es común á todas estas tres especies de certeza mixta, podemos llamarla *lógica* por antonomasia, sin temor de equivocarnos; después de todo, ya sabemos que con relación al hecho criminoso no puede haber certeza meramente lógica, así que, cuando en lo criminal se habla de certeza lógica, ha de sobreentenderse que se trata de la físico-lógica.

Esta certeza se produce, en el caso en que de la percepción sensible inmediata de un hecho material, de cuya existencia se tiene certeza física, se pasa por obra del raciocinio á afirmar otro hecho no percibido sensible é inmediatamente, provocando así respecto de este una certeza lógica. Se percibe inmediatamente una materialidad cualquiera del delito, y subordinándola á la idea general experimental del constante modo de ser y de obrar la naturaleza, se llega á afirmar el delito en uno de sus elementos. Así, tratándose de un adulterio, la percepción del reciente parto de una mujer casada, separada material y constantemente, por ejemplo, desde hace dos años del marido, lleva á afirmar el comercio carnal de la misma con un hombre distinto de su marido, y en su virtud á afirmar su adulterio: ahora bien; de este adulterio se tendrá una certeza físico-lógica.

Como se ve, en esta especie de certeza, la obra del raciocinio se encamina principalmente á iluminar la relación entre el hecho primero y el hecho inducido; esto es, entre *atestado* y *cosa atestada*. Percibido sensible y directamente semejante hecho, la reflexión irradia su acción para mostrar cómo, á partir de aquel hecho dado, se debe afirmar la verdad del otro hecho no percibido directamente.

Es fuente de certeza físico-lógica la prueba *materal indirecta*, el indicio que se funda en la directa percepción de las cosas materiales.

Luego veremos cómo el indicio no está normalmente subordinado más que á la idea del *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza, por lo que no puede normalmente llevarnos más que á consecuencias probables, no ciertas.

2.º Certeza *físico-histórica* ó *histórica* por antonomasia.

Esta certeza se produce cuando, teniendo la percepción inmediata y sensible de la palabra articulada ó escrita del testificante, y por tanto la certeza física de la existencia de dicha palabra, se llega á adquirir, mediante obra del raciocinio, la fe en el declarante, estableciendo así la veracidad de la persona que atestigua para llegar á la verdad de la cosa atestiguada. Según se ve, la fuente de esta certeza es la declaración directa de la persona, ó, en otros términos, la prueba personal directa. El testigo afirma haber visto á Ticio perpetrar el hurto. Luego que la reflexión llega á sentar la veracidad del testigo, se pasa, sin más trabajo lógico, á afirmar naturalmente la acción atribuida á Ticio.

De esta noción se deduce que la certeza físico-histórica no es propiamente más que una particular determinación de la certeza físico-lógica, determinación que se funda en la dirección particular de la reflexión. En los demás casos de certeza lógica comprendidos en la clase precedente, la labor del raciocinio se dirige á aclarar y sentar la relación *entre la atestación y la cosa atestada*: dirigese á poner en claro cómo lo que se dice de una cosa debe hacer creer otra, que de ese modo resulta testificada. Por el contrario, en los casos

de certeza lógica comprendidos bajo la particular denominación de certeza histórica, el raciocinio se dirige á aclarar y sentar la relación *entre la persona testificante y lo testificado*. El raciocinio es el que, en virtud de lo declarado por la persona, pone en claro la naturaleza de esta relación, induciendo á juzgarla como relación verídica ó falsa; la conclusión es esta: el testimonio es verídico; ó viceversa: el testimonio es falso. Y como en toda relación ocurre, en esta la luz viene de la naturaleza de los términos: la naturaleza del testimonio (verosímil, no contradictorio, etc.); la del testigo (probo, desinteresado, etc.); la de estos términos subordinados á la idea del constante modo de ser y de obrar la naturaleza, es lo que nos hace afirmar que la relación entre el testigo y lo testificado es de veracidad. Así, pues, cuando con el testimonio directo de la persona se ha sentado, por obra del raciocinio, la relación de veracidad entre dicha persona y lo testificado, la relación de conformidad entre el testimonio y la cosa sobre que recae es una consecuencia natural, espontánea, que no exige trabajo alguno activo á la inteligencia.

Desde el punto de vista de la relación entre el testimonio y la cosa á que se refiere, relación que en la prueba *material indirecta* se afirma por obra del raciocinio y que en la prueba *personal directa* se afirma naturalmente, sin esfuerzo alguno lógico, es desde donde puede decirse ya que el indicio se ha considerado por los tratadistas como prueba *artificial*, y el testimonio como prueba *natural*; lo que es verdad, tan sólo, en cuanto el indicio se considera con relación al testimonio *directo*, según luego veremos con más cuidado.

Para concluir, pues, repetimos que la fuente de

certeza histórica es el testimonio directo personal, y que la certeza histórica difiere de la lógica en cuanto en la primera el raciocinio se dirige tan sólo á aclarar y definir la relación *entre la persona que testifica y el testimonio*, y en la segunda se dirige principalmente á aclarar y definir la relación *entre el testimonio y la cosa á que éste se refiere*; en la primera lo probado está en inmediata conjunción con la prueba, yendo, de un modo natural, la mente de uno á otra: en la segunda, por el contrario, se pasa de la prueba á lo probado por obra del raciocinio.

3.º Certeza *físico-histórico-lógica*, ó simplemente *histórico-lógica*.

Esta certeza resulta de la concomitancia de las dos precedentes: se produce cuando el testimonio personal tiene por contenido la afirmación indirecta de cosas, esto es, cuando el hecho material que sirve para indicar el delito ó el delincuente, no se percibe inmediatamente en su materialidad por el juez, sino que resulta afirmado por el testigo. En este caso, después de haber percibido inmediatamente, por medio del sentido, la palabra del testigo, de cuya palabra oral ó escrita se tiene certeza *física*, se necesita pasar, por obra del raciocinio, á afirmar la veracidad del testigo, la cual, una vez admitida por obra del raciocinio, constituye la certeza *histórica*; y se llega al fin, con nueva obra del raciocinio, á establecer la relación probatoria que el hecho afirmado por el testigo tiene con el delito de que se trata: ahora bien; esta labor del raciocinio viene á ser la certeza lógica. He ahí por qué llamábamos *físico-lógico-histórica* esta certeza, que tiene como fuente la prueba personal indirecta, á saber, el testimonio indirecto de cosas como contenido del testimonio de personas.

Tal es la clasificación que hacemos de las diferentes especies de certeza. No hay prueba posible que no tenga su lugar propio en una de las clases indicadas. En efecto, una prueba no puede ser más que real ó personal; además, la prueba real y la personal no pueden ser más que directas ó indirectas. Ahora bien; considerando estas varias especies probatorias, encontramos que se subordinan todas á nuestra clasificación de la certeza: la prueba real directa es fuente de certeza *física*; la prueba real indirecta es fuente de certeza *lógica* (en el sentido de fisico-lógica); la prueba personal directa es fuente de certeza *histórica*; la prueba personal indirecta es fuente, por fin, de certeza *histórico-lógica*. Cualquier prueba encuentra su puesto natural en una de las clases indicadas, lo cual demuestra la luminosa exactitud de nuestra clasificación.

Pero si, partiendo de una noción subjetiva de la certeza, del concepto de certeza como estado del alma, hemos procedido á la determinación de sus especies, con criterios también subjetivos, es preciso reconocer que no siempre se ha procedido de ese modo. Generalmente se ha llegado á la determinación de las especies de certeza según el criterio objetivo de las verdades que pueden ser objeto de las mismas. Considerando que hay verdades necesarias, tales como aquella de que la parte es menor que el todo; verdades constantes, como la de la maleabilidad del oro, y verdades eventuales, como la de la conquista de los galos por César, se ha partido de estos tres criterios de la necesidad, de la constancia y de la eventualidad, para distinguir la certeza en metafísica, física y eventual (1). Esta distinción objetiva fué adoptada hasta por quie-

---

(1) V. Galluppi: *Elementi di Filosofia*, vol. IV.

nes habían afirmado la naturaleza subjetiva de la certeza, sin considerar que, obrando de ese modo, se caía en una flagrante contradicción: como que se admitía como subjetivo un género cuyas especies se reputaban siempre objetivas.

La distinción de la verdad en necesaria, constante y eventual es exactísima en cuanto se refieren á la verdad. Pero si se quiere aplicar esta misma distinción para determinar las especies de la certeza, no se consigue otra cosa que desnaturalizar ésta. La certeza no es más que un estado subjetivo del espíritu humano; de cualquier naturaleza que sea la verdad, no es cierta para el espíritu humano, más que en cuanto se la crea conforme con el concepto que de ella se tiene. En esta ciencia, en la conformidad de la noción ideológica con la verdad ontológica, es en donde descansa la ciencia de la certeza; por esto, cuando la verdad ontológica nos parece conforme con la noción que tenemos, es siempre y de idéntico modo igualmente cierta para nosotros, sea cual fuere su naturaleza. La una podrá ser objetivamente verdad necesaria, la otra constante, la otra, en fin, eventual; pero si todas tres se ofrecen como existentes en el mundo de la realidad tal cual se presentan en el pensamiento, todas tres serán ciertas del propio modo para nosotros.

Esta división de la certeza con criterios objetivos, no ha sido siempre formulada por todos con la exactitud ontológica que indicamos, en cuanto á la verdad en sí, en la distinción citada de verdades metafísicas, físicas y eventuales. Hay tratadistas que hablan de certeza metafísica, física y *moral*, entendiendo por certeza *moral* la que se deriva del testimonio de una persona, que es la que otros más exactos llamaron *histórica*. Acaso me equivoque, pero me parece que redu-

cida á esos términos la clasificación, sólo sirve para provocar confusiones. Ante todo, se ve fácilmente que la certeza moral, en ese sentido, no corresponde á la eventual: de los hechos eventuales, que lo son, no sólo los hechos libres del hombre, sino también los hechos particulares y extraordinarios de la naturaleza física, se puede adquirir certidumbre, no sólo con relación á otros, sino por propia y directa percepción. De donde se infiere que la certeza moral, ó como otros quieren histórica, como especie de certeza, no puede comprenderse en la clasificación objetiva antes expuesta, se considera en sí, con criterio particular, y este criterio particular, según hemos visto en nuestra clasificación, hablando precisamente de la certeza histórica, es un criterio subjetivo. La distinción, pues, de la certeza en metafísica, física é histórica, es una distinción heterogénea, que principia con criterios objetivos, y termina al fin con un subcriterio subjetivo que sólo sirve para provocar confusión.

Ha habido también quien, salvando la monstruosidad lógica de una distinción heterogénea en sus partes, ha dado significación homogénea y subjetiva á la indicada distinción de la certeza metafísica, física é histórica: es certeza metafísica, se ha dicho, la proveniente del mero raciocinio; física, la proveniente de los sentidos corporales; histórica, lo proveniente del testimonio ajeno. Mas entendida de este modo la clasificación de la certeza, á pesar de ser ésta homogénea subjetivamente, resulta aún incompleta é inaceptable.

Para convencerse de la inexactitud de semejante clasificación, basta fijarse un momento en las pruebas é intentar subordinarlas á las especies de certeza. Tomemos, por ejemplo, la prueba *material indirecta*,

el indicio puro, percibido directamente en su existencia material por el juez, y no creído bajo la fe del testimonio personal; ¿de qué certeza será fuente la prueba *material indirecta*? De certeza metafísica, no; no se trata, en efecto, de verdades de pura razón. De certeza histórica, tampoco; ya que nos colocamos en el supuesto de que lo material del indicio se percibe directamente por el juez. ¿Será, pues, fuente de certeza física? Veamos.

Para juzgar de la naturaleza de una certeza cualquiera, se necesita referirla á su objeto, esto es, á la cosa que se busca. Ahora bien; cuando se habla de prueba material indirecta, se habla de un hecho material directamente percibido, que sirve para hacer conocer otro hecho no percibido directamente, y que queremos investigar; á este otro hecho, que no percibimos con nuestros sentidos, llegamos por la reflexión, lo alcanzamos por obra del raciocinio: pero de este otro hecho, que es el que precisamente logramos ver con la prueba material indirecta, no tenemos certeza física, sino certeza lógica. ¿Se dirá, acaso, que debe hablarse de certeza física, sólo porque se toma el móvil de la percepción sensible, directa, de lo material del hecho inicial? De ningún modo, esa es la ley común de toda certeza mixta; se comienza siempre percibiendo directamente con nuestros sentidos lo material de lo que constituye la prueba, para pasar luego á creer, por obra lógica, la cosa probada. Verifícase esto también en el caso del testimonio personal; se empieza por percibir material y directamente la palabra del testigo, para luego pasar á creer en la cosa afirmada. ¿Será también el testimonio fuente de certeza física? En suma; con la clasificación de sentido subjetivo de la certeza en metafísica, física é histo-

ría, la prueba material indirecta queda fuera del campo, por no ser subordinable á ninguna de las tres clases.

Volveremos, pues, á fijarnos en la clasificación objetiva de la certeza en la fórmula, ontológicamente exacta, antes expuesta, de certeza metafísica, física y eventual, clasificación que se funda en la triple naturaleza posible de la verdad como necesaria, constante y eventual. Hemos considerado tal clasificación en su naturaleza, y habiendo demostrado que no es aceptable para la certeza, considerémosla ahora en sus consecuencias.

La primer consecuencia errónea á que ha llevado la errónea clasificación objetiva de la certeza, es la siguiente: considerando que la verdad necesaria es superior á toda otra verdad; considerando que la verdad constante es superior á la verdad eventual, en cuanto la primera no admite lo contrario, á no ser en el caso de una ley natural distinta y desconocida, y la segunda admite normalmente la posibilidad de lo contrario; considerando todo esto, se ha establecido una relación de más y de menos entre las varias especies de certeza. Se ha dicho: si la certeza metafísica consiste en la verdad necesaria ante la mente, tal certeza debe ser *mayor* que cualquier otra; y si la certeza física consiste en la verdad constante ante la mente, tal certeza será *menor* que la metafísica y *mayor* que la eventual. Ahora bien; tal consecuencia es errónea, como lo es la premisa. La certeza es un estado simple é indivisible del alma; y, por tanto, siempre igual é idéntica á sí misma. La certeza es la admitida conformidad entre la noción ideológica y la verdad ontológica; así, ó se cree en esta conformidad entre la propia noción ideológica y la verdad

ontológica, y se está cierto, ya se trate de verdades necesarias, ya de verdades constantes ó de eventuales, ó no se cree, y no se está cierto de ninguna manera. Establecer un parangón entre la cantidad de las diferentes certezas, no está bien; la certeza, estado simple é indivisible del alma, es siempre igual, sea cual fuere la verdad objetiva á que se refiere. Quien ha percibido bien personal y directamente el hecho eventual de la herida hecha por Ticio á Cayo; quien ha percibido bien personal y directamente el hecho eventual de un peñasco desprendido de lo alto de una montaña y precipitado en el valle, está tan seguro de estas verdades eventuales como puede estarlo de que la parte es menor que el todo, verdad esta necesaria, y por ende de orden supremo entre las verdades.

La diversa naturaleza de las verdades en que se cree, no implica diferencia de cantidad en la certeza como estado determinado del alma: tal estado del alma no tiene más ni menos, es siempre idéntico é igual á sí mismo. Se debe, sin embargo, observar que, en un momento psicológico é ideológico distinto de la certeza concreta, se puede, considerando *en abstracto* las varias especies de la misma, afirmar, relativamente, una mayor ó menor posibilidad de error: lo que no es lo mismo. Me explicaré: cuando consideramos en *abstracto* esos juicios, pertenecientes á tres especies distintas de certeza, podemos encontrar, desde el punto de vista de las especies á que tales juicios pertenecen, que el primero es más expuesto á error que el segundo, y el segundo que el tercero. Pero entiéndase bien: considerándolos *en abstracto*, y aquí está el nudo del problema, porque considerados en concreto, cuando llegamos á la certeza de una proposición dada, se indica con esto que *hemos rechazado*

*toda posibilidad de error*, pues de otro modo no estaríamos ciertos.

Se trata de momentos ideológicos y psicológicos distintos.

Cuando el espíritu humano en un momento psicológico é ideológico, que no es el de la certidumbre concreta, considera en *abstracto* varias especies de certeza, se encuentra con que unas especies ofrecen menos garantías que otras para responder á la verdad objetiva, lógicamente afirma que la primera presenta mayor posibilidad de error que la segunda.

Cuando el espíritu humano llega, pues, á estar cierto de una verdad determinada, quiere decir, repetimos, que ha echado á un lado toda posibilidad de error, por lo que la certeza es siempre igual para el espíritu humano, lo mismo cuando se refiere á una verdad necesaria que cuando se refiere á una verdad constante y eventual.

La rapidez de los movimientos de la inteligencia contribuye con frecuencia á no permitir distinguir la sucesión y la diferencia de los momentos intelectuales, simulando á veces la simultaneidad y también la identidad; pero no debe esto engañar al filósofo. Lo sucesivo y lo distinto del espíritu, los pone de manifiesto la lógica cuando no se percibe en el tiempo.

En resumen; no está bien eso de andar buscando cuál es la mayor entre las varias certezas, porque la certeza no tiene grados ni cantidad; se está cierto ó no se está cierto. Es lógico tan sólo investigar cuál de las certezas está más ó menos expuesta al error. Siendo esto además lógico, desde el punto de vista de la certeza específica, considerada en abstracto, porque la certeza particular considerada en concreto, en la conciencia de un hombre dado, cree siempre tener garan-

tías suficientes contra el error, sin lo cual no tiene certeza.

Esta indagación de la mayor ó menor posibilidad de error en las varias especies de certeza, nace espontánea y natural de la consideración, según la cual, la certeza no responde siempre á la verdad. No podemos menos de examinar tal problema con relación á nuestra particular clasificación de la certeza.

Pero ¿cuál será el método más adecuado para proceder á la solución de tal problema? ¿Nos dejaremos también guiar por el criterio objetivo de la necesidad ó de la contingencia de las verdades?

Desde luego, tratándose en lo criminal de indagar *hechos* humanos, y por tanto verdades siempre contingentes, el criterio de la necesidad y de la contingencia de las verdades, no serviría gran cosa para iluminarnos acerca de las diversas capacidades para el error, en verdades igualmente contingentes, de las varias especies de certeza. En segundo lugar, la capacidad mayor ó menor para el error no se deriva directamente de la naturaleza especial de la verdad, sino *del modo cómo el espíritu se posesiona de ella*. La verdad, dada su naturaleza distinta, la posee el espíritu de una manera diferente; lo que explica el por qué partiendo en tal cuestión de criterios objetivos, se puede llegar á consecuencias verdaderas, siempre dentro de la esfera eficaz de semejantes criterios; pero siempre resultará exacto, que consistiendo el error, no en la realidad objetiva, sino en la percepción del espíritu, la posibilidad del error se estudiará propia é *inmediatamente*, no en la verdad, sino en el modo cómo el espíritu la alcanza.

Si se aspira á ser exacto, ha de ser con criterios subjetivos, tomando por guía el vario modo con que el

espíritu se posesiona de la verdad, lo cual implica el estudio del problema de la mayor ó menor posibilidad de error en las varias especies de certeza. Procedamos, pues, con tal método, á tal examen respecto de nuestra clasificación.

Hemos admitido como especies primitivas de certeza, la meramente lógica y la física, diciendo que la primera implica la creencia en la posesión de la verdad revelada por la inteligencia tan sólo, y que la segunda implica la creencia en la posesión de la verdad revelada por el sentido, al cual se adhiere accesoriamente el intelecto. Ahora, considerando que á la certeza puramente lógica se llega por obra tan sólo del intelecto, y á la física por el trabajo del sentido y del intelecto, se infiere que el error es menos fácil en la primera, en que sólo hay una sola vía, y más fácil en la segunda en que hay dos vías. Esta diferencia de posibilidad del error, es máxima, cuando se considera la certeza física en relación con la primera subespecie de la certeza meramente lógica, esto es, con la certeza meramente lógica *intuitiva*, ó si se quiere evidencia ideológica, de la cual puede considerarse excluido el error. Por el contrario, esta diferencia es mínima cuando se considera la certeza física en relación con la segunda subespecie de certeza meramente lógica, esto es, con la certeza meramente lógica *reflexiva*, en la cual, el error no es difícil. Todas las ciencias puramente racionales se desenvuelven en ideas evolutivamente deducidas unas de otras; y la historia de los errores en que semejantes ciencias han caído, se resuelve en la historia de los errores en que ha caído la certeza meramente lógica *reflexiva*.

Pero dejemos á un lado la certeza puramente lógica

que, como hemos dicho, no puede obtenerse jamás con relación al hecho criminoso, y pasemos á considerar la certeza física y las varias especies de la certeza mixta, en cuanto á su respectiva capacidad para el error.

En todas estas certezas, hay concurso del intelecto y del sentido; pero importa tener en cuenta que el trabajo del sentido es idéntico en todas. En la certeza física, como en las otras tres especies mixtas, en la lógica, en la histórica y en la histórico-lógica, la percepción sensible *es siempre la misma*, y sólo tiene una *importancia diversa*, según el diverso concurso del intelecto, concurso mediante el cual se determina la especie particular de certidumbre que se adquiere. El trabajo del sentido no puede, pues, darnos criterio alguno diferencial de la facilidad del error; este criterio diferencial descansa por completo en el trabajo más ó menos complicado, en el cual el intelecto llega á la común posesión de la verdad. Examinemos ahora la certeza física y las tres especies de la mixta á la luz de este criterio.

Partiendo de este criterio, se encuentra, ante todo, que la certeza física, especie simple, es la menos capaz de error; y es menos capaz de error, porque en el atestado directo de cosas que surgen de la certeza física, la obra del espíritu es sencillísima; se resuelve en la pura y simple percepción del sentido. El error, pues, no es fácil en la certeza física.

Viene inmediatamente después la certeza físico-histórica, especie particular de la certeza mixta, en la cual la posibilidad del error es mayor que en la certeza física. En la certeza físico-histórica, que se deriva del testimonio directo personal, no se trata ya de una simple y directa percepción intelectual, como en la certeza física; la obra del espíritu es más complicada.

Se necesita del raciocinio para sentar la veracidad del testificante, veracidad fundada en la negación del engaño y de la voluntad de engañar del que testifica: sólo después de haberse convencido de esto por obra del raciocinio, se llega á admitir natural y simplemente la verdad del hecho declarado. ¿Quién no ve clara la mayor posibilidad de error en que el que juzga puede caer aquí?

Después de la certeza físico-histórica, se presenta la certeza físico-lógica, como más susceptible aún de error. Tal certeza surge de la afirmación indirecta de las cosas, de la prueba material indirecta; el trabajo del raciocinio es más arduo y más complicado que en la certeza precedente. No se trata aquí de convencerse tan sólo de que un testigo no se engaña ni miente; trátase, sin duda, de algo más arduo; trátase de encontrar las razones por las cuales una cosa que no es el delito indica el delito. Como en el campo de lo contingente todo hecho puede derivarse de varias causas y puede producir varios efectos, la relación del hecho indicador con el hecho indicado no es en manera alguna única: ahora bien; el raciocinio tiene precisamente la difícil misión de guiar en este incierto é indefinido laberinto de las contingencias posibles que se ligan como causa á efecto, con un hecho dado. Misión ardua, en verdad, camino confuso é insidioso, en el cual el espíritu puede fácilmente extraviarse.

El colmo, en fin, de la posibilidad del error se encuentra, como es natural, en la especie más compleja de certeza mixta, la que hemos llamado físico-histórico-lógica. Esta especie de certeza, según hemos visto, se deriva de la declaración indirecta de cosas á través de la forma de la declaración de personas, esto es, de la prueba más indirecta, como contenido de la prueba

personal; por esta razón es natural que todas las posibilidades de error de la certeza histórica, y todas las de la certeza lógica se acumulen en esta tercer especie de certeza, que resulta del concurso de las dos precedentes.

Como se ve, después de haber mostrado que la división objetiva de la certeza lleva á afirmar la existencia de certezas mayores y menores, procuramos combatir tal afirmación irracional, demostrando que la certeza, estado simple é indivisible del alma, es siempre idéntica é igual á sí misma, por lo que no puede hablarse lógicamente más que de su mayor ó menor capacidad ó susceptibilidad para el error, en cuanto se la considera en abstracto; en su virtud, hemos considerado esta diversa posibilidad de error tal cual resulta de la contemplación abstracta de las diferentes especies de certeza.

Pero no es ocioso hacer notar también que la división objetiva de la certeza y la consiguiente relación de más y de menos entre sus varias especies ha llevado á otras consecuencias erróneas.

En primer lugar, admitidas certezas mayores y menores, admitida una relación de cantidad entre las varias especies de certeza, se ha pensado que siendo medibles entre sí, podían serlo también en sí mismas, y en su virtud, se ha llegado á afirmar que en el campo probatorio hay pruebas plenas, pruebas semiplenas y fracciones de prueba, indefinidamente descendientes de la certeza; error este de que trataremos especialmente en otro lugar de esta obra.;

En segundo lugar, considerando la certeza desde el punto de vista objetivo y desde el punto de vista de su correspondencia con la verdad, se ha llegado á afirmar que es certeza verdadera la que responde de un

modo absoluto, sin error posible, á la verdad objetiva; y como esta certeza absoluta no es de esperar en lo criminal, se ha llegado también á sostener que la certeza criminal es sólo probabilidad, en cuanto siempre hay posibilidad de error; otra falsa teoría esta, de que también tendremos ocasión de hablar especialmente más adelante.

Daremos fin á estas observaciones haciendo notar que con semejantes nociones inexactas se hace un continuo juego de palabras en la crítica criminal, insinuando en el ánimo un pirronismo científico, que á su vez provoca el pirronismo práctico, base fácil de sentencias arbitrarias é injustas; porque ciertas máximas, como la que confunde la certeza con la probabilidad, son muy á propósito para servir de expediente comodísimo á la pereza, que encuentra modo de encubrirse hipócritamente con las apariencias de una buena y exigente conciencia.

## CAPITULO II

### **Certeza en cuanto al sujeto y convencimiento judicial.**

Nuestras indagaciones, hasta aquí, hanse dirigido á determinar y analizar la naturaleza y las especies de la certeza. Trataremos ahora de determinar el sujeto de la misma.

Esta segunda investigación es mucho más fácil que la primera; una vez determinada la naturaleza de la certeza, la determinación del sujeto no es más que una simple deducción lógica.

Al dar la noción de la certeza hemos visto que consiste en un estado del alma, con lo que también hemos determinado el sujeto. Si la certeza tiene naturaleza subjetiva, el sujeto propio de la certeza no es ni puede ser otro que el alma del que juzga. Ahora bien; con una simple deducción podríamos prescindir de toda otra indagación desde el punto de vista racional.

Pero el movimiento histórico gradualmente ascendente de la humanidad, lleva en materia probatoria á la valoración previa de la sustancia de las pruebas, con criterios fijos por parte de la ley, determinando en qué condiciones probatorias se debe estar cierto y en

cuáles no, dando así vida á las *pruebas legales*. Y menciono las pruebas legales como un progreso histórico, porque sucedieron á las ordalias y á los duelos judiciales, sistema probatorio bárbaramente taumaturgo, condenado por los anatemas del cuarto Concilio Lateranense. Así, pues, aunque el sistema del convencimiento libre sea más antiguo, las pruebas legales por el tiempo en que florecieron constituyeron realmente un progreso; y este progreso fué tanto más beneficioso en cuanto se unieron al procedimiento inquisitorio, llegando á ser un correctivo del arbitrio judicial, temible en semejante forma procesal.

La aparición histórica de las pruebas legales llevó á los críticos á hablar de certeza legal, cual si la ley fuera un segundo sujeto posible de certeza. Y he ahí por qué no podemos menos de hablar de la certeza con relación á un doble sujeto.

Si la certeza en lo criminal se confía á la autónoma conciencia del juez, en la cual debe producirse como en cualquier otra de todo hombre razonable y con los mismos criterios libres, no subordinados más que á las leyes eternas de la razón, entonces se tiene la certeza natural, la certeza del hombre, que podemos designar con el nombre de certeza *moral*; designación específica ésta, referible en nuestro concepto, sin equívoco alguno al sujeto de la certeza, toda vez que hemos suprimido en la clasificación de la misma semejante nomenclatura.

Si la certeza no consiste más que en ciertas condiciones predeterminadas por la ley, é impuestas al ánimo del juez, se tiene la certeza *legal*; certeza que proviene no del alma del juez, sino de los criterios legales.

Esta certeza legal puede legislativamente tener mayor ó menor amplitud comprensiva. Puede, en pri-

mer lugar, no admitir en modo alguno los criterios libres del juez, que si al juzgar encuentra las condiciones probatorias del delito determinadas por la ley, debe condenar; y si no las encuentra, debe absolver: certeza ésta *completamente legal*.

La ley puede, en segundo lugar, dejar cierta esfera de acción al criterio libre del juez, y entonces se tiene la certeza *parcialmente legal*.

Además, los límites, desde el punto de vista legal, pueden ser de dos especies distintas, dando así lugar á dos subespecies de certeza *parcialmente legal*. Puede el límite referirse tan sólo á la condena, diciendo la ley al juez : tienes siempre la plena facultad de dudar de la criminalidad y de creer más ó menos en la inocencia del acusado, y, por tanto, puedes absolver; pero no es legítima tu certeza de la responsabilidad, y, por tanto, no puedes condenar más que en estas determinadas condiciones. En este caso tendremos una certeza *legal condenatoria* junto á la certeza moral absolutoria. Puede el límite referirse meramente á la absolución, diciendo la ley al juez : no pongo límites á tu convicción, en cuanto á la condena; pero no podrás, dudando de la criminalidad, creer más ó menos en la inocencia, y, por tanto, absolver más que en determinadas condiciones. En este otro caso se tendrá una certeza *legal absolutoria* y moral condenatoria. Esta segunda manera de certeza *parcialmente legal*, que yo he llamado *certeza legal absolutoria*, es opuesta á la validez de la *certeza natural* del juez: eventualmente genérase en su ánimo respecto de la inocencia, dirígese por lo común contra las *creencias menores* del juez, y acaso podría ser suficiente para absolver; pues, como es sabido, para legitimar la absolución no se espera la *certeza* de la inocencia, bastando

que ésta aparezca como posible y que la criminalidad resulte incierta. Por esto, si nos propusiésemos ser rigurosamente exactos, se podría hablar en tal hipótesis, más bien de *creencia* legal absolutoria: de este modo se comprendería, no sólo el caso en que el juez estuviese en conciencia cierto de la inocencia, y no pudiera absolver, porque la ley no participa de su certeza, sino también el caso en el cual el juez, sin estar cierto de la inocencia, tampoco lo estuviese de la delincuencia, y aun cuando sólo le bastase para absolver, no pudiera hacerlo, porque la ley no atiende como él á esta creencia mayor ó menor en la posibilidad de la inocencia, creencia que siempre se supone en la incertidumbre sobre la criminalidad del acusado. Esta segunda subespecie de la certeza parcialmente legal resultaría en rigor contra el procesado, respondiendo á una tendencia cruel y odiosa, mientras que la primera le sería favorable, y de una tendencia benigna y simpática.

Todo esto, en cuanto al fenómeno histórico de la certeza legal y á su posible aplicación legislativa, más ó menos amplia.

Veamos ahora la cuestión desde nuestro punto de vista, que es el racional. ¿Es lógico hablar de certeza legal? ¿Es posible predeterminar, sin caer en error, las condiciones particulares y concretas, de las cuales debe surgir una certeza particular y concreta?

De cuanto hemos dicho acerca de la naturaleza de la certeza infiérese que si la certeza es definible categóricamente en sus especies, no es predeterminable en sus particulares y concretas *individualidades*.

La certeza, hemos dicho, es un estado subjetivo; añadiendo que este estado subjetivo no se considera como independiente de la realidad objetiva: es un es-

tado psicológico producto de la acción de la realidad percibida, y de la conciencia de tales percepciones. Ahora bien; como en el juicio criminal se trata siempre de realidades contingentes y estas pueden variar indefinidamente de naturaleza y de relaciones, la certeza que á las mismas se refiere no puede ser predeterminada por criterios fijos. El delito, de un lado, tiene por sí mismo formas de apariencias indefinidamente múltiples: de otro tiene relaciones también múltiples con las cosas y con las personas, que luego sirven para averiguarlo á manera de pruebas. Siendo varia la relación entre el delito dado y las cosas y personas que sirven luego de prueba, vario es también el valor probatorio que en dicha relación encuentra su eficacia. Mas ¿cómo predeterminar las varias relaciones, y por tanto la varia eficacia de las pruebas?

Las especies del delito pueden predeterminarse; en la clasificación y gradación de las mismas encuentra su fundamento y justificación el código penal, pero no cabe predeterminar todas las formas particulares y concretas de su efectucción. Además, la certeza judicial que debe servir de base á la condena, no es referible al delito *en especie*, sino al delito *individuo*, siendo aquéllas tan indeterminables como su objeto. El objeto, pues, de la prueba misma, nos lleva á rechazar la certeza legal.

Por otra parte, las realidades contingentes que funcionan como prueba, sólo son determinables en cuanto á las especies, consistiendo precisamente la crítica criminal en el estudio y en la determinación de estas especies. Pero si las realidades dichas se consideran en su *individualidad*, no pueden ser predeterminables, porque su individualidad, como la de toda delincuencia contingente, es indefinidamente variable en

sus formas concretas. Ahora bien; surgiendo la certeza, no de la prueba *específica*, sino de la *individual*, es tan indeterminable como la prueba de que surge. Según esto, el *sujeto* de la prueba nos lleva también á rechazar la certeza legal.

Resumiendo lo expuesto, nos encontramos, con que la prueba tiene un objeto y un sujeto. El objeto de la prueba concreta en lo criminal es la *individualidad criminosa* que se quiere probar: el sujeto de la prueba lo son la *cosa y la persona que prueban*. El delito concreto ó individualidad criminosa, es variadísimo, por donde resulta que la prueba tiene en lo criminal un *objeto muy vario*. Las cosas y las personas que prueban son á su vez realidades contingentes, variables también en su individualidad hasta lo infinito: por donde también resulta que el *sujeto* de la prueba es en concreto también *variabilísimo*. Por su parte, la certidumbre no se genera en el ánimo más que por la percepción de la relación intercedente entre el sujeto que prueba y el objeto probado; y como estos dos términos son individualmente variabilísimos, variabilísima es la relación, y en su virtud es variabilísima la certeza que resulta. Por supuesto, la variabilidad de la certeza es siempre desde el punto de vista de las fuentes; pues en sí misma, ya sabemos que consistiendo la certeza en un simple estado del alma, es siempre idéntica á sí misma.

Paréceme, con esto demostrada claramente la irracionalidad de toda predeterminación del valor de las pruebas individuales y concretas y por tanto de toda certeza legal; con la diferencia sólo de que la certeza *totalmente legal* es totalmente irracional y las certezas *parcialmente legales* son parcialmente irracionales; lo racional acaba precisamente donde comienza el límite legal.

La certeza legal es un error lógico que se resuelve en error jurídico, por la condena que obliga á dictar contra quién 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 del reo. Basta que en la conciencia social repercuta el eco de una sola condena reconocidamente injusta, y á pesar de esto impuesta al inocente, ó bien el de una absolución injusta de un reo, para que se desvanezca toda la fe en la justicia humana, y no quede en el corazón más que el espíritu de protesta.

Al hablar de las pruebas más adelante, se hablará nuevamente de la prueba legal: en lo tocante á la determinación de la noción de la certeza, basta con lo dicho.

Prescindiendo de la certeza legal, sólo nos quedan por hacer algunas indicaciones particulares sobre la certeza moral, atendiendo á su propio perfeccionamiento en lo que llamamos el *convencimiento judicial*.

Hemos dicho que la certeza es la admitida conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica. Ahora bien; se debe notar que en lo criminal, las relaciones de conformidad entre una noción ideal, producida por pruebas que en rigor son siempre imperfectas, y el hecho criminoso que trata de investigarse, no son relaciones absolutas, no se refieren á verdades evidentes de razón, sino á verdades de hecho, siempre contingentes. Por esto, como es sabido, la certeza en lo criminal es susceptible de errores, que impone la posibilidad de lo contrario. Quien dice, estoy cierto, no hace más que afirmar las grandes, pero

no absolutas, relaciones de conformidad entre el propio pensamiento y la verdad objetiva; limitase á afirmar previamente la suficiencia de los motivos favorables á la verdad. Pero esta afirmación en que la certeza consiste, no siempre implica la manifestación firme y definitiva del asentimiento de la voluntad, siendo dable estar intelectualmente cierto, sin estar moral y seguramente convencido de la verdad. Cuando tal ocurre, al logro de este seguro convencimiento se encaminan las operaciones de crítica y examen de los motivos determinantes de la certeza, á fin de que éstos, si no se desvanecen se confirmen. En este asentimiento firme y seguro de la voluntad que, iluminada por la razón, rechaza definitivamente la posibilidad de lo contrario, consiste, en mi concepto, el *convencimiento racional*, que cuando se relaciona con la justicia, llamamos *convencimiento judicial*. Dice la certeza: veo relaciones de conformidad entre mi pensamiento y la verdad. Y el convencimiento añade: en esta visión intelectual no hay errores; estoy seguro de que el pensamiento está conforme con la verdad. La certeza es la afirmación preliminar de la verdad, significando que la noción ideológica se presenta como verdadera; el convencimiento es la afirmación sucesiva de la posesión de la certeza, significando que la certeza es legítima y que el espíritu no admite dudas acerca de la verdad. El convencimiento racional, en suma, no es más que un juicio subsiguiente, determinante y perfeccionado del primero, que constituye la certeza; la certeza es la admisión de la verdad; el convencimiento, á su vez, es la admisión de la certeza, como legítima. De un lado, pues, encuentra la certeza moral su perfección en el racional convencimiento, en cuanto este se resuelve en la conciencia de la certeza consentida

y segura; de otro, este convencimiento, es en especial, el acto volitivo y difinitivo de asentimiento á lo verdadero, como integración de la certeza; es la aquiescencia de la voluntad (1).

En el lenguaje corriente, quien dice tan sólo convicción, quiere decir menos que certeza; por eso, para evitar equívocos, he hablado de convencimiento racional. *Convencido*, en tal sentido, además de *cierto*, expresa el punto máximo de la persuasión; es la persuasión en virtud de visión segura intelectual, y no por impulso ciego del alma.

Para mejor determinar la noción del convencimiento judicial, indicaremos rápidamente algunos de sus principales requisitos: los que mayor importancia tienen á propósito de pruebas judiciales criminales.

Ante todo, teniendo en cuenta cuanto queda dicho, como el convencimiento judicial se resuelve en la certeza admitida y segura, y, por tanto, en un acto simple é indivisible del espíritu, resulta que no puede

---

(1) Es análoga mi distinción entre convencimiento racional y certeza, á la que hace Galluppi entre sentimiento y juicio de la certeza.

He aquí sus palabras:

«Se debe distinguir el sentimiento de la certeza del juicio sobre la certeza. El primero, es la conciencia de un juicio sin el temor de equivocarse. El segundo, es un juicio verdadero ó falso, en virtud del cual se piensa que el número de motivos á favor de un juicio, es suficiente. De donde se sigue que un hombre puede juzgar que una proposición dada, es cierta, siendo al propio tiempo presa de un sentimiento de incertidumbre respecto de la misma.» Galluppi, *Elementi di Filosofia*, vol. IV, cap. V.

He dicho que esta distinción entre sentimiento y juicio es análoga y no idéntica á la mía, porque este sentimiento de que Galluppi habla, es un sentimiento no razonado, sino instintivo, mientras el convencimiento racional de que yo hablo, es el consenso iluminado de la voluntad, producido por el atento examen de los motivos en los cuales se funda la certeza.

*graduarse*, como ocurre con la certeza misma. No hay más ni menos en el convencimiento, como en la certeza; se está convencido, ó no se está.

En segundo lugar, este acto volitivo en que, específicamente, se apoya el convencimiento que perfecciona la certeza, para que conserve su naturaleza genuina y racional, no debe ser determinado por razones extrañas á la verdad, á aquella verdad que es la meta suprema del espíritu: á aquella verdad de la cual la certeza no es más que su posesión admitida, no siendo el convencimiento otra cosa que un verdadero homenaje. Por esto el convencimiento debe ser también *natural* en el juez, esto es, que debe surgir de la acción genuina de las pruebas, y no *artificial*, ó sea producido por razones extrañas á su intrínseca y propia naturaleza.

Estas razones extrañas que turban la *naturalidad* del convencimiento, pueden encontrarse en el examen indirecto de las pruebas, como cuando el juez del debate formase su personal convencimiento, no examinando y pesando las pruebas directamente por sí, sino siguiendo las apreciaciones del juez instructor.

Pueden, además, estas razones extrañas consistir en el influjo legal, que hace atribuir á la sustancia de las pruebas una determinada eficacia probatoria; en este caso, el juez no infiere por sí el valor de la prueba directamente examinada, de la prueba misma individualmente considerada, sino del precepto legislativo que le atribuye por adelantado un valor especial.

De estas dos clases de influjo exterior que perturban la naturalidad del convencimiento judicial, y que se concretan en general en el examen no directo, ó en la simple valuación no directa de las pruebas, hablare-

mos al tratar de las importantes causas que se derivan de la naturalidad del convencimiento en relación con las pruebas.

Por último, estas razones extrañas á la verdad, perturbadoras de la naturalidad del convencimiento, pueden surgir también del alma misma del magistrado; consisten entonces en una particular disposición de su espíritu, que influye en la formación y determinación del convencimiento. Esta especie de influjo, este influjo interno, no es menos peligroso que los externos para el triunfo de la verdad. Que las disposiciones de nuestro espíritu pueden influir sobre el convencimiento, induciendo á error á nuestra inteligencia, veráse claro, con sólo pensar que es la voluntad quien determina la atención del pensamiento hacia una consideración con preferencia á otra; la voluntad es, ciertamente, la que excluyendo un examen, un argumento, puede encerrar el pensamiento dentro de un argumento contrario; y ella es, en fin, la que se halla expuesta siempre al influjo borrascoso de las pasiones. La fuerza de nuestro temperamento, la fuerza de nuestros hábitos, de nuestras inclinaciones y de nuestras prevenciones pueden fácilmente llevarnos á formular falsos juicios. Se necesita, pues, que la voluntad no fuerce con su influjo la libertad y la serenidad de las visiones intelectuales; y esta libertad y esta serenidad del intelecto no estarán á salvo, si el alma que quiere juzgar no se prepara mediante aquella limpia de que hablaba Platón en el *Fedon*, y que el gran filósofo estimaba necesaria para alcanzar la verdad; es preciso, en efecto, purgar el espíritu de las pasiones.

Pero además de *natural*, el convencimiento judicial debe ser también *razonado*. El convencimiento de que hablamos, ya lo hemos dicho, no es aquel que surge

de impulsos ciegos é instintivos del ánimo, como el *sentimiento de la certeza* de que Galluppi habla: no es tampoco el que surge de una indistinta é indeterminada percepción de las razones, lo que autorizaría tan sólo para caracterizarla como razonable, sino el determinado por la visión distinta y por la apreciación directa de las razones: debe ser, en suma, no ciego, ni simplemente razonable, sino *razonado*.

Mas al decir que el convencimiento debe ser razonado, no se determina de qué naturaleza deban ser las razones legitimantes del convencimiento; muchas veces las preocupaciones y las prevenciones subjetivas de la persona dan tal peso á los motivos fútiles, que es preciso considerarlos como razones suficientes. Ahora bien; importa para la noción del convencimiento judicial añadir que las razones que han de determinarlo, deben ser de una naturaleza tal que resulten capaces de generar el convencimiento en cualquier otro hombre razonable á quien fueran expuestas. El convencimiento no debe, decimos en otros términos, estar fundado en apreciaciones subjetivas del juez: debe ser tal, que los hechos y las pruebas sometidos á su juicio, una vez sometidos de nuevo al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano razonable, produzcan en éste el mismo convencimiento que han producido en el juez. Este requisito, que estimo importantísimo, es el que yo llamo *socialitá* (carácter social) del convencimiento.

Cuando se habla de convencimiento, como del *colmo* de la certeza necesaria en juicio, se alude al hecho de la crimosidad: trátase de la crimosidad que no puede afirmarse, si no resulta cierta en virtud de propia y buena averiguación. Ahora bien; conviene no olvidar que á nombre de la conciencia social es

como se ejercita la justicia punitiva: en esta conciencia social radica la legitimación del derecho de castigar: se castiga para destruir la perturbación social que el delito produce. Dado esto, se comprende que la certeza moral del juez, la certeza relativa á la criminalidad, para ser fundamento legítimo de condena, debe encontrar apoyo en la conciencia social. La contradicción entre la conciencia social y la del juez debe inclinar siempre á la absolucíon, de ningun modo á la condena. Si el juez, aun sintiéndose personalmente convencido de la criminalidad del acusado, siente que sus razones no son de tal naturaleza que puedan generar el mismo convencimiento en todos los demás ciudadanos razonables y desinteresados, debe absolver. Así como también, cuando el juez, por la naturaleza de los motivos convergentes hacia la afirmación de la criminalidad, cree, que en vista de ellos sería legitimada la condena del acusado ante la conciencia social, debe, no obstante, absolver si tales motivos no resultan, ante su conciencia personal de juez, suficientes para sentar la certeza de la criminalidad del procesado. En su virtud, debiendo ser siempre razonado el convencimiento, y debiendo además aspirarse siempre también á que este convencimiento se *socialice*, esta última cualidad obra como una limitación absoluta sobre la condena, pero no sobre la absolucíon. El juez no podrá, en el supuesto de conceptuar legítimo el propio convencimiento, condenar legítimamente, si no cuando piense que los hechos y las pruebas sometidas á su juicio, una vez sometidas al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano razonable, producirían en él la misma certeza que en su ánimo hayan provocado.

Siendo, pues, una aspiración en el convencimiento

judicial su *socialización*, y siendo una exigencia de la declaración de criminalidad que esta sea admisible socialmente, síguese de aquí que el juez no deberá nunca fundar su persuasión en los datos de conocimiento que posee como particular. En cuanto á su conciencia, sin duda, nada más cierto que aquello que él mismo ha percibido; pero no es lo mismo en cuanto á la conciencia social. Si el juez llega privadamente á conocer el hecho criminoso, ó bien hechos que demuestren la inocencia, declinará su oficio de juez, para acudir en concepto de testigo; su testimonio como tal, será apreciado y valuado, no sólo por el magistrado que juzgue, sino también por la sociedad.

Este principio de la difusión social del convencimiento judicial, no puesto de relieve antes, que yo sepa, por nadie, es de la mayor importancia. La *socialización* encuentra su fuente unificadora en la razón humana, en la cual descansa y se fecunda la armonía espiritual de los hombres; en ella, que es una especie de objetivación de la certeza, se apoya la mejor determinación del convencimiento judicial, determinación que impide á éste resolverse más ó menos hipócritamente, según el simple arbitrio del juez.

Pero este principio del carácter social del convencimiento, si no ha de ser estéril aspiración de pensador, es preciso que alcance una concretación exterior judicial. Ahora bien; esta concretación va implícita en aquellas condiciones que hacen posible el juicio de la sociedad sobre la materia misma que es objeto del juicio magistral. En ésto radica la garantía concreta y práctica del principio á que nos referimos: de la acción fiscalizadora que la sociedad puede ejercer sobre el juicio del magistrado, reprobándole cuando no lo acepte, ó aprobándole cuando resulte conforme con el

suyo propio. Y la sociedad puede ejercitar su fiscalización por dos caminos; por medio de juicios ulteriores, ó por medio de juicios contemporáneos al pronunciado por el tribunal.

La *motivación* de la sentencia es el medio práctico, que hace posible la fiscalización de la sociedad por juicio sucesivo ó ulterior al del juez. La *motivación* obliga, de un lado, al juez, á dar una base razonada al propio convencimiento, y de otro, hace posible la fiscalización social de tal convencimiento (1).

El medio práctico que en otro respecto hace posible la fiscalización social, y con ella el influjo contenedor en virtud de juicio directo, contemporáneo al del magistrado, es la *publicidad* del debate.

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que los dos cánones judiciales de la *publicidad* del debate y de la *motivación* de la sentencia de que tendremos ocasión de hablar más ampliamente, no son sino dos consecuencias del *principio del carácter social* del convencimiento, principio que conceptuamos de la más alta importancia, en cuanto es aquel por el cual la justicia punitiva se resuelve en una función verdaderamente social, y no en el arbitrio más ó menos hipócritamente disimulado del hombre sobre el hombre.

---

(1) La *motivación* de las decisiones 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 de estar suficientemente garantido, no siendo así necesaria la *motivación* del veredicto. El que este sea justo, y en qué tanto, así como el decidir si el jurado, tal como es hoy, es un bien ó un mal, no se puede decidir aquí; materia es esa, no de lógica, sino de arte criminal.

## CAPITULO III

### La probabilidad con relación á la certeza.

Se ha dicho por algunos, y se repite por casi todos los tratadistas, que la certeza en materia criminal no es más que probabilidad. He aquí una afirmación que es falsa desde el punto de vista de la lógica, y perniciosa desde el punto de vista del derecho; es una afirmación que obra á manera de narcótico sobre la conciencia del magistrado, adormeciendo en él aquel sentimiento de alarma que es la salvaguardia de la justicia, en cuanto hace sentir al vivo la necesidad de las investigaciones para llegar á la verdad con certeza.

¿Qué dirían esos señores tratadistas, si leyeran en una sentencia: Se condena á Ticio á tal pena, porque *probablemente* ha cometido tal delito? Los sustentadores de la premisa se rebelarían contra la consecuencia lógica; fatalidad esta que ocurre siempre que la premisa no es verdadera. Han contribuido grandemente á hacer arraigar en los espíritus esta falsa premisa, escritores de gran inteligencia, uno de los cuales no ha vacilado en poner frente á su tratado de lógica judicial, el equívoco título de *Lógica de las pro-*

*babilidades*, sin pensar en la funesta confusión que, por tal modo, provocaba y acreditaba.

Analicemos, pues, las relaciones entre certeza y probabilidad, y procuremos determinar sus diferencias.

La certeza es, por su naturaleza, objetiva; pero puede considerarse desde el punto de vista de sus relaciones objetivas. La certeza, desde el punto de vista objetivo, se confunde con la verdad; es la verdad en cuanto está seguramente percibida. Ahora bien; la verdad, en sí misma, no es más que la verdad; y así como objetividad única en sí misma, de la certeza, no se revela á nuestro espíritu más que presentándose como una conformidad *simple* y *sin contraste* entre la noción ideológica y la realidad ontológica; lo que se verifica, en primer término, por las verdades intuitivas, ya sean contingentes, ya necesarias, y en su virtud por certezas intuitivas. Considerando la objetividad de la certeza, en cuanto por tal modo se revela al espíritu, resulta seguramente clara su diferencia de la probabilidad, tomada también objetivamente; bajo este aspecto la diferencia no necesita defensa. La probabilidad, objetivamente, no tiene como contenido la simple verdad, ni la certeza; tiene un objeto múltiple; tiene por objeto los motivos superiores convergentes hacia la afirmación, junto con los motivos no divergentes de la afirmación. La certeza, considerada objetivamente en la verdad, no puede tener motivos divergentes para la creencia; la probabilidad, sí debe tenerlos; la certeza tiene un objeto único, la probabilidad tiene objeto múltiple.

Si la verdad de que el espíritu se posesiona fuese siempre percibida directa é inmediatamente, no siendo la verdad en sí misma más que una, no habría motivos divergentes para la creencia, con relación á la

certeza ni con relación á las verdades contingentes; la simplicidad objetiva de la verdad se reproduciría subjetivamente en la certeza.

Pero, como ya hemos visto, no es sólo por la vía de la intuición por donde se llega á la verdad y á la certeza, hay otras. El espíritu humano, limitado en sus percepciones, no llega á la verdad, la mayoría de las veces, sino por vía indirecta. La evidencia ideológica y la física, y por tanto la certeza intuitiva en general, sólo tiene un campo limitadísimo en nuestro conocimiento, y este campo está muy mal definido cuando se trata de aquella certeza intuitiva *física* de que es preciso ocuparse en materia criminal. Así se explica que, llegando casi siempre por modo indirecto á la percepción de la verdad *contingente* de la delincuencia, y siendo múltiples los caminos indirectos que á la verdad pueden conducir, ya que múltiples son las relaciones de la verdad, como lo son los mismos hechos que tienen relaciones con verdades contingentes opuestas entre sí, y que á ella puedan conducir, así se explica, repetimos, que en materia de certeza nos encontremos casi siempre frente, no sólo de diversos motivos convergentes para creer, sino también frente á los divergentes para formar la creencia.

Si se pretendiera que la certeza en materia criminal se nos afirmase siempre como simple é inmediata percepción de la verdad, conforme, en suma, á la unidad objetiva de su contenido; si se pretendiera con esto lograr la ausencia absoluta de los motivos contrarios en la certeza, que debe servir de base al magistrado para formular su condena, sería preciso renunciar á esta gran misión de la justicia punitiva; tan difícil tendría que ser el caso que autorizase á considerar como culpable á un procesado. En la crítica criminal, no es á

tal especie de certeza á la que se ha de referir la convicción judicial, no se requiere para ella la absoluta falta de motivos divergentes. Nos contentamos con que haya motivos convergentes y motivos divergentes; nos contentamos, en suma, con la objetividad de lo probable, con tal de que esta sea *especializada por una determinación subjetiva*, sin la cual no saldriamos de lo probable. La determinación subjetiva que nos hace salir de la probabilidad y nos abre la puerta de la certeza, consiste en el hecho de *rechazar racionalmente los motivos divergentes de la creencia*.

La certeza que debe servir de base al juicio magistral no puede ser otra que aquella en cuya posesión se halle el juez, la certeza como estado propio de su alma. Desde este punto de vista, la certeza no es más que la afirmación intelectual por parte del magistrado de la conformidad entre la idea y la realidad. Ahora bien; esta afirmación puede tener efecto, no obstante la percepción de motivos contrarios á la afirmación; el espíritu de estos motivos contrarios, *no encontrándolos dignos de ser tomados en cuenta* los rechaza, y en contra de ellos ó prescindiendo de ellos, afirma. En este caso, por lo demás, no se deja de estar ante la certeza, porque se está siempre ante la afirmación de conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica; y aun cuando existan en nuestra percepción motivos contrarios para las creencias, inarmonizables con la unidad objetiva de la verdad, ó más bien con la multiplicidad objetiva de lo probable, no se debe deducir por ello que en nuestra afirmación haya probabilidad y certeza; genuinamente esta deducción es la que, en mi concepto, ha producido el error en que incurren los tratadistas, ó por lo menos en esta deducción está la única explicación científica

de su error, al afirmar la identidad entre probabilidad y certeza.

Si los tratadistas se hubieran detenido más á reflexionar y á analizar esto, hubieran visto que la existencia de motivos de divergencia para creer, al lado de motivos que llevan á la creencia, tanto en los casos de probabilidad como en los de certeza, no es más que una simple y débil analogía entre la probabilidad en su aspecto objetivo y la certeza en su limitación subjetiva, que da apariencias múltiples á un mismo objeto, analogía que por lo demás no justifica la afirmación de su identidad.

Y la luz hubiera surgido fácil y clara con sólo considerar igualmente en la integridad subjetiva la certeza y la probabilidad. Para ser exacto, repetimos, la certeza y la probabilidad deben ser consideradas siempre en el ánimo de quien juzga, y siempre subjetivamente, porque una y otra no tienen más que una naturaleza subjetiva.

Y no es, ya lo dijimos, que se pretenda, al considerar así la certeza, separarla por entero de la verdad, ¡Dios nos libre!; no queremos arrojarnos de cabeza en pleno pirronismo. Admitimos que la certeza surge del influjo de la verdad; pero añadimos que si bien surge de la verdad, no es la verdad; no es más que un estado del alma, el cual puede á veces, en virtud de nuestra imperfección, no responder á la verdad, por lo que es de naturaleza subjetiva, al igual que la probabilidad. En suma, creemos no deber separar lo que no está separado, la certeza y la verdad, pero no llegamos por ello á confundirlas; lo que hacemos es diferenciarlas.

Lo que queda dicho para la certeza se aplica á la probabilidad. No entendemos tampoco que se deba considerar la probabilidad separada de la realidad

percibida que en nosotros la produce, ¡Dios nos libre!; no nos imaginamos en brazos de un azar fantástico perpetuamente. Admitimos que la probabilidad *brot*a ó surge de los datos objetivos; pero añadiremos que la probabilidad no consiste en esos datos: consiste en aquel estado del ánimo producido en virtud de su percepción, por lo que, al igual que la certeza, su naturaleza es subjetiva. Tampoco aquí queremos ni separar ni confundir, sino distinguir.

Se puede, sin duda, cuando se habla de certeza y de probabilidad, considerarlas desde el punto de vista objetivo, pero sólo en el supuesto del estudio de una de sus relaciones, no en el supuesto de que se estudie su naturaleza. El estudio de la relación podrá también arrojar luz en el estudio de la naturaleza; pero la relación de un ente nunca constituirá la naturaleza toda del ente. Y quien cambia la simple relación, aunque ésta sea muy importante, con la naturaleza de un ser, falsea de un modo fundamental el concepto.

En un tratado de lógica de la creencia no puede considerarse la certeza y la posibilidad, más que en cuanto una y otra se presentan á la conciencia de aquel que se prepara y se propone creer.

Esto supuesto, si los aludidos escritores hubieran analizado mejor la naturaleza subjetiva de la certeza y de la probabilidad, hubieran tropezado inmediatamente con la diferencia.

¿En qué consiste subjetivamente la probabilidad? Consiste en la percepción de los motivos convergentes y divergentes, juzgados todos dignos, en la medida de su valor respectivo, de ser tomados en cuenta.

He aquí ya fácil de establecer la diferencia entre la probabilidad de un lado, y la certeza con motivos divergentes del otro. La probabilidad ve los motivos

convergentes y divergentes, y los  *juzga todos dignos de ser tomados en cuenta*, si bien más los primeros que los segundos. En cambio, la certeza encuentra que los motivos divergentes de la afirmación no  *merecen racionalmente consideración*, y en su virtud afirma. Esta afirmación presentase al espíritu humano como la que corresponde á la verdad: no siendo la certeza que de aquí surge, al igual que toda otra certeza, más que conciencia de la verdad. ¿Cómo, pues, confundir este estado del alma con el anterior? La repudiación de los motivos divergentes es necesaria para tener certeza; es necesaria también para que pueda pronunciarse una condena en justicia: no bastaría, en efecto, la simple probabilidad. Desde el momento en que se tropieza con un motivo para no creer, digno de ser tomado en cuenta, falta la certeza, y no se puede condenar.

En las varias y ordinarias contingencias de la vida, el hombre se deja guiar por los juicios probables, y está bien. Si para obrar se pidiese siempre la certeza de los resultados, todas las fuentes de la actividad estarían secas. ¿Qué industria podría iniciarse si de antemano se quisiera tener la certeza del lucro? El trabajo industrial sería presto abolido. ¿Cómo, en verdad, encontrar capitales para las empresas si hubiese de pedirse por adelantado la certeza del beneficio? Los capitales se dedicarían á dormir el sueño eterno de la inercia. ¿Quién cultivaría las tierras, si para cultivarlas hubiera de tenerse la certeza de su futuro rendimiento? La tierra, abandonada, acabaría por esterilizarse. Y esto no sólo es aplicable á la esfera económica, sino á todos los ramos de la actividad humana. No siendo el hombre atraído al obrar sino por los fines más ó menos próximos, pero futuros siempre, y no siendo dable al hombre juzgar lo futuro, sino seguir

el cálculo de probabilidades, exigir la certeza para obrar, sería abolir la actividad humana, y condenar al hombre á la inmovilidad absoluta é infecunda ante el riesgo natural que cualquier paso hacia adelante supondría. La misma familia desaparecería, pues, de hecho; si quien se une en la vida á una compañera, hubiera de estar de antemano seguro y cierto de no tropezar con ninguna de las calamidades posibles en el matrimonio, ¿quién se casaría? Inmovilidad, soledad y esterilidad aniquiladora, tal es el destino del hombre que se negase en absoluto á dejarse guiar por el juicio de lo probable en los actos ordinarios de la vida.

Mas si está bien que para las relaciones diarias de la vida el hombre se confie en sus juicios de probabilidad, no puede permitirse lo mismo cuando se trate de la averiguación del hecho criminoso, que se supone realizado, esto es, cuando se trate de ejercer el sagrado y terrible ministerio de la justicia punitiva: sagrado y terrible, en verdad, por ser un ministerio divino en manos humanas. Si se pudiese condenar en virtud de un simple juicio de probabilidades, la justicia penal, ya lo dijimos, perturbaría la conciencia social más aún que el delito mismo: los ciudadanos pacíficos estarían expuestos, más que á las agresiones de los delincuentes particulares, á las de la justicia social. La certeza y sólo la certeza, es el estado de alma que debe servir de base fundamental á la condena.

Ahora bien; este estado de alma puede ser relativo á una verdad percibida sin motivos que la contradigan, lo cual, en materia criminal es rarísimo, y eso, con referencia á un *elemento* criminoso, no á la *totalidad*: puede ser, además, tal estado relativo á una verdad percibida junta con motivos contrarios, siendo

este el caso más frecuente en materia criminal. Mas téngase en cuenta, que, aunque sea en este caso frecuente, no se puede hablar de probabilidad porque se perciban motivos de contradicción, al formar la creencia; se trata siempre de certeza, desde el momento en que se rechacen los motivos contrarios á la misma.

De lo dicho se infiere que en materia criminal, que es de lo que aquí tratamos, si la certeza no es la probabilidad, como ya queda demostrado, sin embargo, la probabilidad es el camino que con más frecuencia nos lleva á la certeza. Se empieza tomando en cuenta los motivos de creer y los de no creer; se empieza, en suma, por la probabilidad, y luego, rechazando los motivos que nos inducen á no creer, se pasa á la certeza.

Se debe observar que muchas veces á causa de la imperfección del espíritu humano, no se toman en cuenta motivos que merecen tal consideración, creyendo entonces estar en lo cierto, cuando lo que se ha logrado es sólo lo probable, y así, desde el punto de vista de la posibilidad objetiva de lo contrario de lo que se cree, se trata de una simple probabilidad. Pero ni aun esto autoriza para afirmar la identidad entre lo cierto y lo probable. La posibilidad objetiva de lo contrario no es de la naturaleza de la certeza; y en cambio sí lo es de la probabilidad. La posibilidad objetiva de lo contrario antes de constituir parte de la naturaleza de lo cierto, es más bien su *imperfección*; y la imperfección, en buena lógica, no puede ser considerada con elemento constitutivo de la naturaleza de un ser, sino como su *parcial negación*.

Por tanto, pues, bajo ningún aspecto puede afirmarse que la probabilidad sea lo mismo que la certeza, y para emitir una sentencia condenatoria es

preciso, como ya queda demostrado, la certeza siempre.

La probabilidad no entra así al servicio de la criminalidad más que, ó legitimando la *potestas inquirendi*, ó bien como un primer paso hacia la certeza. Este segundo caso ocurre cuando á la prueba de la probabilidad, que presenta motivos convergentes y divergentes para creer, se junta otra prueba que excluye y repele los motivos divergentes: alcanza, en tal supuesto, en conclusión, lo que llamamos prueba acumulativa de la certeza, ó, lo que es lo mismo, aquella suma de pruebas que, generando la certeza, puede servir de legítima base al dictamen condenatorio. Este modo de funcionar la probabilidad al servicio de la certeza, lo veremos mejor hablando de las pruebas.

Hemos creído no poder estudiar bien la probabilidad sin tener presente la certeza, y así hemos procedido en nuestras investigaciones.

De todo cuanto llevamos dicho resulta claro que no se define adecuadamente, cuando se hace consistir la probabilidad en la percepción de las razones superiores que inducen á la afirmación. Esta definición, aun cuando es suficiente para distinguir lo probable de lo simplemente creíble; que, según veremos, consiste en la percepción de *iguales* razones en pro de la afirmación y de la negación, no lo es para distinguirla de la certeza; mas se lo confunde con aquella certeza que en nuestra limitación subjetiva va acompañada de motivos para no creer.

No basta, para la integridad de la definición, decir que la probabilidad es la percepción de las razones superiores en apoyo de la afirmación, y *de las inferiores que apoya la negación*. Esta adición precisa un tanto

el concepto de la probabilidad, pero en modo alguno llega á distinguirla de la certeza. En nuestra certeza ordinaria y defectuosa, relativa á hechos contingentes no percibidos de un modo directo, se nos presentan al espíritu, según hemos visto, no solo motivos para creer, sino también motivos para no creer. Y, á pesar de esto ¿cuándo y por qué decimos que estamos ciertos? Sólo cuando y desde el momento en que el intelecto ha rechazado de sí los motivos contrarios á la creencia. La probabilidad *no rechaza* los motivos de no creer: los acepta como motivos de un valor inferior á los otros (los que inducen á creer).

Pongamos un ejemplo. Sabemos que en una caja hay noventa y ocho bolas negras y dos blancas. Ticio extrae de dicha caja una de las bolas. En el supuesto de que no pudiéramos saberlo directamente, se trata de saber por vía inductiva si es negra ó blanca la bola extraída. Percibimos noventa y ocho motivos que nos inducirán á creer que la bola extraída es negra, y al propio tiempo percibimos dos motivos que nos inducirán á creer blanca dicha bola. De estos datos objetivos pasamos á afirmar que hay grandísimas probabilidades para suponer que la bola extraída sea negra, por cuanto los motivos que inducen á sentar esta afirmación son en gran manera superiores á los que nos llevan á inducir la afirmación contraria. Pero téngase en cuenta que en este caso no rechazaremos los motivos divergentes, pues si los rechazáramos nuestra afirmación sería cierta y no probable. No los rechazamos: los aceptamos como dignos de consideración, pero de un modo inferior á los otros tan superiores por su número. He aquí la especialización de la probabilidad: es esta *la percepción de los motivos superiores convergentes hacia la creencia, y de los menores divergentes,*

---

*juzgados todos dignos de ser tomados en cuenta, según la diversa medida de su valor respectivo.*

Importa hacer aún una última observación á propósito de la probabilidad. Hablando de la certeza, hemos sostenido que es inmedible; así, no sólo no puede entablarse relación entre la cantidad de las varias especies, sino que cada una en sí misma es ingraduable, se está ó no se está cierto; he ahí la fórmula. A esta conclusión hemos sido llevados en virtud de la consideración de la naturaleza de la certeza. Ahora bien; la consideración de la naturaleza propia de la posibilidad nos lleva á una deducción opuesta. Existiendo en la noción de la probabilidad motivos convergentes y divergentes, tomados todos en cuenta, á medida que aumentan los primeros y disminuyen los segundos aumenta la probabilidad, y viceversa. Por de contado, en este segundo caso, ha de entenderse que no se supone el aumento de los motivos divergentes más que dentro de límites dados, siempre inferiores á los de los motivos convergentes, pues de otro modo, en llegando á neutralizarse, la probabilidad desaparecería, y no siendo superiores, se produciría una probabilidad opuesta.

Por tanto, la probabilidad es graduable. Pero la gradación no puede determinarse de una manera fija, porque el número de los motivos que abstractamente pueden llegar á presentarse es indefinido; y en cuanto á los motivos que en concreto son tomados en cuenta, hay siempre en ellos algo de indeterminado que se escapa á la adición numérica, por lo que, no sólo el número de motivos es lo que determina el grado de la probabilidad, sino también especialmente su *importancia*, valor lógico indeterminable aritméticamente.

Así, pues, si puede hablarse de más ó de menos en hecho de probabilidad, cosa que no cabe con relación á la certeza, no pueden determinarse de un modo fijo y numérico los varios grados de probabilidad.

La gradación de la probabilidad, si no se quiere caer de cabeza en lo puramente fantástico, redúcese simplemente á decir que puede tenerse, respecto de un objeto, una mínima probabilidad, que yo llamaría, luego diré por qué, lo *verosímil*, una probabilidad media, que pudiera llamarse, sin más, lo *probable*, y una máxima que sería lo *probabilísimo*.

Determinar, pues, los límites precisos que separan lo verosímil de lo probable, y ésto de lo probabilísimo, no puede hacerse si no se quiere caer en fantasmagorías ó inexactitudes indignas de la ciencia.

## CAPITULO IV

### **La credibilidad en relación con la certeza y con la probabilidad.**

Cuando se discute acerca de la existencia de hechos determinados, el hecho se considera como *realidad en acto*, no en simple potencia. Por esto la certeza y la probabilidad de que se habla con respecto á un determinado hecho criminoso, son una certeza y una probabilidad que se refieren á él como á una realidad ya actuada, no como á realidad que debe actuarse.

El fin supremo de la crítica judicial es, pues, la *averiguación de una realidad efectuada*. Sentado esto, se determina el punto de vista desde el cual nos proponemos considerar las relaciones de la certeza y de la probabilidad con lo creíble; la credibilidad, al modo que la certeza, y la probabilidad, no se consideran aquí mas que respecto de la realidad ya vivida, objeto de las investigaciones judiciales.

Lo que ontológicamente es *posible*, en cuanto puede haber tenido vida en el mundo real, es lógicamente *creíble* en el mundo del espíritu, en cuanto puede ser reputado como objeto real de conocimiento. Lo *posible* es la potencia actuable, y desde nuestro punto de vista el *haber podido ser* una realidad; la *realidad* es la

potencia actuada. La percepción de un objeto, como posibilidad de realidad ya vivida es para nosotros lo creíble; la percepción de un objeto como realidad indubitada, es, para nosotros, certeza.

Lo posible es, por tanto, la potencia embrional de la realidad, así como lo creíble es la potencia embrional de la certeza.

No siendo la realidad más que una potencia actuada, su concepto implica el de una potencia actuable; lo real, á su vez, implica lo posible. De ahí el viejo é incontrastable aforismo de los lógicos; *ab esse ad posse valet illatio*.

Por otra parte, no siendo la certeza más que la percepción de la realidad indubitada, como lo creíble es la percepción de la realidad posible, síguese de aquí que la certeza, á su vez, implica la credibilidad. Lo que es cierto no puede menos de ser creíble; es el axioma mismo de los lógicos, transportado al mundo del conocimiento desde el de la realidad.

Y no sólo lo cierto implica lo creíble. No siendo *pensable* lo que no es *posible*, síguese que no hay conocimiento humano afirmativo sin la tácita premisa de la credibilidad. No sólo lo cierto, sino lo probable y lo improbable mismo, desde su punto de vista afirmativo de la posibilidad de ser, implican siempre en general la credibilidad. Lo que aparece aunque sea mínimamente posible en el mundo de los hechos, es siempre creíble en el mundo del espíritu. Pero este modo de considerar la credibilidad es demasiado amplio para los fines de nuestro estudio, además de ser pretenciosamente académico é inútil. Realmente es inútil y pretencioso referir la certeza alcanzada ya á la credibilidad y aun referir lo mismo probable á lo creíble puro y simple. Lo creíble, como incluso en lo cierto y

en lo probable, no es más que una tácita premisa de la certeza y de la probabilidad, de las cuales ya hemos hablado. De lo que aún nos resta hablar es de lo creíble en su sentido específico; procuremos, ante todo, determinar su noción.

Con relación á un hecho puede el espíritu encontrarse en el estado de ignorancia, ausencia ó falta de toda noción; de duda en sentido estricto, conocimiento alternativo, que se inclina alternativamente al sí y al no; de probabilidad, predominio del conocimiento afirmativo (1), y de certeza, conocimiento afirmativo triunfante.

La duda y la probabilidad no son frecuentemente más que dos etapas, para pasar de las oscuras regiones de la ignorancia á las regiones luminosas de la certeza. Y digo *frecuentemente*, porque en general hay verdades tan llenas de esplendor intrínseco, que el alma las recibe por luz directa, sin pasar á través de las transiciones de la duda y de la probabilidad.

En las indicaciones que dejamos hechas acerca de la certeza y de la probabilidad, hemos encontrado que la certeza no tiene en sí motivos divergentes en sus creencias, dignos de ser tomados en cuenta; que la probabilidad, si tiene motivos superiores que inclinen á creer, los tiene también divergentes, y todos ellos dignos de ser tomados en cuenta. Ahora bien; cuando hay *paridad entre motivos divergentes y convergentes*, se tiene la duda en sentido específico, la duda que yo llamo *nuda credibilidad*.

---

(1) En la noción de la probabilidad, predominio de los motivos convergentes sobre los divergentes, está incluso lo improbable, en cuanto que éste es el reverso de la probabilidad; lo que es probable del lado de los motivos superiores, es improbable del lado de los inferiores.

Y se comprenderá fácilmente, por qué preferimos hablar de *credibilidad*, y no de *posibilidad*, como otros han hecho. Según lo que hemos dicho, la posibilidad es una determinación exclusivamente ontológica, y por nuestra parte, no pretendemos ocuparnos del ser en sí, sino del ser como objeto de conocimiento. Ahora, desde el punto de vista del conocimiento del ser, es inexacto hablar de posibilidad; se debe hablar más bien de credibilidad, para poner de relieve la naturaleza subjetiva de aquello de que se trata.

Hablando algunos siempre de lo *posible*, han creído poderlo señalar indiferentemente con el nombre de *verosímil*. Pero aparte de la inexactitud en que, según hemos dicho, se incurre hablando de lo posible, que es un estado ontológico, siendo así que de lo que se trata es de dar la noción de los varios estados subjetivos del espíritu humano ante la verdad; aparte, digo, de esto, me parece que ni siquiera es exacta la correspondencia de lo *verosímil* y de lo *posible*. Ateniéndonos á la etimología, verosímil no es aquello que *puede ser* una verdad real, sino aquello que *tiene apariencia demostrativa*. Y para esto, no basta la simple condición de la posibilidad, se requiere algo más; se requiere algún motivo que nos induzca á creer una verdad, no ya como meramente posible, sino como real; en esta apariencia de realidad es en donde radica, por decirlo así, la verosimilitud. En una infinidad de casos, aunque no podamos menos de admitir la posibilidad de ciertas verdades reales, sin embargo, hasta que no surgen aquellas apariencias ó perfiles de realidad, las encontramos inverosímiles. Basta fijarse, en el lenguaje común, más exacto en esto que el lenguaje científico de algunos. Es verosímil, en general, no lo que se ofrece simplemente como *posible*, sino aquello

que por una razón ó por otra, más ó menos determinada, nos inclinamos á creer *real*. Por esto es por lo que indicábamos con la verosimilitud el primer grado de la probabilidad: verosimil, probable y probabilísimo.

Ahora no hablamos de posibilidad, ni de verosimilitud; nos parece más exacto hablar de credibilidad.

En nuestro concepto, al igual que la certeza y que la probabilidad, la credibilidad es un estado subjetivo que no deja de serlo por estar determinado por motivos objetivos. En nuestro concepto, hay credibilidad en sentido específico siempre que la conciencia se encuentra ante iguales motivos para afirmar que para negar; en la percepción de las *iguales* razones para creer y para no creer, descansa su naturaleza específica. Si no hubiese motivos de ninguna especie, no habría conocimiento alguno. Si los motivos dejaran de equilibrarse, no habría ya lo creíble en sentido específico; habría lo probable, que es algo más que lo creíble del lado de los motivos superiores; ó habría lo improbable, que es menos que lo creíble específico del lado de los motivos inferiores. Si no hubiese más que motivos de una sola especie dignos de ser tomados en cuenta, tampoco habrá lo creíble en sentido específico, sino lo cierto, colmo de la credibilidad genérica del lado de los motivos totalmente convergentes, y la incredibilidad absoluta en el sentido contrario.

Pongamos aparte la probabilidad y la certeza, que no son más que desenvolvimientos y perfeccionamientos de la credibilidad en general, estados más perfectos del espíritu con relación á la verdad; pongamos, respecto, aparte la certeza y la probabilidad de que ya hemos hablado, pero al hacerlo, conviene notar, que en el reverso de estos estados más perfectos de nuestro co-

nocimiento, encuéntranse los dos grandes adversarios de lo creíble, que deben ser tomados en consideración: el reverso de la probabilidad es lo improbable; el de la certeza, lo increíble.

Lo improbable no destruye lo creíble, sino en su fuerza media; destruye meramente la *paridad* de los motivos que inclinan á creer y á no creer; pero no tiene fuerza para destruir la credibilidad genérica, que no obstante lo improbable persiste. Por el contrario, la incredibilidad arranca de raíz lo creíble, específico y genérico.

No hace falta tratar especialmente de lo improbable, porque como no llega á destruir la credibilidad genérica, no autoriza á suspender las investigaciones de la justicia, y á basar sobre ellas, sin más, la decisión del magistrado. Si es improbable la inocencia, no por eso se podrá condenar; si lo es la delincuencia, tampoco se podrá absolver tomando como único fundamento lo improbable, ni aun lo improbable del delito mismo. Cuando se tiene en cuenta que la condena no puede basarse más que en la *certeza de la delincuencia*, se ve inmediatamente que, como la credibilidad razonable, aunque sea mínima, de la inocencia, destruye la certeza de la delincuencia, debe necesariamente llevar á la absolución, derivándose de todo esto, que este primer enemigo de la credibilidad, lo improbable, no puede ser causa de graves y perniciosas consecuencias: lo improbable no es un obstáculo que cierre las investigaciones judiciales; es tan sólo una transición. De otro lado, aquellos mismos errores y aquellas razones que vician lo increíble, son comunes á lo improbable. Es inútil, pues, tratar de esto de un modo especial.

Pero sí hace falta decir algo de lo increíble. Lo in-

creíble, con su sola presencia, cierra la puerta á toda afirmación contraria, deteniendo la acción de toda investigación judicial: por esta razón no se puede menos de hablar de lo increíble en la crítica criminal.

La no exacta percepción de lo increíble puede inducir á error por dos vías distintas al espíritu humano, ya en cuanto hace juzgar como increíble lo que en verdad es creíble, ya en cuanto hace juzgar como creíble lo que en verdad es increíble: en el primer caso, se tiene un increíble falso, y un creíble falso en el segundo. El increíble falso induce á error al espíritu humano, haciéndole rechazar lo admisible. Aun cuando surjan mil y mil pruebas luminosas acusando la realidad ontológica, allí donde lo falso y lo increíble pone lo improbable y la nada, aun cuando mil y mil voces clamen afirmando la verdad de un hecho dado, el juez, obstinado en su error, lo rechazará todo, creyendo al hacerlo obrar en conciencia. El falso creíble, por el contrario, hace caer en otro error al espíritu humano, impulsándole á admitir lo que debe ser rechazado. Importa, pues, detenerse un tanto en esto de lo increíble, que puede viciar la conciencia del juez en los dos sentidos indicados.

La noción general de lo increíble se da fácilmente en dos palabras: lo increíble es lo opuesto á la certeza. Cuando el espíritu humano está cierto de una verdad, lo opuesto á ella, es por lo mismo ontológicamente imposible y lógicamente increíble. Al modo como las tinieblas se oponen á la luz, como la nada al ser, lo falso á lo verdadero, así se opone lo increíble á lo cierto. Certeza é increíble son, pues, dos caras del mismo conocimiento humano, la cara positiva y la negativa. Siguese de aquí que lo increíble es de naturaleza subjetiva, como la certeza, y que el horizonte más allá

del cual lo increíble comienza, se determina según el conjunto de verdades averiguadas por el espíritu humano. Lo increíble, pues, es un estado subjetivo, generado por otro que es la certeza.

De esta noción se derivan determinadas consideraciones. He aquí una primera. Si lo increíble es lo opuesto de aquello que se estima como verdad cierta, sigue de esto, que, según las diversas especies de verdad y el consiguiente modo bajo el cual se presentan al espíritu como ciertas, así habrá diversas especies de *incredibilidad*. Ahora bien; conceptuamos importante, dado este criterio, distinguir dos especies de *incredibilidad*, de las cuales, la una excluye toda necesidad de prueba, y la otra no puede ser sin ella.

Hay, en efecto, *verdades patentes* por sí mismas en toda su composición, verdades necesarias y de sentido común; á estas verdades necesarias asimilanse las verdades contingentes, percibidas directamente en su individualidad; lo opuesto á ellas es para el espíritu *increíble patente*. Hay también *verdades no patentes*, verdades contingentes, y no percibidas de un modo directo; á éstas asimilanse las necesarias, que no son de sentido común, y que necesitan de una particular demostración para ser admitidas; lo opuesto á estas verdades es para el espíritu humano *increíble condicionado*, es increíble á condición de que la verdad que se opone resulte cierta.

La impenetrabilidad de los cuerpos es una verdad de la primera especie, y á la vez necesaria y de sentido común. Así, si se dice que Ticio ha robado en una casa cerrada traspasando el muro, tal aserto se conceptúa como increíble patente. Para fundamentar esta incredibilidad, no se necesitan pruebas: está en la conciencia de todos. ¿Hace falta en verdad acudir á los testi-

gos para convencerse de que un cuerpo no puede atravesar la continuidad de otros?

En cambio la *coartada* presentada por Ticio para rechazar la acusación del robo, el no saber escribir, alegada por Cayo para rechazar la acusación de haber escrito un libelo infamante, son verdades contingentes y particulares; pueden ser y no ser. Pero cuando estas verdades se admiten, subordinadas á una verdad general y no contingente, inducen á considerar lo opuesto increíble; así, subordinando la *coartada*, como el no saber escribir, al principio de contradicción por el cual no puede admitirse que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y en la misma relación, y subordinando las verdades contingentes y particulares á un principio general no contingente, es como se produce y provoca la incredibilidad del opuesto. Es increíble que Ticio haya robado en Nápoles, cuando estaba en Londres; es increíble que Cayo haya escrito el libelo, no sabiendo escribir; increíble este condicionado, como dependiente de verdades relativas; el hurto imputado al primero y el libelo atribuido al segundo, se estreñan contra una condición particular, que, subordinada al principio general, constituye lo increíble condicionado. Estas verdades contingentes, tienen por su calidad necesidad de prueba, para que puedan afirmarse; no se trata, en efecto, de verdades patentes en toda su extensión, y que, como tales, están en la conciencia de todos; se trata, por el contrario, de examinar verdades contingentes y particulares que pueden ser ó no ser. Así, en el primer caso de los indicados para hacer increíble la acusación de robo, se necesita demostrar con pruebas particulares la estancia de Ticio en Londres á la ocasión del robo en Napoles; en el segundo, es preciso demostrar que Cayo no sabe escribir, y

luego, por un modo natural, subordinando estas dos condiciones particulares al principio de contradicción, resultará increíble la delincuencia de Ticio y la de Cayo.

Pasemos ahora á otra consideración, derivada de la noción de la incredibilidad. Hemos dicho que lo increíble es lo opuesto á la verdad cierta; hemos añadido que es siempre relativo al estado de nuestros conocimientos; esta adición impone la necesidad de una ulterior indagación. Admitido que lo increíble es relativo según el estado de conocimientos humanos, importa preguntar: ¿hay ó no hay conocimientos no mudables? ¿Hay en su virtud, un increíble que queda y deba quedar invariablemente tal? O en otros términos: ¿hay un increíble absoluto?

Por nuestra parte, al distinguir lo increíble en patente y condicionado, nos hemos colocado desde el punto de vista de la necesidad, ó sea de la prueba; se requiere la prueba en lo condicionado, porque esto es lo opuesto á una verdad notoria por sí misma; no se requiere en lo patente, porque esto es lo opuesto á una verdad evidente. Ahora, es preciso proceder á otra distinción de lo increíble con relación á su fuerza intrínseca. Para hacerla es preciso atender á la naturaleza de la idea general, cuyo contrario es lo increíble. Ya hemos dicho que, como en el caso de lo increíble condicionado, consistente en lo opuesto á una verdad contingente, hay siempre una idea general, á la cual se debe subordinar la condición particular exigida para obtener lo increíble. Prescindiendo por el momento de si existe ó no una condición contingente, debemos dirigir nuestra atención á considerar tan sólo la naturaleza de la idea general, de donde nace la incredibilidad; considerándola es como podemos ver si hay ó no hay un increíble inmutable.

Conviene empezar observando que, cuando, para ver si hay ó no hay un increíble absoluto, se estudian las varias especies de verdad, que pueden ser el contenido de la idea general presente á nuestro espíritu, y cuyo opuesto es para nosotros increíble, se necesita proceder á tal indagación, tomando en cuenta tan sólo las verdades admitidas por universal asentimiento. Si hay un increíble absoluto con derecho á presentarse como tal á la conciencia, no puede encontrarse más que en lo opuesto á la verdad generalmente admitida; pues que desde el momento en que una verdad es admitida por los unos y negada por los otros, lo opuesto á ella será increíble para los unos y creíble para los otros, pudiendo los primeros llegar á ser convencidos por las razones de los segundos, hasta reconocer como creíble lo antes conceptuado como increíble. Increíble absoluto, si lo hay, presente en la conciencia humana, no puede consistir, repetimos, más que en lo opuesto á la verdad generalmente admitida. Esto sentado, se debe tener en cuenta que hay dos categorías bien distintas de verdades que tienen el asentimiento general de la humanidad.

La humanidad, en primer lugar, percibe modos constantes y mudables de ser de las cosas y de los hombres é induce las leyes naturales. Estas leyes son verdades generalmente admitidas, siempre que se refieran á hechos de observación común; pero no siendo estas leyes para nosotros más que ideas experimentales, resultantes de la suma de observaciones particulares, siguese de aquí que desde el momento en que se presenta una observación de especie distinta, la ley lógicamente cambia; estas verdades no son, pues, necesariamente inmutables. La afirmación de la existencia de un hombre de diez metros de estatura es increí-

ble, porque la suma de las observaciones particulares nos induce á estimar como ley natural, inmutable hasta hoy, el que la estatura humana no puede ser de diez metros. Pero nada de intrínseco se opone á que mañana se descubra una raza de gigantes en una isla perdida en el Océano, donde los hombres todos tengan más de diez metros de estatura. ¿Cuál sería la consecuencia de esto? El cambio de la ley y el desvanecerse de lo increíble. Esto increíble no es, pues, inmutable: es un increíble *relativo* y según el estado de los conocimientos.

Hay otra categoría de verdades que son *evidentemente inmutables en virtud de un principio de razón*. Son estas las verdades apodícticas de la conciencia; lo contrario á éstas es siempre *absolutamente* increíble. ¿Podrá nunca cambiarse la verdad de lo que los lógicos llaman el principio de contradicción? No; siempre será verdad que es imposible que una cosa sea y no sea á un mismo tiempo y en una misma relación; y lo contrario á este principio no dejará nunca de ser increíble. Hágase que una verdad de hecho, una verdad contingente, pero *averiguada*, se subordine á un principio necesario como el de la contradicción: lo contrario á tal verdad de hecho será siempre y en todo momento increíble. Hágase que Ticio sea acusado por haber matado á Cayo, habiéndose consumado el delito en un lugar y en un momento dados, y luego supóngase que Ticio prueba que entonces se hallaba en otro lugar; la presencia de Ticio en el lugar del delito, como contraría á la posibilidad de hallarse en el lugar en que prueba haber estado en el momento del hecho que se le imputa, es increíble de un modo necesario y lo será siempre y para todos. El que está en un lugar dado no podrá nunca estar al propio tiempo en otro, y la

hipótesis contraria resultará increíble para todos por la fuerza necesaria é inmutable del principio de contradicción.

Si, pues, hay un increíble que puede dejar de serlo en virtud del cambio de estado de los conocimientos, hay también un increíble que lo es necesaria y completamente.

De las nociones expuestas resulta, además, que puede ser, desde el punto de vista de su valor intrínseco, *absoluto* ó *relativo*, al modo que el increíble que hemos llamado *patente* y el que hemos llamado *condicionado* en el respecto de la necesidad de las pruebas. Es increíble patente y absolutamente que una cosa sea y no sea al mismo tiempo; es increíble patente, pero de un modo relativo, la existencia de un hombre de diez metros de estatura. Es increíble condicional, pero absolutamente, que Ticio haya cometido un crimen en Nápoles al *mismo tiempo* que estaba en Roma; es increíble condicional, pero relativamente, que Ticio haya cometido un delito en Italia, siendo así que dos días antes del delito estaba en América.

Creemos oportuno pasar á considerar los errores en los cuales se puede caer á propósito de lo increíble. Ya antes hemos indicado de qué manera, con relación á lo increíble, puede desviarse erróneamente la conciencia del juez, siguiendo dos caminos [distintos. Conviene volver sobre el asunto.

En primer lugar, derivándose lo increíble del estado del conocimiento, síguese de aquí que una deficiencia del conocer puede llevar á estimar como increíble lo que realmente es creíble; esta especie de error, que implica la negación de hechos verdaderos, es el primero de los caminos por donde puede desviarse equivocadamente la conciencia del juez.

En segundo lugar, lo increíble, por razones inherentes á su especial contenido en relación con las pasiones humanas, ejerce á veces tal fascinación sobre la conciencia, que nos lleva á considerarlo como creíble; y así, hechos que deberían rechazarse por su incredibilidad, se aceptan como creíbles. Esta especie de error, que implica la afirmación de hechos falsos, es el segundo camino, por donde puede desviarse equivocada la conciencia del juez.

Examinemos especialmente cada una de estas especies de error.

La posibilidad del primer error, que lleva á negar hechos verdaderos por pretendida incredibilidad, aparece clara apenas se piensa en que lo increíble tiene naturaleza subjetiva, y es siempre relativo al estado de nuestros conocimientos. Esta naturaleza subjetiva es la que es preciso no desconocer nunca, para estar en guardia contra los influjos engañosos posibles de lo increíble en el espíritu humano. A veces lo que aparece como una verdad admitida por la conciencia, no es más que un error; en ese caso, lo increíble que de ahí se deriva, es también un error. Supongamos que de las excavaciones de una ciudad sepultada—de Herculano ó de Pompeya—surgiera vivo y meditabundo un sabio de los antiguos tiempos; supongamos que el mismo pobre Plinio el Viejo, que amó la ciencia hasta sacrificar por ella su vida, estuviese insepulto, y se le encontrase vivo, vencedor dos veces milenarior de la muerte. Ahora bien; el que le refiriese que había atravesado el Océano, sin la fuerza de las velas, ni de los remos; el que le refiriese que un cuarto de hora antes acababa de comunicar su pensamiento á un amigo habitante en una parte lejana del mundo, veríalo sonreír desdeñoso é incrédulo; ¡sí, exclamaría

de seguro, todo eso es increíble! Pero la desdenosa sonrisa del anciano no sería más que ignorancia.

Cuanto menor es el número de verdades de que el hombre está en posesión, tanto mayor es el número de sus errores; errores que toma por verdades averiguadas, de las cuales deduce, naturalmente, la falsa incredibilidad. La ignorancia de todas las leyes naturales lleva á dar á las leyes que se conocen un contenido más amplio del que en realidad tienen; lleva, en suma, á la afirmación de falsas leyes, que generan falsos conceptos de lo increíble. He ahí por qué, á medida que la humanidad camina en segura vía, disminuye lo increíble falso; y es porque al avanzar la humanidad en años, avanza también en conocimientos. El pensamiento humano realiza siempre nuevas conquistas; explorador formidable, va siempre hacia adelante por las regiones inexploradas; y á medida que avanza, lo desconocido retrocede ante él, estrechándose al propio tiempo el campo de lo increíble, de lo increíble generado por la ignorancia.

El niño toma como límite del mundo la cima de la montaña que ve cubierta de nieves desde la puerta de su casa; y el niño, según crece y aumenta en años, descubre poco á poco que detrás de esa montaña hay otros montes, otras tierras, otros mares. Este apartarse del horizonte que en la vida del hombre se produce, se manifiesta como ley también en la vida de la humanidad; las ideas conquistadas por una generación iluminan el camino de la generación que sigue; los corolarios del siglo que muere se convierten en postulados para el siglo que nace. De esto se sigue que aquello que falsamente aparece como increíble á la ignorancia de una generación, puede resultar justamente creíble al conocimiento superior de las generaciones

sucesivas; no de otro modo ocurre con relación á los diversos períodos de la vida de una misma generación ó de un mismo individuo, por la adquisición posterior de un mismo conocimiento.

¿Quién no recuerda haber oído en su infancia contar extrañas y maravillosas hazañas de magos y brujos? Aquellas narraciones mil veces han poblado de fantasmas nuestra noche de la infancia, al mismo tiempo que hacían sonreír de incredulidad á nuestros viejos; como habían de hacernos sonreír de incredulidad también á nosotros mismos en nuestra primera juventud. Ahora bien; en muchas de esas historias fantásticas, terror de niños y de nodrizas, si cambiamos el nombre de *mago* por el moderno de *hipnotizador*, y damos á los pobres víctimas de los poderes misteriosos los nombres de neurópatas, ya no nos encontraremos tan de frente con simples *incrépibles*. La fábulas fantásticas podrán encontrar apoyo en documentos humanos, ni más ni menos que la narración realista más moderna. Para convencerse, basta leer los experimentos hechos en nuestros días en la Salpêtrière á la vista de Charcot, y con el procedimiento hipnótico de la simple fijación de un objeto brillante. Son experimentos maravillosos, que despiertan el recuerdo de aquellas solemnes palabras de Hamlet: «¡En el cielo y en la tierra, Horacio, hay tantas cosas que nuestra filosofía ni siquiera ha soñado!»

El hipnotismo, con Charcot, ha salido del reino de la fábula y de la superstición para penetrar triunfalmente en el de la historia y de la ciencia, porque, él, el gran neurópata, hoy ya muerto, determinó, por la observación de los fenómenos nerviosos musculares, la nota fisiológica de los que clasificó como estados fundamentales del hipnotismo, letargia, catalepsia, som-

nambulismo. Ya no es posible dudar; la fábula se ha transformado en historia, lo que se consideraba como increíble se ha revelado como creíble. Si antes el juez penal, al ver afirmar la existencia de ciertos hechos anormales, de naturaleza hipnótica, no la admitía en la prueba y la rechazaba sin más con una simple palabra, ¡increíble!; ahora experimentará la necesidad de proceder con cautela, poniéndola á prueba, y reservándose únicamente la facultad de no admitir los hechos, no por ser increíbles, sino por no ser verdaderos.

En suma, para evitar los errores suscitados por la consideración y admisión de falsos increíbles en la conciencia del juez, lo único que cabe aconsejarle es gran moderación y modestia al formular el juicio. El juez que no se considera bastante ilustrado ó competente con relación á determinadas materias, no debe, por un espíritu de orgullosa suficiencia, juzgar desde luego de ligero. Antes bien, deberá consultar con los peritos de la materia controvertida, apreciando y aprovechando con ánimo sereno las luces de sus dictámenes. Si después de esto, y á pesar de ellos, en virtud de la intrínseca imperfección de nuestros conocimientos, se cae en el error, este error no podrá imputarse á nadie; será la consecuencia fatal de la imperfección humana.

Pasemos ahora á hablar de la segunda especie de engaño; del que lleva á admitir como verdaderos hechos que deberían ser rechazados por increíbles. La historia está llena de estos errores de la humanidad.

Aun cuando la ignorancia es la condición de la posibilidad de estos errores de la humanidad, si embargo, las causas impulsivas de los mismos han de verse en las pasiones; lo que mueve á los hombres á creer

en lo increíble es siempre la pasión humana en su doble determinación de amor y de odio, de *deseo del bien* que se resuelve en lo útil, y del *miedo al mal*.

El *deseo del bien* se traduce unas veces bajo la forma positiva del simple apetito de un bien que no se goza, á veces bajo la forma negativa del querer alejar un mal que se sufre ó que se debe sufrir. *Querer es poder*, dice el proverbio, bueno en verdad para sostener y animar los esfuerzos de la perseverancia; pero, en realidad, dada la finitud humana, las fuerzas humanas son muy débiles, tanto para alcanzar los bienes que no tenemos, como para huir de los males que nos acosan. El espíritu humano, al sentir su impotencia y al sentir al propio tiempo, de un modo fuerte, el deseo del bien, busca ansioso un poder superior que le ayude, que le auxilie en su lucha por el bien y contra el mal, siendo tal ansia la que le inclina á creer en la virtud de potencias misteriosas auxiliares.

Así, como *quod volumus facile credimus*, se explica la fe tenida en todo tiempo en las adivinaciones, desde los antiguos y solemnes oráculos de la pitonisa en su templo, hasta los modernos augurios de la gitana vagabunda, explicase, en verdad, la fe de los romanos en las respuestas de los augures, de los arúspices la de la Edad Média en los horóscopos, la astrología judicial, creencia extraña que en los siglos XIII y XIV alcanzó puesto en las cátedras de dos célebres ciudades de Italia, y por fin las consultas á la *mediums* de los espiritistas contemporáneos. ¡Sería tan útil conocer el porvenir para alcanzar el bien y alejar el mal, que no tiene nada de particular el servicio pedido por la humanidad á una pretendida ciencia adivinatoria!

El conocimiento del porvenir pone al hombre mismo en condiciones de apercibirse contra los males y de

dirigirse hacia el bien en la medida de sus fuerzas. Pero aún sería mejor para los destinos humanos que las potencias ocultas intervinieran directamente, no sólo para revelarnos los males y los bienes, sino para combatir los unos y hacernos alcanzar los otros. Y he aquí, siempre por la misma razón indicada antes (*quod volumus facile credimus*), cómo se explica también la inclinación que la humanidad tuvo siempre á tener fe en las potencias misteriosas capaces de hacernos alcanzar la felicidad y de alejarnos los males de la vida, las enfermedades y hasta la muerte. Desde el elixir de la vida, sueño de perpetua juventud y de inmortalidad, del conde Cagliostro, hasta los secretos remedios y las panaceas misteriosas de cualquier oscuro charlatán de nuestros días; desde la antigua fe en los talismanes y amuletos, con misteriosas figuras y palabras misteriosas, hasta las modernas ceremonias contra la *jettatura*, todas esas manifestaciones de credulidad, forman un cadena, cuyos anillos son vivas aspiraciones de felicidad. ¡Cuán útil no sería, ciertamente, para el hombre tener un aliado misterioso para defenderse de los males y para forzar á los bienes á ser suyos!

El deseo del bien, pues, en su doble forma, positiva y negativa, es el que nos inclina á creer en potencias misteriosas que lo prometan, y en su virtud en hechos increíbles que son su consecuencia.

Pero otro móvil, decimos, para creer los hechos increíbles, nos viene *del miedo al mal*, como mal, del miedo que domina las facultades del espíritu y no deja campo al juicio sereno y firme. Nótese que hablo de *miedo* y no de temor; este nace de las percepciones serenas del espíritu, y es razonado, y en el equilibrio espiritual no perdido se convierte en deseo del bien; aquel es inusitado é instintivo, y sólo produce descon-

cierto intelectual. El hombre, á veces, bajo la acción de la fatalidad que cree le lleva hacia los males más graves, viéndose desarmado ante la desgracia, se siente presa de una agitación de ánimo que le induce á pensar si está siendo juguete de una potencia misteriosa y maléfica. El terror de la peste en Milán, hacia ver, á la fantasía enferma del siglo XIII, la causa de todos los males en un líquido esparcido sobre los hombres y sobre las cosas. El terror del cólera en nuestros días, ha llevado á las gentes á creer en los frasquitos maléficos, cuyo contenido, servido por los médicos, propagaba el mal. Los ignorantes de nuestro siglo y los del siglo XIII, bebieron su fantástico error en una misma fuente, el miedo irreflexivo del mal.

Siempre y en todas partes, el bien con su influjo fascinador, el mal con sus miedos, al obrar violentamente en el ánimo del hombre, han hecho creer en la existencia en medio de los hombres, de una potencia irracional misteriosamente maléfica y de una potencia racional misteriosamente benéfica, en un Ormuz y en un Arimán, en virtud de los cuales lo increíble se tiene como creíble.

Es preciso, pues, que quien juzgue esté constantemente en guardia, no sólo contra la primer especie de error que lleva á rechazar como increíbles hechos que en realidad son creíbles, sino también contra la otra especie de error que lleva á admitir como creíbles hechos increíbles. Al efecto, deberá, con ánimo sereno, preocupándose tan sólo con la verdad, ponerse fuera y por encima de las corrientes apasionadas de ideas y de aquellos ambientes viciados que en las muchedumbres se producen, merced á la fascinación que ejerce la consideración irreflexiva del bien y el miedo irreflexivo hacia el mal.

## SEGUNDA PARTE



De la prueba en general.

## ÍNDICE DE LA SEGUNDA PARTE

---

- CAPÍTULO I.—Pruebas y reglas generales probatorias.  
CAP. II.—Clasificación fundamental de las pruebas según su naturaleza.  
CAP. III.—Clasificación accesoria de las pruebas según sus fines especiales.  
CAP. IV.—Peso de la prueba.
-

## CAPITULO PRIMERO

### **Pruebas y reglas generales probatorias.**

La prueba puede considerarse bajo un doble aspecto: puede considerarse en cuanto á su naturaleza y á su producción, y puede considerarse en cuanto al efecto que produce en el ánimo de aquel ante quien se verifica. Bajo este segundo aspecto se resuelve en la certeza, en la probabilidad y en la credibilidad, asuntos tratados en la parte general precedente. Bajo el primer aspecto, esto es, en su naturaleza y en su producción, es como consideraremos la prueba en todo el resto del libro, comenzando ahora por tratar el asunto en general, para luego tratarlo en las especialidades derivadas del sujeto, del objeto y de la forma que puede tener la prueba.

Así como las facultades de la percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad. La prueba, es, pues, en este respecto, el medio objetivo por el cual la verdad llega al espíritu; y como el espíritu puede, con relación á un objeto, llegar por la prueba al estado de simple credibilidad, ó al de probabilidad, ó bien al de certeza, hay pruebas

de credibilidad, pruebas de probabilidad y pruebas de certeza. La prueba, pues, en general, es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano en sus especiales determinaciones de credibilidad, de probabilidad y de certeza.

Es necesario, por lo demás, observar, que en la crítica criminal, no se habla más que del *hecho como realidad efectuada*. Ahora, aquellas pruebas que hemos llamado de credibilidad no son propiamente pruebas en cuanto al hecho real, sino en cuanto á una idea. Cuando nuestro ánimo llega á tener, con relación á un hecho dado, la idea de la simple probabilidad, se halla en un estado especial que resulta constituido por la igualdad de los motivos para creerlo y para no creerlo, pero con la idea de la simple posibilidad de un hecho, no se tiene razón alguna dominante para considerarlo real. Ahora, tratándose en el juicio criminal de establecer la realidad de los hechos, no son pruebas propiamente más que aquellas que provocan en nuestro espíritu el imperio ó predominio de las razones afirmativas para creer en semejante realidad; en su virtud no lo son de tal manera, sino la de probabilidad, que implica el predominio mayor ó menor de las razones afirmativas sobre las negativas, y la de la certeza que entraña el triunfo de las razones afirmativas para creer en la realidad del hecho.

Es preciso notar también que el fin supremo del procedimiento judicial penal es la *averiguación* del delito, en su individualidad subjetiva y objetiva. Todo el procedimiento penal en la reunión de las pruebas no tiene importancia más que desde el punto de vista de la *certeza* alcanzada ó no alcanzada, como estado de conocimiento respecto del delito; ya que todo juicio no puede resumirse si no en una condena ó en una ab-

solución, siendo precisamente la adquirida certidumbre del delito lo que legitima la primera, como la duda, ó de otro modo, la *no adquirida certidumbre* en cuanto al delito, lo que obliga á la absolució. Según esto, el objeto principal de la crítica criminal es la indagación de cómo de la prueba puede nacer legítimamente la certeza del delito; y el objeto principal de sus indagaciones es, en otros términos, el estudio de las pruebas que provocan la certidumbre.

No debe inferirse de esto que las pruebas de probabilidad deban rechazarse del procedimiento penal; tales pruebas, además de servir para la legitimación de la *potestas inquirendi*, pueden, además, servir, en su conjunto, para constituir una prueba *acumulativa* de la certeza, capaz de legitimar la condena de parte de la *potesta judicandi*. Pero de esto mismo se deriva que las pruebas de probabilidad, como tales, no se han de considerar sino en cuanto son capaces de constituir una prueba acumulativa de certeza; por lo que, al fin y al cabo, el objeto principal de las indagaciones de la crítica criminal es el examen de las pruebas de la certeza.

Y aquí no es posible seguir adelante sin aclarar cómo las pruebas de probabilidad pueden en un conjunto (acumulación) de probatorio, convertirse en pruebas de certeza, y por tanto, en qué sentido las pruebas de probabilidad, presentadas como elementos de lo que llamamos *pruebas acumulativas* de certeza, puedan autorizar legítimamente la condena. Para aclarar esto, es preciso pararse á considerar la noción de lo probable. Lo probable, según hemos dicho en su lugar oportuno, tiene naturalmente motivos convergentes hacia la afirmación, y motivos divergentes de ella. Suponiendo que se nos ofrece una prueba de pro-

bilidad, tendremos los referidos motivos opuestos. Pero si á ésta primera prueba de probabilidad añadimos otra prueba que excluya los motivos divergentes, tendremos una prueba acumulada de certeza. Por amor á la precisión y á la claridad, y aun á riesgo de ser tildados de pedantería, pondremos algún ejemplo: nos referiremos al mismo ya citado antes á propósito de la probabilidad. Hemos supuesto que en una caja había cien bolas; noventa y ocho negras y dos blancas. Ahora, imaginábamos que Ticio había extraído una bola de la caja, y que no se podía saber de un modo directo si la bola era blanca ó negra; después de la extracción, la caja se ha vaciado en un rio, dejando salir las bolas sin mirarlas. Se quiere saber con certeza si fué blanca ó negra la bola extraída. La *prueba de la certeza del contenido* de noventa y ocho bolas negras y dos blancas en la urna, será *prueba de probabilidad grandísima de la extracción* de una bola negra. Ahora, hagamos que á esta prueba de *probabilidad de la extracción* de la bola negra, se añada otra prueba de *certeza del contenido* en la urna, posteriormente á la extracción, de dos bolas blancas, porque las suponemos cubiertas de una materia viscosa y adheridas á las paredes de la caja. En su virtud, por la exclusión de los motivos divergentes, hemos alcanzado una prueba acumulativa de certeza. Por nuestra parte, preciso es no olvidarlo, queremos averiguar si la *extracción* fué de una bola blanca ó negra. La prueba de certeza del contenido de noventa y ocho bolas negras y dos blancas en la urna, no es más que una *prueba de probabilidad de la extracción* de la bola negra. Ahora bien; por el hecho averiguado de la extracción, no tenemos más que una prueba de probabilidad. La prueba de certeza de la adherencia de las dos bolas blan-

cas á la caja por sí sola, respecto de la *extracción* que queremos averiguar, no es prueba de ningún género ni de certeza, ni de probabilidad. Pero esta segunda prueba, esta prueba de *la certeza de la adherencia* de las dos bolas blancas, al rechazar los motivos divergentes ofrecidos en la primera prueba, la de la *probabilidad de la extracción de una bola negra*, nos da una *prueba acumulativa de la certeza de la extracción de una bola negra*. Semejante prueba de certeza, es, pues, rigurosamente irrefutable, cuando como en nuestro ejemplo, al hacer la determinación numérica é incontrastable de los motivos convergentes y divergentes, resultan éstos rechazados y admitidos aquéllos de un modo necesario, hasta resolverse la prueba de la probabilidad con la acumulación de otras pruebas, en prueba absoluta de la certeza.

Para terminar, puede afirmarse, en suma, que las pruebas de la probabilidad, aun cuando no puedan servir de base para un pronunciamiento condenatorio, sin embargo, no cabe excluirlas ó rechazarlas del juicio penal. Pero teniendo en cuenta que el estudio de las pruebas en la crítica criminal se encaminará á establecer si aquéllas son ó no capaces de provocar la certeza del delito, ya que tal estado de conocimiento es el que sirve de base á la condena, como la falta de certeza sirve de base á la absolución; teniendo en cuenta esto, síguese de aquí que el estudio de las mismas pruebas de la probabilidad en el juicio penal, no tiene importancia sino en cuanto las define como capaces ó incapaces de producir la certidumbre; capaces acumuladas, incapaces individualmente consideradas. Por lo que, volviendo á lo que antes decíamos, queda siempre en pie que siendo el objeto principal de la crítica criminal, indagar cómo de las pruebas nace ó no nace

la certidumbre del delito, dicho objeto principal se resume en el estudio de las pruebas de certeza.

Esto supuesto, podemos considerar la prueba refiriéndose principalmente á la *certeza*, que es la única base legítima de la condena judicial; y considerándola así, la prueba es la relación concreta entre la verdad objetiva y la certeza subjetiva. Ahora bien; como la certeza encuentra su perfección en el convencimiento racional, que se resuelve en la conciencia de lo cierto, seguro y firme, realmente puede afirmarse, en conclusión, que la prueba es la relación particular y concreta entre la verdad y el convencimiento racional.

Esta noción resultará exacta con sólo considerar que la prueba, como tal, no hace más que reflejar en el espíritu humano la luz que directamente viene de la verdad: la prueba no es más que la irradiación de la verdad en la conciencia; bajo la eficacia persuasiva de la prueba es como el espíritu humano se siente en la conscia posesión de la verdad y se apoya en el convencimiento racional. Es, pues, evidente que la relación entre el espíritu convencido y la verdad se individualiza por intermedio de la prueba.

Y debo abrir aquí un paréntesis. Hablamos de la prueba como de una cosa distinta de la verdad que buscamos. ¿Cómo puede ser esto? ¿No se trata al fin de las verdades que se revelan por sí mismas? ¿No se habla en la crítica criminal como de una especie de prueba de la realidad criminosa que se revela en su forma inmediata al espíritu del juez? ¿Es, pues, un modo erróneo de hablar en la crítica criminal hablar de *prueba*, cuando es la verdad misma, sin intermediarios, la que se presenta al espíritu que la percibe? La verdad directamente percibida, ¿es, ó no es prueba? Considerando en la crítica criminal, todas

las vías por las cuales la verdad puede llegar al espíritu, todas estas vías se comprenden en el nombre genérico de pruebas, comprendiendo impropriamente también el caso en que la verdad misma se presenta directamente á la percepción del juez. Así nosotros, en el desarrollo de este tratado, examinaremos también con las demás pruebas aquella especie de prueba que consiste en la misma verdad contemplada que se presenta directamente al espíritu. Pero, como justificación de este proceder, es preciso hacer notar que la verdad averiguada por contemplación directa, que en el juicio penal es la del hecho criminoso, no se revela ordinariamente de un modo inmediato y directo más que en una *parte*, por lo que, si esta parte, en cuanto á sí misma, más que prueba en sentido propio es la evidencia misma de la verdad, en lo tocante á las demás partes de la verdad no percibidas en sí mismas es una verdadera prueba. Es una parte de la verdad percibida que, en tanto que se presenta inmediatamente á la percepción en cuanto á sí misma, sirve á veces para probar las demás partes de la verdad que se trata de averiguar; y he ahí en qué consiste la exacta especialización y la justificación de la prueba directa que llamamos *real* con relación al sujeto, y *material* con respecto á su forma. Queda de todos modos sentado que, científicamente, la evidencia no es prueba, y en rigor lógico, cuando se habla de la prueba, se la considera como diversa de lo probado. Y dicho esto, continuemos.

La prueba, decíamos, es, en conclusión, la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad. Ahora bien; teniendo en cuenta que la naturaleza de toda relación se determina por la naturaleza propia de sus términos, en la consideración de los

dos términos de la relación que se llama *prueba*, y en la consideración de la verdad objetiva y del subjetivo convencimiento, es en donde encontraremos los principios supremos de la prueba en general.

Empezaremos por estudiar el término subjetivo de la prueba: el convencimiento.

## I

Al determinar, nosotros, la noción del convencimiento judicial, hemos dicho en primer término que es ingraduable, como la certeza. De aquí se infiere que las pruebas, ó generan el convencimiento, y tienen eficacia y verdadera naturaleza de prueba, ó no llegan á generar el convencimiento, y no merecen el nombre de pruebas, por defecto de eficacia y de fuerza persuasiva. Es preciso, pues, rechazar, con relación á la certeza, la ilógica gradación de las pruebas en plenas y no plenas; pues así como el convencimiento no pleno no es convencimiento, así la prueba no plena no es prueba. Y no hay autoridades por grandes que sean que debiliten en este punto la fe en la lógica.

También las inteligencias privilegiadas se dejan llevar hasta ejercitarse en defensa de afirmaciones erróneas; lo cual frecuentemente ocurre en virtud de la aceptación de un error primordial sin beneficio de inventario. Tal es, después de todo, la naturaleza humana, aun en sus errores; aceptada una premisa, la razón, distintivo noble del hombre, la lleva hasta sus últimas consecuencias; es la evolución propia de

los conocimientos humanos; evolución progresiva de verdades, si se mueve á partir de premisas verdaderas; evolución regresiva de errores, si se mueve á partir de falsas premisas. Limitándonos á la cuestión de que tratamos, el haber admitido que hay una relación de más y de menos entre las varias especies de certeza, ha llevado lógicamente á la consecuencia de que pueden ser determinables el más y el menos en cada especie en sí misma considerada. Lo que hace determinable el más y el menos es la medida: ahora, bien; las distintas especies de certeza no pueden ser medibles entre sí, sin ser medibles en sí mismas, por lo que la lógica afirma que, siendo medible la certeza en sí misma es graduable. Por otra parte, la graduabilidad de la certeza conduce, á su vez, á la graduabilidad de las pruebas. Y así las fantásticas determinaciones de prueba plena, semiplena, semiplena mayor, semiplena menor, explican los extraños fraccionamientos de la mitad, de las cuartas y de las octavas de prueba.

Pero afortunadamente, podemos ahorrarnos la fatiga de estos trabajos aritméticos; la prueba no es, ó no puede ser, sino un entero. En materia de certeza, repetimos, no hay términos medios; está uno cierto ó no lo está. La lógica no admite fracciones de certeza; la *media certeza* es una antinomia en los términos, perdonable en la retórica de vulgo, pero que no debe en modo alguno usarse en el severo lenguaje de la ciencia. Ahora bien; no habiendo fracciones de certeza, no puede haber fracciones de prueba, ó la prueba no llega á generar en el ánimo la certeza judicial, y no es prueba de certeza en manera alguna, ó produce esta certeza, y es prueba *plena* de la certeza *respecto del objeto probado*.

Y cuenta que no hablo al acaso del *objeto probado*, porque la eficacia aseverante de la prueba debe siempre y únicamente considerarse con relación á aquél; una prueba que llega á ofrecernos la certeza de un elemento criminoso, no debe juzgarse en su eficacia probatoria sino con relación á éste, y no con relación á otros elementos de que se compone el hecho criminoso, á los cuales no se refiere. Es un error muy corriente el de considerar la fuerza propia de la prueba con relación á lo que no está destinada á probar; de este modo, como una prueba no puede ser buena para aseverar todo lo probable, no hay posibilidad de una prueba plena; toda prueba será, en efecto, incompleta respecto de aquello que no prueba y que se quiere ver probado. Es una muy extraña aberración de la lógica pensar en medir la fuerza de una prueba, poniendo á cuenta aquello á que la prueba no se refiere. Volvemos á repetirlo; la eficacia aseverante de la prueba debe ser considerada siempre con relación al objeto probado.

Mas hay aún otra falsa premisa que ha acreditado la graduación de las pruebas. Muchos han partido de la afirmación ya antes combatida, según la cual, la certeza en lo criminal no es más que probabilidad, y esta confusión entre certeza y probabilidad, naturalmente les he extraviado en el examen de este asunto.

Ya hemos dicho que, al contrario de la certeza, la probabilidad admite sus más y sus menos, aun cuando con límites determinables no señalados. Hemos dicho, con respecto á estas ideas, que existe lo *verosímil*, ó probabilidad mínima, lo *probable* en sentido específico, ó probabilidad media: y lo *probabilísimo*, ó máximo de probabilidad. En orden á esta gradación de probabilidad, podrían las pruebas dividirse en pruebas

de lo verosímil, de lo probable y de lo probabilísimo. Ahora, queriendo adoptar el lenguaje, que es sustancialmente erróneo, usado á propósito de la certeza, se podría considerar como prueba *plena* la de la mayor probabilidad, denominando *semiplena* la de la probabilidad media, y *semiplena menor* la de lo verosímil. Esta gradación que no sería, en verdad, sustancialmente ilógica hablando de lo probable, siempre tendría aquella indeterminación ya demostrada con respecto á la gradación de lo probable; y tal indeterminación, natural en la cosa, resultaría además aumentada por la inexactitud de las palabras, al adoptar la nomenclatura de prueba plena y semiplena, ya que la prueba de probabilidad no puede nunca ser verdaderamente plena.

De todos modos, la probabilidad no es certeza, y así, si al tratar de la primera puede hablarse de una gradación de pruebas, esta gradación es preciso rechazarla cuando se trata de la certeza.

Pueden sin duda las pruebas propiamente de probabilidad, considerarse como graduables, pero no debe olvidarse que no pueden servir de base á la afirmación de criminalidad, más que en cuanto se presenten como elementos de una prueba acumulativa de la certeza. De donde se sigue que cuando se habla de afirmaciones de criminalidad, se supone siempre que se trata de pruebas, individual ó acumuladamente de certeza; por lo que, no habiendo pruebas semiplenas de certeza, se sigue también, que sin prueba *plena* no se puede nunca, en conclusión, pronunciar una condena.

Y no se crea que estas son cuestiones puramente académicas. Las semipruebas, condenadas á nombre de la lógica, las condena la historia á nombre de la justicia. La historia nos dice que, admitidas las frac-

ciones de certeza y las fracciones de prueba de certeza, todas estas fracciones hubieron de ponerse un día, complacientes, al servicio de la imbecilidad y de la ferocidad humanas; y así se creyó legítimo condenar á un procesado bajo el peso de fracciones de prueba con relación á imputaciones de delitos que la pedantería cruel llamó *privilegiados*. ¡Triste privilegio, en verdad! Es el privilegio que la sutileza humana concedió á la barbarie; el de castigar á un inocente como si se tratase de un reo.

Después de haber destrozado la lógica, hasta hacer temblar la sombra del pobre Aristóteles, he aquí á qué extraño epifonema habían llegado los antiguos criminalistas: en *atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*. Y no se fijaban los defensores de esta máxima, en que precisamente las delincuencias más atroces son las menos creíbles, en razón de los mayores obstáculos con que tropiezan en la repugnancia natural del hombre, en el temor de la pena judicial, y en el de la pena social consistente en la reprobación pública. No se fijaban en esto... ¡para convencerse de la delincuencia menos probable, se contentaban con las pruebas menores (1)!

Los antiguos criminalistas no se detenían aquí; no

---

(1) Mario Pagano advierte que el argumento de la menor credibilidad del delito, fundada en su mayor atrocidad, es sofístico, cuando el delito se halle objetivamente averiguado. Según esto, no habría presunción de inocencia, sino respecto de los delitos objetivamente inciertos. Pero esto es un error. Cuando se habla de menor credibilidad del delito, deriván lolo de su mayor atrocidad, no se habla ya de la menor credibilidad en el *hecho objetivo* de la delincuencia, el cual podría ser ineludible, sino que se habla de su imputación á un ciudadano que normalmente se considera como no delincuente. La presunción de inocencia se refiere al sujeto de la imputación, y no al hecho objetivo de la delincuen-

limitaban á los delitos atroces el triunfo de la semicerteza y de las semipruebas. Proclamaban además otro aforismo, análogo al primero: para los delitos de prueba difícil, son suficientes las pruebas no plenas. Sin considerar que los verdaderos delitos de prueba difícil son tales, no sólo con relación al delincuente, sino también con relación al delito objetivamente contemplado. Ahora bien; la sociedad no tiene el derecho de castigar más que en cuanto el delito ha perturbado la tranquilidad social; la pena debe reafirmar aquella tranquilidad, procurando que los perversos no delincan y animando á los buenos en el goce pacífico de sus derechos. Mas la sociedad no se siente perturbada en su tranquilidad, sino en virtud de la certeza del delito; y cuando un delito, aunque sea á causa de lo difícil de su prueba, no se ha podido averiguar, la sociedad no tiene derecho de castigarlo. La pena debe suprimir la perturbación que nace del delito *cierto*, condenando al delincuente *cierto*, y no debe, tomando en cuenta la fantástica perturbación que puede provenir de la *suposición* del delito, castigar al *supuesto* delincuente. Imponer una pena á un supuesto delincuente vale tanto como imponerla á un inocente posible; es perturbar la conciencia social más que la había perturbado el mismo delito.

cia; por cierto que el delito sea objetivamente, el ciudadano acusado tiene en su favor la presunción de la inocencia, hasta que se hayan procurado pruebas de su criminalidad. Ahora bien; desde este punto de vista, la presunción de inocencia es tanto más fuerte, y por lo mismo tanto menos creíble la criminalidad, cuanto más atroz es el delito; por cuanto si el hombre *de ordinario* no comete delitos, más *extraordinario* es que los cometa atroces. Realmente, si en atención á la atrocidad se debiera establecer una diferencia en cuanto á las pruebas exigibles, siempre sería en el sentido de pedir pruebas mayores con relación á los delitos más atroces.

Pero la lógica de la barbarie prescindía de todo esto, y se dejaba llevar por el ímpetu de su cólera contra quien combatía sus doctrinas. Respecto de los delincuentes de la peor especie, se dice, como son los autores de los delitos más atroces; respecto de los delincuentes que prefieren la impunidad, como son los autores de los delitos difícilmente probables, no se deben tener tantos miramientos. Y aquí, los sostenedores de semejantes teorías se escapaban derechos por el camino insidioso de la sofística. Hablaban de delincuentes de la peor especie, y de delincuentes que se procuran la impunidad, y no se cuidaban de poner en claro aquello mismo que discutían; no se fijaban, en suma, que de ese modo, caían en el absurdo de calificar reos *a priori*, antes de todo juicio. Sin detenerse a averiguar la delincuencia del acusado, empezaban, sin más, por considerarlo delincuente, perdiéndose de tal manera en un verdadero círculo vicioso.

¡Y pensar que la justicia humana, guiada por sofismas tales, ha hecho caer al suelo cabezas de inocentes, sin fijarse en que una sola condena injusta es más fatal á la tranquilidad humana que diez absoluciones innmerecidas!

## II

Continuando en la determinación de la naturaleza del convencimiento judicial, decíamos también que debe ser *natural* para el juez, en modo alguno artifi-

cial; esto es, no debe ser producido bajo el influjo de razones extrañas á la verdad.

Ahora bien; la naturalidad del convencimiento conduce como á consecuencia imprescindible á la naturalidad de la prueba; naturalidad de la prueba que consiste en que su acción debe llegar al ánimo del juez sin sufrir alteración alguna por influjo extraño á su naturaleza. De aquí nacen ciertas reglas á las pruebas relativas.

a) Ante todo, para que la acción de la prueba llegue inalterable al ánimo del juez, es preciso que las pruebas se presenten, hasta donde sea posible, de una manera *inmediata* al juez, á fin de que éste pueda contemplarlas directamente y no á través de las nieblas de las impresiones de otras personas, ni á través de las equívocas expresiones de otras cosas.

La cosa ó la persona que sirven de prueba, deben, en cuanto sea posible, presentarse directamente á la vista del juez; siendo esta la regla de la *originalidad* de las pruebas. La prueba no original, no es realmente una prueba, sino prueba de prueba, por lo que no puede procurar tan bien la certidumbre.

La oralidad viene á ser una aplicación parcial del canon general de la originalidad de la prueba: la oralidad no es más que la perfección formal de la originalidad respecto del atestado personal, en cuanto la manifestación natural y originaria del pensamiento humano es la palabra hablada. Y la palabra hablada es manifestación natural y originaria del pensamiento humano, ya que el pensamiento mismo tiene por forma natural la palabra como instrumento de reflexión. De la palabra es de lo que la reflexión se sirve para determinar la idea á que se refiere, y así, las ideas se van determinando como *palabras pensadas*. La expre-

sión externa, originaria y natural del pensamiento humano es, según esto, la *palabra articulada*. Pero la oralidad, por sí sola, no fija por entero el concepto de la originalidad de la declaración personal; vale sólo para rechazar aquella especie de falta de originalidad que, como luego veremos, es propiamente una originalidad menos perfecta, y la cual se deriva de las formas sucesivas de manifestación del pensamiento humano: formas sucesivas que consisten en la representación en general de la palabra articulada, y en particular en la representación por escrito. La palabra articulada es la representación perfectamente original del pensamiento; la palabra escrita es representación perfectamente original de la palabra articulada, pero no del pensamiento. Ahora bien; la oralidad, por sí sola, no lleva más que á excluir, dentro de ciertos límites, esta expresión escrita, en cuanto es expresión no perfectamente original del pensamiento. Con la oralidad puede además tenerse por otro camino la no original manifestación de la persona. Supóngase que un testigo, aun cuando sea oralmente, refiere nada más que lo que ha oído á otro, que es original, testigo de vista, y se tendrá una deposición oral y no original á un mismo tiempo.

Para que el precepto de la oralidad sea aplicación completa del de la originalidad perfecta respecto de la declaración ó atestado personal, se necesita añadir alguna otra determinación. La originalidad perfecta del atestado personal se determina por entero en la *oralidad del testigo de propia ciencia*, esto es, de aquel testigo que ha tenido personalmente la percepción de los hechos constitutivos del contenido del testimonio.

Pero al hablar de *originalidad* de las pruebas en general, y de oralidad en especial, no se enuncia un car-

non absoluto: no siempre es posible en el desarrollo de las pruebas que éstas se presenten en su perfecta originalidad ante el juez, por lo que no se afirma en la enunciación de nuestro canon más que lo siguiente: el ideal de la ciencia es la originalidad perfecta de las pruebas, y á tal fin se debe tender *en los límites de lo posible en lo judicial*. Estos límites desgraciadamente son muy estrechos, especialmente con relación al testimonio mediante las cosas; éstas de ordinario no se presentan más que como contenido del atestado de personas, por lo que la prueba real, original, superior á la transmitida, se presenta muy rara vez.

Por lo demás, no es este el lugar propio de entrar en detalles acerca de la originalidad de las pruebas; se hablará de esto luego. Aquí nos importa sólo determinar la regla de la *originalidad* de las pruebas, notando de qué modo ésta, y la consiguiente *oralidad*, son una deducción derivada de la naturaleza del convencimiento.

B) Para que la voz de las pruebas obre con su eficacia natural en el ánimo del juez, es preciso que éste no esté violentado en su conciencia, ni aún por lo que, á propósito del convencimiento, llamamos influjo legal.

No debe la ley proponerse valuar de antemano la eficacia de las pruebas, y decir al magistrado: tu convencimiento está sometido á tales pruebas determinadas. Hemos rechazado ya las *pruebas legales* desde el punto de vista superior y más general de la certeza, considerada en cuanto á un sujeto, y podíamos, sin más, pasar adelante; pero bueno será detenernos á decir algunas palabras, acerca de este punto.

Cuando combatíamos la certeza, y con ella la prueba legal, no debe entenderse en el sentido de negar á la ley toda posibilidad de formular preceptos en cuan-

to á la producción de las pruebas. Combatimos tan sólo la ley que, no contenta con prescribir *formas* para la producción de las pruebas, llegase á determinar el valor de la sustancia de las mismas, habiendo, en nuestro concepto, demostrado con claridad cómo tal operación es ilógica en sí, y fuente de errores jurídicos en sus consecuencias. El convencimiento es el resultado de una multitud de motivos no predeterminables, y se funda sobre una serie indefinida, que no puede preverse, de pequeñas circunstancias. Aun cuando el legislador, por un largo y detenido trabajo de análisis, quisiera atender á las variedades posibles en las contingencias de las pruebas, después de haber hecho un Código con miles de artículos, se encontrará necesariamente con que no habrá podido preverlo todo: sólo habrá logrado someter con mil y mil ligaduras la conciencia del juez, para quien cada uno de los artículos, podrán ser, en circunstancias dadas, verdaderos caminos cerrados hacia la verdad.

Y no vale objetar contra las pruebas libres el argumento del arbitrio judicial, que oponen los sostenedores de las pruebas legales. Ante todo, las pruebas legales no hacen más que poner el arbitrio de la ley en lugar del arbitrio del juez: además, este posible arbitrio judicial, encuentra su correctivo en aquella *socialización* del convencimiento de que hemos hablado antes, y la cual está garantida con la *motivación* de las decisiones y con la publicidad del juicio, según dijimos. La primera de estas garantías, la motivación, hace posible la acción social con juicio subsiguiente al formulado en la sentencia; la segunda, la publicidad, hace posible el influjo social con un juicio *contemporáneo* al formulado. Y si con todo esto, no siempre se logra evitar los errores, débese á la imperfección hu-

mana, y no á la falta de pruebas legales; las cuales sólo servirían para multiplicar los errores, haciéndolos fatales, en cuanto que obligarían á cometerlos á sabidas de que eran tales.

Repetimos, pues, que cuando combatimos las pruebas legales, no se quiere decir que la ley no pueda formular y omitir alguna regla en materia de pruebas.

Ante todo, puede la ley formular preceptos obligatorios, taxativos, con relación á aquellas pruebas que deban ser siempre y de un modo absoluto excluidas, por razones superiores á lo accidental de su particular concreción. Así, no es ilógico que la ley diga que no sea oído como testigo el pariente, ni quien tenga conocimiento de los hechos por confidencias inherentes á su estado, profesión ó cargo; trátase de un principio *superior á lo accidental de los testimonios particular es y concretos* de tal género. No hay, pues, en esto nada de ilógico con relación á la no admisibilidad de las pruebas legales.

La ley puede también formular preceptos taxativos en cuanto á la *forma* de las pruebas, fijando para su producción condiciones formales.

Ni tampoco sería, por sí mismo, ilógico que la ley, aun en lo tocante á la misma eficacia sustancial de las pruebas, formulase ciertas reglas con el valor de consejos, reglas que podrían no seguirse, cuando las circunstancias particulares del hecho, no prescritas por la ley, á ello se opusieran.

Realmente, la investigación y la conveniente adaptación de las reglas obligatorias acerca de la forma, así como de las facultativas sobre la sustancia de las pruebas, constituye el objeto del arte judicial.

No aparece, pues, ahí la falta radical de la lógica, que supone la organización de pruebas legales. Tal

falta está en querer dar *a priori*, y, necesariamente, un valor determinado á las pruebas concretas, en querer determinar *a priori* el distinto peso que deben tener las *sospechas* que impliquen las pruebas particulares, y el influjo respectivo que éstas deben ejercer sobre la decisión judicial; esto es, en definitiva, lo que constituye el aspecto insostenible de las pruebas legales que combatimos.

Y si hay motivos para excluir de la probatoria criminal las pruebas legales, mayores los hay para rechazar las pruebas auténticas, que no son otra cosa que pruebas legales privilegiadas. En la organización de las pruebas legales no se da un valor determinado á las pruebas, á no ser en el supuesto de que no resulten neutralizadas ó destruidas con pruebas contrarias; frente al contenido de las pruebas legales es, pues, lícito siempre oponer otras pruebas. Pero frente al contenido de los documentos auténticos no está permitido oponer otras pruebas; no se puede combatir sino tomando el largo camino, difícil y no siempre posible, de la acusación de falsedad. Podéis, acaso, tener á mano mil pruebas para demostrar que el contenido de un documento auténtico no es verdadero, y nada os valen si no lográis demostrar, del propio modo, la falsedad del mismo. No hay quien no vea lo absurdo del documento auténtico como prueba criminal; pero de esta importación del derecho civil y del valor determinado que la lógica le asigna en el derecho penal, trataremos especialmente, al hablar de la fuerza probatoria del documento.

Y hay todavía una prueba legal más privilegiada que el mismo documento auténtico: es la presunción *juris et de jure*. Contra el contenido de las pruebas legales en general puede siempre probarse; contra

el contenido de las pruebas privilegiadas de los actos auténticos, sólo es lícito ir por el camino de la acusación de falsedad; contra la presunción *juris et de jure*, prueba indirecta y más que privilegiada, no es lícito probar de ninguna manera, siendo inatacable *en su sustancialidad de prueba indirecta*. Basta, en verdad, enunciar en la crítica criminal la naturaleza de la presunción *juris et de jure*, para que sea rechazada; pero á pesar de esto, importada esta prueba por los teóricos civiles, se introduce clandestinamente en la probatoria criminal. Bajo este aspecto hablaremos de ella especialmente, á propósito de las pruebas indirectas.

En el estado presente de nuestra legislación, puede decirse, que no se admiten pruebas propiamente legales. Pero, como dejamos dicho, á veces, las pruebas legales, condenadas en general, se introducen de un modo particular, disfrazándose artificialmente entre disposiciones que á las pruebas no se refieren; á menudo se tropieza con una presunción *juris et de jure*, insidiosamente contenida en un hipócrita artículo del Código penal. Así tenemos las penas especiales por algunos actos, con relación á individuos llamados *sospechosos*, actos que, indiferentes ó preparatorios, no son punibles con relación á la generalidad de los ciudadanos: ahora bien; estas penas especiales, que se explican y tratan de justificar con la idea de castigar aquellos actos por sí mismos, como delitos *sui generis*, alarmantes para la sociedad, en razón de la condición personal del autor sospechoso, á poco que se las considera dejan ver claramente de qué modo, en la redacción de los respectivos artículos, debió de influir sobre el ánimo del legislador una presunción *juris et de jure* del delito cometido, ó bien del conato punible,

presunción que luego se impondrá al ánimo del juez.

Antes de pasar adelante, es preciso examinar aquí un problema relativo á la influencia de la ley sobre las pruebas. Al combatir las pruebas propiamente legales, hemos reconocido como legítima la acción de la ley, tanto para rechazar algunas pruebas, en razón de principios superiores, como para prescribir formas protectoras de la verdad. Ahora, cuando la ley pone limitaciones en la producción de las pruebas, cuando impone formas legales para su manifestación, ¿cuál será la fuerza obligatoria de la ley vigente con relación al tiempo y al espacio, ó, lo que es lo mismo, con relación á la norma de la ley *anterior* y á la ley *extranjera*, bajo cuyo régimen suponemos que el delito se ha manifestado?

Sean las que fueren las normas que impone la ley en materia de pruebas, no pueden encaminarse más que á garantizar la recta formación del convencimiento: el convencimiento se presume garantido en su legitimidad por las normas que impone la ley vigente, en el tiempo y en el lugar del juicio. Por esto, la ley del lugar y del tiempo en que se juzga, es la que debe imperar, en cuanto á las pruebas, en materia penal. Lo que sobre todo se busca en materia penal es la verdad objetiva, no debiendo presumirse garantido el convencimiento de la verdad contra los engaños posibles, más que por la ley vigente cuando y donde se juzga.

Volviendo á nuestro punto de partida, para concluir, afirmaremos que no debe ponerse límites y trabas al convencimiento del juez. La eficacia aseverante de la prueba se determina en virtud de sus fuerzas naturales y propias: cada prueba concreta debe poder probar más ó menos, según sus fuerzas naturales, no modificables por la ley; y no debe haber prueba con-

tra cuyo contenido no pueda oponerse válidamente otra prueba. Todo lo cual constituye lo que yo llamaré *libertad objetiva* de la prueba, segunda regla derivada de la *naturalidad* del convencimiento.

C) Mas para la *naturalidad* del convencimiento no basta la *originalidad*, esto es, que la prueba sea percibida directamente; no basta la *libertad objetiva*, esto es, que la prueba no tenga limitaciones prefijadas de valor en cuanto al objeto probado: es preciso que sean respetadas las condiciones genuinas de su existencia, como prueba del sujeto que prueba, es preciso, en suma, la *libertad subjetiva* de la prueba.

Esta libertad subjetiva de las pruebas puede ser violada, ya sea alterando materialmente la *cosa* que prueba, ya sea alterando moralmente la persona de la misma; y digo moralmente en esta segunda hipótesis, no refiriéndome á la *naturaleza del medio* que habrá de acogerse, que puede ser material, sino refiriéndome al *sujeto probatorio*, sobre quien se obra, el cual es siempre moral, si se supone que el medio obra sobre el sujeto del atestado personal; ya que el sujeto de éste, en cuanto es conscia revelación de la persona, no es propiamente la persona física, sino la persona moral; la persona física, en rigor, no es más que el instrumento de que se sirve la persona moral para exteriorizar su deposición.

No hablaremos aquí de la primera especie de violación de la libertad subjetiva de las pruebas, consistente en la alteración material de la *cosa* probatoria, en cuanto pueda aquélla constituir diversos delitos, según los casos, ya que no nos toca hablar de delitos. Así, cuando la alteración de la referida cosa, se dirige á determinar la inculpación de alguno, se tiene la *calumnia real*: cuando la alteración se encamina á ha-

cer creer en un delito sin el propósito de inculpar á nadie, se tiene la *simulación* del delito: cuando la alteración se propone eludir la justicia, disculpando al imputado, resulta el delito que implica el hecho de *favorecer*, de *encubrir*, y así discurriendo.

En cuanto á la otra especie de violación de la libertad subjetiva de las pruebas, y la cual consiste en la alteración provocada en el ánimo de la persona testificante, no nos toca hablar de ella aquí, en lo relativo á la forma criminosa que puede revestir, tanto en virtud de amenazas como en virtud del soborno.

Tócanos tan sólo tratar de aquella especie de acción producida en el ánimo del testificante, que, disfrazado bajo el hipócrita vestido del amor á la verdad y del celo por la justicia, lo lleva precisamente á decir lo contrario de lo que habría dicho, procurando así una declaración disconforme con las condiciones espontáneas y genuinas de su espíritu.

Esta forma de violación de la libertad subjetiva de las pruebas, no puede ejercer su maléfico influjo sino de parte del magistrado interrogante, el cual, al hacerlo, no sólo se sustrae á la acción del Código penal, sino que lo que hace, ha encontrado á veces su legitimación en los códigos de procedimiento, siendo además siempre animado á ello por la práctica judicial; aludo á la sugestión.

Para comprender exactamente este punto, es preciso comenzar observando que no toda sugestión se ofrece como violación de la libertad subjetiva del testigo; no toda sugestión es, por tanto, ilícita. Por poca práctica judicial que se tenga, sabido es que muchas veces el testigo, sin darse cuenta del por qué del interrogatorio, divaga en detalles inútiles para el juicio, trastornando los hechos que importan. Ahora, en tal caso,

llamar la atención del testigo al asunto, sugiriéndole aquello sobre que debe declarar, no es ciertamente violar su libertad subjetiva, sino más bien, dirigir el espíritu del testigo hacia la revelación de la verdad. También es sabido que con frecuencia el testigo, por natural flojedad de memoria, ó por perturbación, no está en condiciones de expresar la verdad, y que bastaría el recuerdo de una fecha, de una circunstancia cualquiera, para ponerlo en camino de decirla. Ahora bien; en este caso, el referirle la fecha ó la circunstancia indicada, no es violar su libertad subjetiva, sino más bien poner el espíritu del testigo en condiciones de servir á la verdad. Hay, por tanto, una sugestión que no es contraria á los fines de la justicia, sino sugestión *lícita*, determinada por el doble fin de ayudar la memoria y la inteligencia del testigo, una sugestión lícita, que dirigiéndose á resucitar los recuerdos adormecidos y á alejar las divagaciones vanas, sirve al triunfo de la verdad. Mas para que la sugestión encaminada á estos dos fines sirva al triunfo de la verdad, es preciso que se presente, ó con forma real ó *sustancialmente dubitativa*, ó con forma *afirmativa, directa y explícita*.

La sugestión ilícita ayuda sin mostrar que lo hace; en esto está principalmente su naturaleza insidiosa. Es preciso que se sepa si el testigo ha emitido una afirmación por su iniciativa y por su recuerdo espontáneo, ó bien por una determinada excitación, que lo ha llamado al asunto, ó le ha suscitado recuerdos apagados; todo esto es preciso saberlo para tenerlo en cuenta como es debido. Y á este fin, como veremos, es necesario que, en los interrogatorios escritos, las respuestas de los testigos vayan precedidas de la pregunta expresa del magistrado interpelante.

Esto, en cuanto á la sugestión *lícita*.

Pero de ordinario la sugestión se presenta como violación de la libertad subjetiva del testigo, *ilícita* por tanto. La sugestión ilícita puede ser de tres especies: violenta, fraudulenta y culposa. La sugestión violenta sugiere las respuestas por medio del temor; la fraudulenta por el engaño producido por el dolo del interrogante, y la culposa por el engaño producido por la negligencia del interrogante.

En la primer especie, caso de sugestión violenta, el interrogado se ve llevado á contestar de una cierta manera porque teme; la violencia es la que le sugiere la respuesta, la violencia en sus varias formas, á partir del tormento, la vergüenza de la Edad Media, hasta las maneras fuertes y la voz gruesa de algunos instructores modernos. Frente al tormento, el interrogado caía bajo la acción del terror del dolor físico, del terror de una pena corporal á que se le somete de no contestar al inquisidor. Ante la amenaza implícita del instructor, el interrogado obra bajo el temor de una pena, ó de un aumento de pena, indirecta y afflictiva; el procesado puede entonces tener miedo al aumento de los rigores de la cárcel preventiva, ó de la cárcel posterior, por no haber dado gusto á los interpelantes; el testigo teme un procedimiento posible, y una pena posible, por falso testimonio no plegándose á sus deseos.

En la segunda especie de sugestión, caso de sugestión fraudulenta, con artificiosas palabras ó con artificiosa presentación de las cosas, el juez provoca en el ánimo del interrogado una convicción dada, para lograr cierta respuesta, ó bien con el equívoco lo lleva á dar una contestación en un determinado sentido.

En estas dos primeras especies de sugestión ilícita, el juez no hace más que robar al delincuente su oficio, robándole sus armas: la violencia y el fraude.

Mas el efecto respectivo del error puede provenir también, no ya del dolo, sino de la negligencia del interrogante; tal es la tercer especie de sugestión, la culposa. Desde el punto de vista de quien interroga, las preguntas sugestivas dolosas podrían llamarse propiamente *insidiosas*; mientras en la culposa podrían denominarse, capciosas; pero desde el punto de vista del interrogado, las preguntas insidiosas no se distinguen de las simplemente capciosas, produciendo un efecto idéntico. Al incluir el juez en la propia pregunta una respuesta dada, hágalo por impericia ó por dolo, daña del mismo modo la causa de la verdad; con respecto al espíritu del interrogado, la respuesta viene siempre como inspirada por el interpelante, y su impericia produce el mismo efecto que el dolo, perjudicando igualmente la verdad.

Hemos considerado de un modo general la sugestión como violación de la libertad subjetiva del interpelado; pero la sugestión es contraria á la verdad también, en cuanto puede prestar eventualmente al interrogado las armas para mentir, dándole un conocimiento de los hechos que puede favorecer la verosimilitud de sus mentiras. Bajo este aspecto, es más que peligrosa la sugestión culposa.

Y basta de este punto.

Para terminar, formularemos como tercera regla derivada de la naturalidad del convencimiento, la de la *libertad subjetiva* de las pruebas.

## III

Al hablar del convencimiento judicial, determiná-  
bamos otra condición de su naturaleza, en su carácter  
social (*socialità*). El convencimiento, en efecto, no debe  
ser la expresión de una condición subjetiva del juez;  
debe ser tal, que los hechos y las pruebas sometidas á  
su juicio, de ser sometidos al juicio desinteresado de  
cualquier otro ciudadano razonable, producirían en él  
la misma certeza que han producido en el juez. Aquí  
es en donde radica lo que hemos considerado como el  
carácter social (*socialità*) del convencimiento .

Pero este carácter que encuentra su fuente de uni-  
dad en la razón humana, en la cual descansa la armo-  
nía espiritual de los hombres, se resolvería en una  
mera aspiración de pensador aislado, si no tuviera una  
manera concreta de exteriorización judicial.

Para que la conformidad entre el convencimiento  
del juez y el hipotético juicio social, no se reduzca á  
un deseo estéril, es preciso que las pruebas se presen-  
ten á la apreciación del juez en una forma, que haga  
posible la apreciación contemporánea del público. Y  
he aquí el otro canon de las pruebas: la *publicidad*.

En la publicidad es en donde descansa el preserva-  
tivo y el correctivo del arbitrio judicial, más aún que en  
la *motivación* de las decisiones de que hemos hablado,  
á propósito del convencimiento. La motivación, ya lo  
dijimos, hace posible la acción social con juicio *subsi-*

*guiente* al dictado. Pero aun admitiendo que el sistema procesal dé la mayor notoriedad á la sentencia judicial, siempre resultará que este juicio *subsiguiente*, que surge de la motivación, es un juicio indirecto; no tiene por materia de observación más que las impresiones y los motivos correspondientes del juez. Y bien sabido es de qué modo la cultura superior y la habilidad de un hombre, como el magistrado, habituado á la gimnástica intelectual, pueden dar á ciertos hechos y pruebas, naturaleza y valor que no les son propios realmente. La motivación, más que para otra cosa, sirve para la intervención de la magistratura superior, en el supuesto de que haya varios grados de jurisdicción.

Lo que pone á la sociedad en situación de juzgar eficaz, directa y contemporáneamente con el magistrado, es la publicidad del juicio. Con las puertas francas de la audiencia, de entre el público, surge á menudo la verdad y la justicia. Entre aquellas mil cabezas anónimas, en la muchedumbre que ocupa las salas de justicia, el juez verá siempre, y la temerá, la posible superioridad de un observador más avisado, de una inteligencia más aguda, pronta á observar y á juzgar mejor quizá que él puede hacerlo; verá también la existencia posible de alguna conciencia más iluminada y serena que la suya, que acaso le juzga y le condena. Y el juez, bajo la saludable influencia de este temor, se pondrá en guardia contra sus propias prevenciones y debilidades, será más circunspecto en el cumplimiento de sus deberes, y atenderá sólo á la verdad y á la justicia. Esto, en cuanto al juez.

Por su parte, el testigo, en la pública solemnidad de una sala de justicia, expuesto á la observación indagadora del público, pensará, de un lado, que entre éste puede encontrarse quien conozca mejor que él los

hechos, temerá, de otro, la reprobación social á no desempeñar correctamente su obligación moral y jurídica, oyendo á la vez con más atención la voz del deber y de la verdad.

En cuanto al procesado, el influjo que en él ejerce la publicidad es también en beneficio de la verdad y de la justicia. Hay en el hombre un sentido misterioso é inexplicable, que es la condición de la acción indagadora de la sociedad. Este sentido divino hablará, sin duda, con mayor fuerza al alma de quien se encuentra bajo el peso de una acusación. El inocente adquirirá vigor con la presencia del público; sentirá venir de la muchedumbre soplo fortificante de simpatía. ¿Qué sería de sus fuerzas si se encontrara solo ante el juez? El culpable, en cambio, no podrá menos de pensar en la reprobación de la muchedumbre. Sea inocente ó culpable el procesado, la publicidad del juicio y de las pruebas sólo servirá, pues, para favorecer el triunfo de la verdad.

Únicamente la injusticia es la que necesita de la oscuridad y del secreto: la justicia, por el contrario, tranquila y segura, no tiene por qué temer la presencia de nadie; rechaza todos los escudos y todas las velos, para presentarse espléndida *coram populo*. No debe olvidarse que el beneficio social de la justicia intrínseca estaría perdido, si no se mostrase exteriormente cual es, serena é inexorable. Así, para que la justicia, además de ser, aparezca tal, requiere que abran de par en par las puertas al público; esto llevará á respetarla.

Hasta aquí hemos examinado los reglas relativas á la prueba, derivándolas de la naturaleza del *convencimiento*. Y al hacerlo, no hemos mirado más que el influjo sobre la naturaleza de las pruebas, de uno de

---

los dos términos de la relación en que descansa la esencia de la prueba misma, el influjo del término subjetivo.

Pasemos ahora á examinar el influjo del otro término, que se apoya en la *verdad objetiva*.

#### IV

¿Cuál es la verdad que se busca en materia penal? Es, según hemos dicho, la verdad objetiva, en cuanto puesta por medio de la prueba en relación con el espíritu del que juzga, puede provocar en él el racional convencimiento de la crimirosidad. Con llamar objetiva á esta verdad, ya hemos determinado su naturaleza: trátase, no de una verdad formal, cual resulta del estado de las pruebas, sean suficientes ó insuficientes, sino de una verdad sustancial, extrasubjetiva, la cual, se llega á *adquirir*, por medio de pruebas suficientes. Para nosotros, que desde un principio hemos rechazado la confusión en que frecuentemente caen los críticos de la certeza y de la probabilidad, y que partimos de la premisa según la cual no se puede condenar, si no se está cierto de la crimirosidad, no es posible el equívoco en materia criminal: cuando se habla de verdad del delito, trátase siempre de aquella verdad que se presenta al espíritu como realidad cierta é indubitada, no de la que se presenta como probable aunque sea con máxima probabilidad.

De la naturaleza de la verdad que se requiere en

lo penal, para que se pueda emitir condena, derivan-se otros cánones relativos á la naturaleza de las pruebas.

A) Ante todo, si como base de una condena penal no basta la verdad formal, sino que es preciso la sustancial, se requieren en materia penal las mejores pruebas, por ser aquellas que mejor pueden hacer llegar á la verdad que se busca: es necesario no contentarse con las pruebas presentadas, sino cuando son las mejores que en concreto puedan obtenerse, y cuando la lógica de las cosas, no diga que pueda haberlas mejores.

He ahí un canon fecundísimo en su aplicación á la crítica criminal: en el curso de la obra podremos apreciar mejor su importancia á propósito de cualquier cuestión de pruebas.

Del principio que este canon supone, nace la consecuencia de que es preciso no satisfacerse con las pruebas no originales cuando se puedan tener originales; así, no se debe acudir á los testigos de oídas, siempre que sea dable tener la declaración del testigo de presencia: en suma, es necesario acudir á las pruebas *subjetivamente mejores*.

Del mismo principio derivase también la consecuencia de que no debe satisfacernos la prueba indirecta, cuando es posible tener la prueba discreta: es necesario no darse por contento con la deposición de quien ha visto al acusado huir con un puñal en la mano, cuando hay quien ha estado presente á la consecución del delito y puede deponer acerca de ella; en suma, deben también buscarse las pruebas *objetivamente mejores*.

Siempre, en virtud del mismo principio, es preciso no darse por satisfecho con las formas menos perfec-

tas de la prueba, cuando se pueda obtener las más perfectas; es preciso no darse por satisfecho con la deposición escrita si lógicamente puede obtenerse la oral; el caso es obtener también las pruebas *formalmente* mejores.

Este principio á que nos estamos refiriendo, es, repito, de una grandísima importancia y de una múltiple aplicación, siendo su enunciación tanto más necesaria cuanto que ningún tratadista, que yo sepa, ha procurado ponerlo de relieve; mientras que, por otra parte, la práctica judicial prescinde de él. ¡Cuántas decisiones rechazando la admisión de pruebas no son una flagrante violación de este canon de crítica judicial!

B) Teniendo presente que, dada la naturaleza misma de la verdad que se busca en lo criminal, no basta la probabilidad, sino que es preciso alcanzar la certeza, para poder imponer una condena, infiérese que no es lícito llegar á un convencimiento, cualquiera que él sea, de criminosidad, en virtud del estado de las pruebas, si no son éstas suficientes para reflejar en el espíritu la verdad sustancial. No es lo mismo que lo que pasa en materia civil, donde se investiga la verdad formal derivada del estado de las pruebas, suficientes ó no. De lo cual resulta que, en cuanto á las pruebas, es preciso ser más exigente en materia penal que en materia civil, y que, en su virtud, el campo de las pruebas penales es más limitado que el de las civiles.

Mas ¿por qué razón se busca en materia criminal la verdad sustancial mientras en lo civil basta la verdad formal? Sin duda por la diversa naturaleza de los derechos en cuestión. Pero conviene ver esto con algún detenimiento:

1.º En materia civil se cuestionan derechos alienables: así es en general lógico admitir renunciaciones de

derechos y aceptación de obligaciones, cuando no se opongan á los principios, siempre superiores, de orden público. Por el contrario, en lo criminal, se trata de derechos inalienables.

Por tal razón, se comprende bien que en lo civil quepa la admisión de transacciones y de juramentos decisorios, así como se explica lo inexorable de la rebeldía ó del silencio de la parte; cosas todas que serían absurdas en materia penal.

2.º En virtud de la misma alienabilidad de los derechos en cuestión en lo civil, se explica que cuando las partes se presentan en juicio, cada una de ellas se someta á la posible admisión ó no admisión de la alegación propia. En la presentación de la alegación falsa civil va inclusa una renuncia especial: el que la produce hace como si renunciara á la alegación verdadera, que eventualmente pudiera corresponderle. El juez, por tanto, no tiene que hacer otra cosa que decidirse entre las dos opuestas alegaciones de hecho. Y aun cuando el juez se convenciera de que ni una ni otra responde á la verdad objetiva, debe necesariamente, para decidir, atenerse á la alegación que le parece menos infundada, por más que no se corresponda con la verdad objetiva.

Por el contrario, en materia penal, aun cuando de un lado se ofrezca mejor fundada la acusación, y del otro se produzca un falso procedimiento de defensa, es preciso atender siempre á la verdad objetiva de la criminalidad; y cuando tal verdad no resulta, independientemente de las condiciones indicadas de la acusación y de la defensa, se debe absolver.

3.º Los derechos privados no pueden quedar en suspenso entre los contendientes, sin que se conmueva la tranquilidad y la confianza en la convivencia so-

cial. El magistrado civil está, por tanto, obligado á atribuir los derechos á uno de los litigantes. Mas, en virtud de la naturaleza misma de los derechos privados, no se puede sentenciar á favor de una parte, sin decidirse contra la otra; así, sea cual fuere el convencimiento que se ha alcanzado *per allegata et probata*, es preciso condenar á una parte para dar el derecho á la otra. Como la necesidad de decidir, se resuelve en la de condenar, sentenciando de uno ó de otro modo, tal necesidad obliga, en la condena civil, á darse por satisfecho con una verdad ficticia, ó sea una verdad más bien convencional que real.

En materia penal, aunque frente al acusado esté la sociedad como contendiente, la decisión favorable á aquél no es contra la sociedad; antes es á su favor, ya que es de interés social que no se condene más que al delincuente indudablemente cierto. No se halla, pues, el juez en la alternativa de condenar á alguien para absolver al acusado, ó de condenar á éste para dejar á salvo los derechos de otro; y cuenta que aquí no hay para qué pensar en los intereses civiles del que se dice ofendido, porque estos intereses son *accesorios* en el juicio penal, aparte de que podrá aquél hacerlos valer por vía civil.

En el juicio penal, pues, se va siempre á la absolución mientras no se alcance la certeza sustancial de la delincuencia; sólo en este caso resultaría la sentencia á favor del acusado, perjudicando á la sociedad.

4.º En materia civil trátase de derechos particulares y determinados puestos en cuestión; todos pueden, en definitiva, prevenirse contra las posibles agresiones al propio derecho. Quien no se provea de pruebas, es un negligente, y peor para él; *jus civile vigilantibus scriptum est*. Quien no se ha procurado la prueba de-

la verdad real del propio derecho, está obligado á ver triunfar la verdad formal contraria resultante de las pruebas producidas.

En cambio en materia penal, en primer término, la inocencia es un hecho negativo é indeterminado que no puede defenderse constantemente con continuas pruebas; además, aun cuando la inocencia resultase mal probada por el propio interesado, el acusado inocente debe ser siempre absuelto, ya que la absolución del inocente es de orden público primario. No cabe, en verdad, condena penal, en virtud de la negligencia demostrada al probar la inocencia; la condena penal no puede nunca recaer sino sobre delincuencia aseverada como verdad real.

Y basta ya acerca de las diferencias entre el sistema probatorio penal y el civil.

He aquí, pues, otras dos reglas probatorias, derivadas de la consideración de la verdad sustancial como término objetivo de la prueba criminal.

Ahora bien; resumiendo lo expuesto, tanto con respecto del término subjetivo como del objetivo de la relación, que es base de la esencia de la prueba, tenemos las siguientes reglas generales de la crítica judicial:

- 1.º Imposibilidad de graduar las pruebas de la certeza.
- 2.º Originalidad y oralidad.
- 3.º Libertad objetiva de las pruebas.
- 4.º Libertad subjetiva de las pruebas.
- 5.º Publicidad.
- 6.º Producción de la prueba mejor.
- 7.º En materia penal, las pruebas deben ser de tal naturaleza que revelen la verdad esencial, no siendo suficiente la verdad formal, según ocurre en la civil.

---

Las cinco primeras reglas se derivan de la consideración del convencimiento, esto es, del término subjetivo de la relación á que nos referíamos; las últimas, de la consideración de la verdad, esto es, del término objetivo de la misma relación probatoria.

Además, de la consideración del mismo término objetivo, derivase también una observación importante para la metodología de la lógica judicial, á saber: que, en cuanto á la esencia de las pruebas, no tienen importancia las diferencias entre los sistemas procesales; en cualquier sistema, sea el acusatorio, sea el inquisitorio, ó el mixto, siempre se debe atender á la verdad sustancial. No tenemos, pues, por qué tratar de las variedades del procedimiento; la lógica criminal tendrá en todas los mismos é inmutables preceptos; al arte criminal toca variar los suyos.

Mas conviene, sin embargo, hacer notar que si desde el punto de vista de la razón para la esencia de la prueba es indiferente el sistema procesal, porque todos los sistemas, considerados en sus principios fundamentales, deben tender á la verdad sustancial, desde el punto de vista del hecho, los diversos sistemas procesales, considerados en sus principios prácticos y fundamentales determinantes de su naturaleza específica, dan una dirección diversa á la investigación de la verdad. El punto de partida para llegar á la verdad es siempre la imparcialidad de la investigación de un lado, y de otro la libre producción de las pruebas, por igual para la defensa y para la acusación. Pero esta imparcialidad de la investigación, y esta libre producción de las pruebas, no están igualmente garantidas en los diversos sistemas. El sistema *acusatorio* que, teniendo por fuente histórica la lucha judicial del particular con el particular, se inspira en la paridad de los

derechos del acusador y del acusado, es más conforme con la imparcial investigación de la verdad. Por el contrario, el sistema *inquisitorio* cuyo origen histórico está en la lucha del Estado ó de la autoridad teocrática contra el individuo, se inspira en la superioridad de la acusación respecto de la defensa, siendo poco escrupuloso en la investigación de la verdad favorable al acusado. El sistema *mixto*, que tiene un primer período inquisitorio y un segundo acusatorio, se presenta en el primer período poco propicio al triunfo de la verdad favorable al procesado, mientras en el segundo se presenta igualmente propicio al triunfo en general de la verdad objetiva, favorable ó no al acusado.

El sistema mixto es el sistema procesal imperante; y este sistema, aunque comience con un período inquisitorio para acabar con otro acusatorio, debe, de todas suertes, inspirarse en la imparcial indagación de la verdad, tanto en el primero como en el segundo de los períodos, si quiere ser digno de los pueblos civilizados, y dirigiéndose á la verdad substancial que es el desideratum lógico del juicio criminal.

Es preciso, por fin, observar que las reglas probatorias anteriormente expuestas, se refieren en general y principalmente á las pruebas, en cuanto se producen en el juicio público, porque sobre el estado de las pruebas en el público debate, es sobre el que debe basarse el convencimiento judicial de la delincuencia, para poder imponer legítimamente una condena. Pero debe recordarse que las pruebas tienen también su aparición en un momento procesal distinto de ese, cual es el momento inquisitorial que inicia el sistema llamado mixto. Ahora bien; en tal momento, las reglas probatorias expuestas antes, tienen también su valor, en

---

cuanto se atiende á preparar las pruebas para el juicio público, acercándose todo lo que se pueda á la certeza; así, pues, en tal supuesto, se deben buscar en el primer período las pruebas originales, y en general las mejores; deben además las pruebas ser apreciadas según lo que naturalmente valgan, debiendo atender, sobre todo, á la investigación de la verdad objetiva en general. Por otra parte, teniendo en cuenta que las pruebas se producen en el período preparatorio, al servicio de la instrucción, la aplicación de la regla probatoria se encuentra con dos limitaciones: una en la naturaleza particular de este período y otra en el fin á que se endereza. Desde el punto de vista de la naturaleza particular del período de instrucción, es preciso notar, que el arte criminal puede aconsejar formas incompatibles con alguna de las reglas de la prueba, como ocurre con lo relativo al secreto de la instrucción, que se opone á la publicidad de las pruebas. Desde el punto de vista del fin á que se encamina el referido período, es preciso no olvidar que la instrucción no se dirige á la certeza de la crimirosidad; basta la simple probabilidad para provocar legítimamente el juicio. Con relación al momento judicial que exige la certeza, las reglas son absolutas; para aquel en el cual basta la probabilidad, las reglas se subordinan al sistema procesal, teniendo, sin embargo, siempre en cuenta, la verdad y la justicia hacia las cuales debe tender el arte criminal, para aconsejar esta ó aquella forma concreta del sistema del procedimiento.

## CAPITULO II

### **Clasificación fundamental de las pruebas según su naturaleza.**

El espíritu humano llevado hacia una idea general, si bien puede recoger con un golpe de vista la línea, por decirlo así, constitutiva de la estructura genérica, no llega tan fácilmente á percibir las líneas diferenciales, constitutivas de las diversas especies comprendidas en aquella idea. Es necesario, en verdad, que á la síntesis inicial suceda el análisis, para que la luz del género se difunda sobre las especies. El análisis, es el que, concentrando sucesivamente la luz de la inteligencia sobre cada una de las partes de que se compone un todo intelectual, hace que cada una de ellas pueda ser percibida distintamente por el ojo del espíritu, y luego, de la clara y determinada visión de las partes tomadas independientemente, se pasa á la visión compleja, armónicamente clara y determinada, hasta lograr la formación adecuada de la síntesis final.

No siendo la ciencia más que un armónico sistema de conocimientos claros y determinados, y alcanzándose la claridad y la determinación mediante el análisis, síguese de aquí que el análisis es la grande y paciente labor de la ciencia. Analicemos, pues. Al efecto, co-

mencemos por clasificar las pruebas para poder estudiar las clases especialmente.

Pero ¿con qué criterio procederemos á esta división de las pruebas? Recuerdo á este propósito el caso de un niño amigo mío, el cual, deseando tener un conocimiento más completo de su muñeco, le aplicó unos cuantos martillazos, haciéndole pedazos: también este era un método analítico; pero desgraciadamente las partes no pudieron ya reconocerse, no siendo ya reconstruible el todo. Ahora bien; ¿cuántos escritores no hay que entienden de modo análogo al análisis científico!

No es con criterios accesorios y accidentales como se puede proceder á la clasificación en la ciencia; si así se procede, no se debe esperar claridad alguna y orden alguno en las ideas; en vez de alcanzar la visión armónica del todo con sus partes distintas, se tendrá la desorganización y la confusión en el conocimiento. Procediendo de ese modo, no basta haber clasificado en diez, en veinte, en ciento, un objeto ideal dado; los aspectos accesorios de todo objeto son realmente indefinidos, múltiples, sin determinación posible; cabe aumentarlos sin cesar. Que se haga el estudio de los aspectos, aunque sean accesorios de una idea, como preparación interior del escritor para realizar la organización científica, se comprende; que este estudio de los accesorios se muestre al lector, si bien manteniendo siempre su *calidad de accesorio*, también se comprende. Pero que estos elementos accesorios se hagan pasar por principales, poniéndolos como tipos de clasificación, es un error imperdonable, que imposibilita toda organización científica.

Precisamente se ha caído en este defecto por algunos escritores de crítica criminal, al multiplicar las clasificaciones no esenciales: clasificaciones no toma-

das en serio por los autores mismos, ya que no se detuvieron por sí á organizarlas originalmente, sino que trabajaron sobre una clasificación aceptada, por general asentimiento de los autores, como criterio indiscutible y método para tratar las pruebas.

Ya conoce el lector cuál es el método de clasificación generalmente admitido por los autores, con variantes no fundamentales; se quiere dividir las pruebas en *indicio*, *testimonio*, *confesión* y *documento*, tomando éste en el sentido amplio de cualquier cosa material que funcione como prueba; muchos además dividen el significado lato del *documento*, refiriendo éste, en sentido estricto á la prueba escrita, é indicando toda otra forma material probatoria, con una ulterior denominación, como la de prueba real ó de inspección judicial. Pero importa notar que todos, en la clasificación y en la consiguiente exposición de las pruebas, suelen colocar el indicio, ó si se quiere la *prueba indirecta*, al lado del testimonio, de la confesión y del documento, no indicando siquiera, como término principal, la *prueba directa*.

¿Seguiremos nosotros el mismo camino? Realmente, empiezo por confesar que no puedo explicarme cómo semejante modo de clasificación ha podido ser aceptado hasta por altas autoridades en la materia.

¿Quién no ve que el testimonio, la confesión y el documento, son especies de la prueba en cuanto á la *forma*, mientras el indicio es una especie de prueba en cuanto á la sustancia? El testimonio, la confesión, el documento pueden tener por contenido un indicio como prueba directa: el indicio es uno de los contenidos posibles de las tres especies precedentes. ¿Qué lógica científica es ésta, que tiene como base de una clasificación fundamental un criterio *formal* para caer al

propio tiempo en un parcial criterio sustancial? No es ciertamente con una clasificación esencialmente *heterogénea* é incompleta cual ésta, como puede lograrse una organización científica. ¿Qué se diría de un naturalista, que después de haber dividido la humanidad en las especies cáucasa, negra, mongola y americana, añadiese una quinta especie, la masculina? *¡Risum teneatis amici!* Pero—se diría, si es que algo podía decirse—entre caucásicos, mongoles, negros y americanos, hay varones y mujeres. Sin duda, pero colocáis, como especie particular, lo que es una posibilidad común á todas las especies precedentes; empezáis por definir vuestras clases con un criterio formal, y luego añadís una clase determinada según un criterio parcial, sexual; criterio éste que es sustancial al organismo físico.

Ahora bien; el defecto de lógica de que acusamos al naturalista clasificador, sería perfectamente análogo á aquel en que caen los escritores de crítica criminal.

Toda clasificación que, sin hacer una clase particular de la prueba directa, pone el indicio como una especie probatoria al lado del testimonio, de la confesión y del documento, es una clasificación absolutamente heterogénea é incompleta, y no puede menos de producir confusión. No podemos, pues, admitir semejante método de clasificación.

Antes de pasar á clasificar las pruebas, creemos oportuno repetir una observación hecha antes. La prueba puede considerarse con relación al efecto que produce en el ánimo; y en tal aspecto se resuelve en la certeza y en la probabilidad; de éste aspecto no nos toca hablar aquí. La prueba puede, además, considerarse en cuanto á su naturaleza y á su produc-

ción; siendo este el aspecto que debemos examinar para clasificarla.

Ahora, para proceder á esta operación, en los límites que quedan indicados, atenderemos á tres criterios esenciales y homogéneos en sí mismos. En nuestro concepto, sólo hay tres aspectos propiamente esenciales de la prueba; puede la prueba considerarse, ó en cuanto á su *contenido*, ó en cuanto al *sujeto* de quien emana, ó en cuanto á la *forma* en que se presenta.

Considerando la prueba en cuanto al *objeto*, ó si se quiere á su contenido, fácilmente se ve que la prueba puede referirse tanto á la cosa que se quiere averiguar, cuanto á una distinta de la cual se infiere la primera; y en cuanto al juicio penal en particular, puede referirse al *delito* ó á una *cosa distinta del delito*, de la cual, además, en virtud de un raciocinio, puede el espíritu del juez inferir el delito. La prueba, según esto, se divide, con relación al objeto, en dos clases:

- 1.º Prueba *directa*.
- 2.º Prueba *indirecta*.

Considerando la prueba en cuanto al *sujeto* de quien emana, pronto se ve que no hay más que dos sujetos posibles; como *factor* de la prueba puede presentarse ó una *persona* ó una *cosa* ante la conciencia de quien debe convencerse, que en lo penal es el juez sentenciador. En su virtud, la prueba se divide, en cuanto al sujeto, en dos clases también:

- 1.º Prueba *personal*, ó declaración ó testimonio de persona.
- 2.º Prueba *real*, ó testimonio de cosas.

Considerando la prueba con relación á la *forma*, se advierte, ante todo, que el *testimonio personal* puede revestir ante quien se produce—el juez en nuestro

caso—ó la forma transitoria é inseparable de la persona; de la *oralidad*, ó una forma permanente que se separa de la persona y que se reduce principalmente á la forma *escrita*. *El testimonio real*, por su parte, ó se presenta como contenido de una de las formas del testimonio personal, y en este caso no da lugar á clase especial en cuanto á la forma; ó se presenta en su forma original y *material* á la vista del juez, dando entonces vida á una clase especial.

Así, pues, la prueba, con relación á la forma, generalmente hablando, se divide en tres clases:

1.º La *prueba testifical*, que es, en general, la atestación personal en la forma real ó posible de la oralidad.

En cuanto el testimonio proviene de testigos *in facto* y tiene como materia cosas perceptibles por el común de los hombres, llámase *común*; si proviene de testigos elegidos *post factum*, y se refiere á cosas sólo perceptibles por quien tiene una especial pericia, llámase *pericial*. El testimonio común, además, comprende tanto el del tercero como el del acusado ó el del ofendido. Por lo que la pericia, la deposición del tercero, la del procesado y la del ofendido no son más que otras tantas clases de la prueba testifical.

2.º La *prueba documental*, que es la atestación de persona por escrito, ó, de otro modo; material permanente, en cuanto tal atestación no es reproducible oralmente, según luego veremos.

3.º La *prueba material*, que es la atestación de cosas en la materialidad de sus formas directamente percibidas.

En suma, según lo expuesto, la prueba puede considerarse bajo tres aspectos igualmente esenciales: en cuanto al objeto, en cuanto al sujeto y en cuanto á la

forma. En cuanto al objeto, la prueba se divide en prueba *directa* é *indirecta*; en cuanto al sujeto, en prueba *personal* y *real*; en cuanto á la forma, en prueba *testifical*, *documental* y *material*.

Y aquí el programa de nuestra exposición; procederemos estudiando distintamente, primero la clasificación relativa al objeto; luego la referente al sujeto, y por fin, la relativa á la forma; guiados por este triple criterio, abrigamos el convencimiento de desarrollar racionalmente toda la materia probatoria criminal.

Mas, antes de pasar adelante, se nos ocurre una indicación de carácter general, importante á nuestro parecer, no sólo para clasificar las pruebas en abstracto, sino también para determinar la clase á que pertenece cada una de las pruebas concretamente. Al hablar de la clasificación en cuanto al objeto, determinamos el *delito* como el objeto de la prueba en lo criminal. Al hablar de la clasificación en cuanto al sujeto y á la forma, considerábamos sujeto y forma siempre con relación á la *conciencia del juez* del debate. Ahora bien; reclamamos especialmente la atención del lector acerca de esto, por tener gran importancia en la crítica criminal.

Es importantísimo no olvidar que los dos puntos de vista, los dos polos necesarios para no perder la orientación en materia de pruebas, son precisamente, de un lado, la *cosa que se debe averiguar*, y que en lo criminal es el delito; del otro, el *espíritu ante quien se debe averiguar*, que en lo criminal es el del juez del debate, en el juicio público; y digo en el juicio público, porque, por el carácter social del convencimiento, en materia penal, al lado de la conciencia del juez sentenciador, hay la conciencia social que debe formar su con-

vencimiento; lo cual se verifica en el juicio público. Nos limitamos, pues, á referir la prueba á esta doble conciencia, cuando al referirla al juez del debate, añadimos; en el juicio público. El primer criterio, el de la cosa que ha de averiguarse, sirve para determinar la prueba desde el punto de vista de su contenido; el segundo criterio, el del espíritu ó conciencia ante quien se averigüe, sirve para determinarla desde el punto de vista del sujeto y de la forma.

Si no se tienen estos dos puntos presentes al razonar la naturaleza y el valor de las pruebas, no se pueden tener ideas determinadas y científicas; se asignará, en todo momento, naturaleza y valor distintos á cada prueba, según que se refiera á distinto contenido y á distinta conciencia, produciéndose así una grande y fatigosa vaguedad, incompatible con la producción en el lector de una verdadera fe científica.

La gran importancia de los puntos prefijados se comprende fácilmente.

Si no se tiene presente siempre el *delito* como *objeto* de la prueba en materia criminal, ¿cómo poder llamar con seguridad é inmutablemente directa ó indirecta á una prueba dada? Lo que es prueba indirecta con relación al delito, es directa con respecto á la circunstancia inmediatamente probada. De ahí la indeterminación del concepto de la prueba directa é indirecta; porque todas las pruebas son directas con relación á lo inmediatamente probado, é indirectas con relación á lo no inmediatamente probado; la confusión de las pruebas en cuanto al objeto puede ser una consecuencia necesaria.

Si el *sujeto* de quien la prueba emana no se considera siempre con relación á la conciencia del juez, no será posible encontrar nada estable en la clasificá-

ción de las pruebas en cuanto al sujeto; lo que vale como prueba *personal*, con respecto á la conciencia del juez, vale como prueba real ante la conciencia del testigo mismo que llega al juicio á referir su percepción de las cosas; la confusión, también aquí resulta necesariamente.

En cuanto á la misma *forma*, de no considerarla siempre con relación á la conciencia del juez, será preciso señalar, ya una clase formal, ya otra clase, á una misma prueba; la que es documento, según nuestros criterios, respecto al juez sentenciador, y lo es por presentarse en juicio como atestación escrita, por ser imposible la forma oral, á causa de la muerte de aquél de quien se figura proveniente la deposición producida ante el juez instructor, es un verdadero testimonio oral respecto de este último, ante quien el testigo depusiera oralmente; la misma confusión, como se ve, tocante á la prueba en cuanto á la forma.

Las reflexiones antecedentes se refieren á la determinación de la *naturaleza* de las pruebas. Pero conviene hacer aquí otra reflexión, de carácter general, respecto á la determinación del *valor* de las *pruebas*. Teniendo cada prueba un sujeto, que es la cosa ó la persona atestante; una forma, que es aquella bajo que la atestación se produce, y un objeto, que es la cosa atestada, resulta que una prueba, en concreto, no puede legítimamente conducir á la certeza, si no ha sido examinada y evaluada bajo este triple aspecto.

Es preciso, sin embargo, hacer notar que el sujeto se ofrece distinto de la forma en la atestación personal, porque en las pruebas personales, la persona que testifica es siempre una distinta de su atestación formal; por lo que las pruebas personales, el testimonio y el documento, exigen criterios distintos para su

---

apreciación subjetiva y para la formal. En cambio, en la *real*, ó de cosas, sujeto y forma, se confunden, en cuanto la cosa no se individualiza sino en aquella misma forma material bajo que aparece, por lo que la apreciación de valor subjetiva y formal de las pruebas materiales se verifica con criterios comunes.

Resumiendo ya; debemos hacer notar, desde un punto de vista general, que no se puede apreciar concretamente una prueba, si no es apreciando el valor de la *credibilidad subjetiva y formal* y de la *eficacia objetiva*; sólo en virtud de esta doble apreciación (que se hace triple en las pruebas personales que tienen el sujeto distinto de la forma) se puede llegar á determinar en concreto el valor de una prueba dada.

## CAPÍTULO III

### **Clasificación accesoria de las pruebas según sus fines especiales.**

La averiguación de la verdad es el fin supremo y esencial de las pruebas. Ahora bien; sea cual fuere la especie de verdad que se trate de averiguar, ésta no obra como finalidad sobre la naturaleza sustancial de la prueba, [sino en cuanto es verdad, no *tal* ó *cual* verdad; realmente, la verdad que se trata de averiguar no lo presentará al espíritu la prueba, sino como tal verdad y en cuanto es verdad, siendo por lo demás indiferente, la *naturaleza de la verdad* específica á que la prueba se refiere, pues la *naturaleza de la prueba* será siempre la misma.

No sería, pues, lógico hacer una clasificación fundamental y metódica de las pruebas, derivándola de la naturaleza distinta de las verdades que con ellas se quieren averiguar.

Mas conviene hacer notar que, de hecho, en el juicio penal, frente á las pruebas destinadas á sentar la *certeza de la delincuencia*, se producen las destinadas á combatirlas, provocando la *creencia en la inocencia*; y hablo de certeza en el primer caso y de creencia en el segundo, porque la acusación no prueba nada si no

logra producir la certeza de la delincuencia, mientras la defensa lo tiene todo probado, si ha logrado impedir aquella certeza, provocando la simple y razonable credibilidad favorable á la inocencia.

Por eso, aun cuando, según suele hacerse por lo general en la crítica criminal, se pueden considerar las pruebas únicamente, desde el punto de vista principal de la capacidad ó de la incapacidad, que aquellas tienen para provocar la *certeza de la delincuencia*, toda vez que la afirmación de tal certeza es la que legítimamente conduce á la condena, mientras la negación de la misma lleva legítimamente á la absolución, sin embargo, teniendo presente que en el debate judicial se producen de hecho categorías distintas de pruebas, determinadas por los fines especiales de las partes del proceso; es bueno distinguir también las pruebas desde este ulterior punto de vista de los fines á que en el juicio criminal se tiende. Bajo este aspecto, atendiendo á los dos fines principales y opuestos á que se enderezan las pruebas en lo criminal, pueden genéricamente distinguirse como pruebas de la delincuencia y pruebas de la inocencia.

Y con esto todo estaría dicho, si fuese preciso á los fines de las defensas provocar la *certeza* de la inocencia, al modo cómo para los fines de la acusación es preciso provocar la certeza de la delincuencia. Pero, lo repetimos; para los fines de la defensa no hace falta la certeza; bástale producir la mera *creencia* en la inocencia, ó en otros términos, bástale probar que la inocencia es razonablemente creíble, aunque esto sea en un grado mínimo, destruyendo de este modo la certeza contraria de la delincuencia. Ahora bien; por tal razón no es inútil considerar un poco más detenidamente esta distinción de las pruebas, en atención á

los fines especiales que se persiguen en el proceso judicial, en cuanto tal distinción determina de diverso modo las obligaciones de aquel que pretende probar, y que produce prueba en materia criminal. Las de aquel que quiere probar la inocencia son mucho más restringidas que las de quien se propone probar la delincuencia.

Antes de proceder á estudiar esta distinción, fundada en los  *fines especiales*  de las pruebas, es preciso notar que se la considera siempre como accesoria y subordinada respecto de las distinciones fundamentales que se desprenden  *de la naturaleza*  de las pruebas; mas esto no puede turbar para nada el programa de nuestro trabajo, el cual sigue teniendo como bases inmutables las distinciones procedentes que de la naturaleza de las pruebas se derivan; ya se encaminen las pruebas á demostrar la delincuencia, ya se propongan probar la inocencia, no podrán menos de ser directas ó indirectas en cuanto al  *objeto* , personales ó reales en cuanto al  *sujeto* , testificales, documentales ó materiales en cuanto á la  *forma* .

Esto supuesto, examinemos las pruebas, atendiendo á la distinción que resulta de sus fines especiales.

Ya hemos dicho que en general las pruebas atienden, como á sus fines superiores en el juicio penal, á demostrar la inocencia ó la delincuencia; procuremos ahora contemplar un poco más detenidamente esta distinción de las pruebas según los fines; veamos de llegar por vía de análisis á tal distinción, precisando así y justificando su noción.

Ante todo, ¿cuáles son los fines que pueden diferenciar las pruebas de un modo determinado? Al igual que toda acción humana, la producción de una prueba puede estar destinada á diversos fines; primero á un

fin inmediato, y por añadidura á múltiples fines mediatos más ó menos próximos, más ó menos lejanos. Se puede hasta producir una prueba por un fin extraño al del proceso en que se produce; un procesado, por ejemplo, puede confesarse reo de un pequeño delito que se le imputa, de un delito leve ocurrido en un lugar donde no estaba, para procurarse con la sentencia condenatoria una *coartada*, que le ponga á seguro de la pena en que había incurrido por otro delito gravísimo; un procesado puede, v. gr., confesarse reo del estupro que se le impute, para procurarse una condena que le haga vencer en un litigio propuesto por su mujer para disolver el matrimonio por impotencia. Si, pues, se quiere, desde el punto de vista del fin, distinguir las pruebas de un modo determinado, es preciso comenzar por determinar de qué fin se habla. Ahora bien; prescindiendo de la indefinida multiplicidad de los posibles fines mediatos, desde luego se comprende que únicamente el fin *inmediato* de las pruebas puede ser el criterio determinado y determinante de la distinción.

Desde este punto de vista, las pruebas criminales pueden distinguirse en cuatro clases.

Las pruebas, en cuanto cabe, pueden ante todo referirse como á *fin inmediato*, á la delincuencia principal ó á una delincuencia accesoria que se resuelve con un aumento de crimosidad; en uno y otro caso son siempre prueba absoluta ó relativamente de incriminación.

Las pruebas pueden, además, referirse á la inocencia ó á una diminución de la delincuencia, como á *fin inmediato*; y en este supuesto, en uno y otro caso tenemos pruebas de disculpa, absoluta ó relativamente.

Las pruebas pueden también tener por *fin inmediato*,

en juicio penal, no la delincuencia, ni la inocencia, sino la credibilidad en una prueba de la una ó de la otra. Y en este caso, la prueba producida á fin de fortificar la credibilidad en otra prueba, es prueba *corroborante*; la producida á fin de debilitar la credibilidad, es prueba *infirmante*.

A propósito de esta clase especial de pruebas de las pruebas, que se concreta en las corroborantes é infirmantes, es preciso una aclaración que se resuelve en una mayor determinación. Una prueba puede acreditar ó desacreditar otra, tanto refiriéndose al lado subjetivo de la misma (y al hablar aquí de subjetivo en general comprendo también el lado formal), mostrando la perfección ó los defectos, cuanto refiriéndose al lado sustancial, al contenido de la prueba que se quiere avalorar ó desacreditar. En el primer caso, no se produce confusión alguna; pero en el segundo caso, cuando una prueba es á favor ó contra el *contenido* de otra prueba, no es inútil reclamar la atención del lector acerca de cómo y cuándo se llega á considerar una prueba de prueba, ya corroborante, ya infirmante, así como una de incriminación ó de disculpa.

Cuando con una prueba se llega á aumentar ó disminuir la credibilidad de otra ya emitida de delincuencia, se va siempre *por consecuencia* próxima á acreditar la hipótesis de la delincuencia misma ó la de la inocencia. Del propio modo, cuando se aumenta ó se disminuye la credibilidad de una prueba de inocencia, se acredita también, siempre *por consecuencia* próxima, la inocencia ó la delincuencia. Mas no por esto, se tendrá siempre, en tales casos, una prueba de *incriminación* ó de *disculpa*, porque unas y otras son de inocencia y de delincuencia en un sentido específico, en el de que la inocencia ó la delincuencia sean fin *inme-*

*diato* de la prueba. Cuando una prueba es á favor ó contra la *subjetividad* de otra, se comprende desde luego que su fin inmediato no es el de probar la inocencia ó la delincuencia, sino de fundar ó destruir la credibilidad de cualquier otra prueba. Cuando una prueba es á favor ó en contra del *contenido* de otra prueba, es necesario distinguir si este contenido, que se comprueba ó se reprueba, es un hecho en el cual consiste la inocencia ó la delincuencia, si tiene una prueba de acusación ó de disculpa, porque en tal caso se presenta como fin inmediato, *principal*, el probar la inocencia ó la delincuencia; ó bien, si ese contenido es un hecho en que no consiste ni la inocencia ni la delincuencia, se tiene sólo una prueba de prueba, corroborante ó infirmante, porque en este segundo caso, no hay otro fin inmediato que el de fortificar ó debilitar la credibilidad de la prueba. Supongamos que se presenta una prueba testimonial de la inocencia, y que esta prueba fuese de gran valor si no hubiera en su contenido un hecho de cuya afirmación no resulta la inocencia, y el cual á primera vista parece increíble. La defensa, teniendo en cuenta que lo increíble de ese hecho, aun cuando no sea la base directa de la inocencia, sin embargo, quita fe y fuerza á la prueba de la misma, teniendo en cuenta este lado débil de su prueba, recurre á otra, para demostrar la credibilidad de aquel hecho: esta segunda prueba, en tanto que se dirige de un *modo inmediato único* á fortificar la fe en el contenido de la primera, es corroborante. Esta prueba corroborante, *de un modo mediato*, lleva también á la prueba de la inocencia; pero *inmediatamente* no atiende á acreditar más que *la prueba* de la inocencia, y no la inocencia misma, y por eso es específicamente corroborante; ahora, considerando que esta

clasificación de las pruebas la deducimos de su fin especial *inmediato*, tenemos una prueba que corrobora el contenido de la prueba disculpante, pero sin ser en sí misma de esta naturaleza.

De todo lo que queda dicho acerca de las pruebas corroborantes é infirmantes, resulta que se dirigen *inmediatamente* á acreditar ó desacreditar las pruebas, dirigiéndose siempre al fin mediato, próximo y superior, de acreditar el aserto de la delincuencia ó de la inocencia; y sin embargo, las pruebas indicadas, desde el punto de vista del fin superior próximo á que tienden siempre en el juicio penal, se resuelven á su vez en la prueba de la delincuencia y de la inocencia.

Ahora bien; resumiendo lo expuesto, las pruebas, desde el punto de vista del fin especial inmediato á que tienden, se dividen particularmente en cuatro clases:

- 1.<sup>a</sup> Pruebas de incriminación.
- 2.<sup>a</sup> Pruebas de disculpa.
- 3.<sup>a</sup> Pruebas corroborantes.
- 4.<sup>a</sup> Pruebas infirmantes.

Estas cuatro clases, además, desde el punto de vista del fin superior, inmediato ó próximo á que tienden en el juicio penal, se agrupan en dos categorías:

1.<sup>a</sup> Pruebas de la delincuencia: comprenden, de un lado, las de incriminación, cuyo fin inmediato es la delincuencia; y de otro las corroborantes de las de la delincuencia, y las infirmantes de las de la inocencia; encaminadas unas y otras al fin superior próximo de hacer triunfar el aserto de la delincuencia, en cuya demostración por pruebas, se resuelven las primeras por consecuencia más próxima, y las segundas por consecuencia menos próxima.

2.<sup>a</sup> Pruebas de la inocencia: comprenden éstas, de

un lado, las de disculpa, cuyo fin inmediato es la inocencia; y de otro, las corroborantes de las de la inocencia y las infirmantes de las de la acusación, encaminadas unas y otras al fin superior próximo de hacer triunfar el aserto de la inocencia, resolviéndose todas en pruebas de esta, las primeras por consecuencia más próxima, y las segundas por consecuencia menos próxima.

La primera categoría es aquella á que principalmente atiende y en que con preferencia se ocupa la teoría de las pruebas; los más graves problemas de la crítica criminal sólo tienen por objeto las pruebas y la averiguación de la delincuencia. Ya hemos dicho que son pruebas de certeza y de probabilidad, añadiendo también, que la delincuencia no se reputa probada sino cuando lo es de un modo *cierto*. Por eso, cuando se habla de la delincuencia en general, y de pruebas de incriminación en especial, se habla siempre de pruebas de certeza, ya que no con relación á cada una singularmente, á lo menos en la acumulación probatoria de todas las que forman la legítima base del juicio condenatorio; ya hemos mostrado antes de qué modo las pruebas de probabilidad pueden, acumuladas, convertirse en pruebas de certeza. Cuando se habla de pruebas de delincuencia, se habla de pruebas de certeza, en cuanto no puede afirmarse aquélla sino en virtud de haber logrado ésta: ahora bien; nuestro estudio recaerá principalmente sobre la eficacia, aseverante ó no, de aquellas pruebas que hemos llamado, en particular, de incriminación, como dirigidas inmediatamente á probar la delincuencia.

No puede decirse lo mismo respecto de las pruebas de la inocencia, en general, y de las de disculpa ó descargo, en particular. Si para probar la delincuencia,

es preciso pruebas, que, cuando menos acumuladas, produzcan la certeza, para probar la inocencia ó la menor crimosidad, no sólo bastan las pruebas de probabilidad ó de inverosimilitud, sino que bastan en general las que no son propiamente pruebas, esto es la de simple credibilidad. Desde el momento en que se juzgan admisibles, razonablemente, las hipótesis de la delincuencia y de la inocencia, debe tenerse esta por probada, del propio modo cuando se conceptúan creíbles las hipótesis de una mayor delincuencia y de una menor, la última es la que debe darse por probada.

En cuanto á las pruebas de pruebas en particular, esto es, en cuanto á las corroborantes y á las infirmantes, para ver de qué fuerza deben ser á fin de que puedan tener eficacia en el juicio penal, es preciso atender á la naturaleza de las pruebas que están llamadas á corroborar ó á debilitar, ya que de la naturaleza de éstas en relación con su naturaleza, depende si deben resolverse en pruebas de la delincuencia ó de la inocencia.

Si las *pruebas corroborantes* fuesen llamadas á fortificar la credibilidad dudosa de una *prueba de incriminación*, para que tengan eficacia judicial es preciso que sean de certeza, es preciso que no dejen duda acerca de lo creíble de la prueba de incriminación; una prueba de ésta clase, por poca duda que ofrezca, no puede ser base de condena. Si, por el contrario, las pruebas *corroborantes* fuesen llamadas á fortificar la creencia vacilante en favor de una *prueba de disculpa*, aunque no sean de certeza, pueden tener siempre su eficacia en el juicio penal; basta, frente la hipótesis de la no credibilidad, acreditar la hipótesis de lo creíble de una prueba de disculpa, para que ésta pueda tener en su caso un valor judicial, siendo, como es, suficiente

---

la simple duda para justificar la afirmación de la inocencia.

Por lo demás, en cuanto á las *pruebas infirmantes*, si están llamadas á debilitar la fe de una *prueba de incriminación*, no es preciso que sean de certeza; basta que sean de simple credibilidad para que tengan, llegado el caso, eficacia judicial. Basta provocar la duda razonable más mínima, acerca de la credibilidad de las pruebas de incriminación, para que éstas no puedan ser base legítima de condena. Si por tanto, pues, las *pruebas infirmantes* se encaminan á debilitar la fe en una *de disculpa*, es preciso que sean de certeza; no basta la simple duda para quitar todo valor á esta prueba: la certeza es necesaria.

Todas estas exigencias acerca de la diversa fuerza que, para tener eficacia judicial, deben concurrir en las pruebas, según que son de inculpación ó de disculpa, y según que corroboran ó debilitan una incriminación ó una disculpa, son meras aplicaciones de un solo principio, según el cual basta la simple duda para justificar la afirmación de la inocencia; siendo necesaria la certeza, para justificar la afirmación de la delincuencia.

Y basta lo expuesto como indicación general acerca de la clasificación de las pruebas según los fines á que están destinadas.

## CAPITULO IV

### **Peso de la prueba.**

Antes de que el espíritu humano se encuentre, con respecto al conocimiento de un hecho, en el estado de duda, ó de probabilidad, ó de certeza; antes de recorrer esta escala ascendente psicológica, que conduce á la posesión luminosa de la verdad, puede aquél encontrarse en un estado negativo que llamamos de ignorancia.

Si al espíritu que ignora se le presentan dos asertos contrarios relativos al hecho ignorado, necesitará, si se quiere que se corra la indicada escala ascendente, comenzar por imponer la obligación de la prueba á uno ó á otro de los contrarios asertos.

¿Pero podrá hacerse esto á capricho? No: hay asertos que tienen derecho á la fe antes de toda prueba contraria; debe ser, pues, un principio de razón el que determine, de un lado, este derecho á la fe anterior á las pruebas, y del otro, la obligación contraria de la precedente producción de las pruebas.

La investigación de tal principio es el problema de carácter general que nos proponemos tratar ahora.

Hemos supuesto que se presentan dos asertos con-

trarios. Ahora, cuando estos dos asertos se les considera antes de que cualquier prueba, intrínseca á ellos, se haya presentado dando más fe á uno que á otro, no se puede juzgarlos más que por su naturaleza intrínseca, y por las presunciones de credibilidad que van ligadas á esta su naturaleza: si, pues, de la consideración de los dos asertos en sí mismos resulta que uno es más creíble que el otro, es lógico y natural, que debiendo imponerse la obligación de la prueba á uno de los dos, se imponga á aquel que no tiene en su favor la presunción de la fe. En la presunción, es, por tanto, donde es necesario investigar el principio superior determinante del peso ó cargo de la prueba.

Pero ¿y en qué presunciones consistirá propiamente este principio superior? Creo que el criterio directivo supremo para la solución del problema, va implícito en aquella presunción general que es la madre de todas las específicas y particulares, en la que nace del curso natural de las cosas humanas. Observando que una cosa se verifica en el mayor número de casos, cuando el espíritu humano desconoce si en un caso particular la cosa se verifica ó no, inclínase, por un juicio de probabilidades, á creerla verificada, toda vez que es más creíble que haya sucedido lo que ordinariamente suele suceder. Lo ordinario se presume: he ahí la presunción madre, el árbol genealógico de las presunciones.

Ahora, si lo ordinario se presume, cuando un aserto de hecho ordinario se encuentra frente al aserto de un hecho extraordinario, el primero merece más fe que el segundo, por lo que éste es el que debe empezar á probar. Si lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba: tal es el principio supremo del peso de la prueba, principio que llamaré *ontológico*, en cuanto

tiene su fundamento inmediato en el modo natural de ser de las cosas.

Quien afirme aquello que está en el curso ordinario de los sucesos, no tiene la obligación de la prueba: tiene en su favor la voz universal de las cosas mismas, y la de las personas que lo confirman en virtud del resultado general de la observación y de la experiencia. Lo ordinario, pues, se presume. Mas quien, en cambio, afirme, lo que está fuera del curso ordinario de los sucesos, tiene en contra de sí la voz universal de las cosas, confirmada por la voz también universal de las personas: en su virtud tiene la obligación de sostener con pruebas particulares su aserto: lo extraordinario se prueba.

Dadas, pues, dos afirmaciones opuestas, una ordinaria y extraordinaria la otra, la primera se presume verdadera, la segunda debe ser probada.

Dadas dos afirmaciones desigualmente ordinarias (ya que en lo ordinario y en lo extraordinario puede haber sus grados), la más ordinaria se presume verdadera debiendo probarse la menos.

Dadas dos afirmaciones desigualmente extraordinarias, la menos se presume verdadera, la más debe probarse.

Será, sin duda, difícil apreciar el más ó el menos de lo ordinario y de lo extraordinario, pero esto no disminuye la justicia de la teoría, ni su integridad.

Al modo cómo la observación exterior nos ha dado el principio supremo para el peso de la prueba, el principio *ontológico*, la observación interior, nos da otro principio subordinado al primero y que yo llamaré *lógico*: principio que tiene su raíz en los medios de prueba que el hombre tiene para producir en otro la certidumbre: llamamos lógico á este principio, porque

su fuente *inmediata* se encuentra en los medios de convicción que el espíritu humano tiene, aunque la fuente *mediata* y primordial se encuentra también, naturalmente, en el modo de ser de las cosas. He aquí ahora cuál es el referido principio lógico: en la contienda del hecho positivo y del hecho negativo, quien asevera el positivo debe probar con preferencia á quien mantiene el negativo. Es el antiguo principio: *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*.

He dicho que este principio nace de la observación de los medios de averiguación que el espíritu humano tiene. Realmente, si nos fijamos detenidamente, se verá que el hecho positivo tiene una doble especie de pruebas posibles; directas é indirectas. Para el hecho negativo, en cambio, sólo hay la posibilidad de pruebas indirectas. Y la verdad, ¿cómo se puede probar directamente, esto es, por *su directa percepción*, lo que no ha existido? En rigor, lo que no ha existido, no ha podido ser percibido *en sí*, y así no puede ser probado directamente. No hay, pues, sino pruebas indirectas para la demostración del hecho negativo. Y estas pruebas indirectas son, además, menos numerosas para el hecho negativo que para el hecho positivo; porque el positivo deja tras de sí huellas de su existencia, huellas que no puede dejar el negativo, considerando que la nada nada produce. Vista, pues, la mayor facilidad de las pruebas del hecho positivo, quien afirme éste es quien preferentemente debe probar.

Hay quien, partiendo de un equívoco, para combatir este principio lógico, quiere deducir el peso de la prueba para quien afirme el hecho positivo *de la imposibilidad* de probar el negativo. No: éste puede probarse, pero sólo con medios indirectos; el positivo puede, en cambio, probarse con medios directos é indirectos.

tos. Esta mayor facilidad de las pruebas que en general se tiene para el hecho positivo, obliga á quien lo afirma á presentar las pruebas con preferencia á quien lo niega, y por ello tiene más limitado el modo probatorio.

Mas es necesario aclarar aún más este principio lógico, determinando la *extensión*. El principio lógico, racionalmente, no se extiende más que á las *verdaderas negaciones*; fuera de éstas, no tiene ya valor. Algunos no han visto más que negaciones en todo lo que se presenta negativamente. Otros, habiendo observado que en la mayor parte de las negaciones hay un contenido afirmativo, han sostenido que toda negación se resuelve al fin en una afirmación; en su virtud, han negado valor á la distinción entre aserto afirmativo y aserto negativo.

La verdad es que hay negaciones *formales* cuyo contenido inmediato es un aserto de hecho positivo, y que no tienen de negativo más que la simple forma; y hay negaciones *sustanciales*, verdaderas negaciones, que tienen, no sólo la forma, sino también la sustancia negativa, y que, por tanto, no se resuelven inmediatamente en aserto alguno de hecho positivo. El principio lógico se refiere á estas últimas, no á las primeras, que en realidad no son negaciones.

Hay negaciones, además, que son siempre *formales*: hay otras que pueden ser *formales* y *sustanciales*.

La negación de una determinada *cualidad* y la de un *derecho* determinado, son siempre formales.

La *cualidad* no es más que el modo de ser de la sustancia, y no puede imaginarse sustancia sin cualidad. No se puede, pues, negar una cualidad dada de un sujeto, sino en cuanto se afirme de modo inmediato una cualidad contraria, ó al menos incompatible con ella.

No se niega la cualidad de blanco á un objeto sino porque se afirma que su color es rojo, verde, etc. La negación de una cualidad, según esto, es siempre negación formal, que tiene como contenido inmediato la afirmación de otra cualidad.

El *derecho* concreto no es más que una relación obligatoria entre una persona y otra, ó entre una persona y una cosa; y la existencia real de todo derecho concreto está ligada siempre á la existencia de condiciones positivas. Así, de un lado, es sujeto exclusivo del derecho la persona humana, y no puede concebirse un derecho, por decirlo así, suspenso y fuera del sujeto; de otro lado, la existencia de todo derecho concreto está ligada á la existencia de determinadas condiciones positivas, y no es por esto admisible por la existencia de condiciones positivas contrarias. Así, cuando se niega un derecho á una persona, se afirma en otra, ó á lo menos se afirma una condición positiva, incompatible con la existencia del derecho en cuestión.

El acusado que para huir de la imputación del hurto niega el derecho del querellante sobre la cosa, afirma el propio derecho ó el de otro que hubiera consentido la apropiación que se le quiere imputar. Esta negación de derecho es sólo formal: la forma es el derecho negado á uno; la sustancia es el derecho afirmado respecto de otro.

Pero, según hemos dicho, un derecho concreto puede negarse á un sujeto, no sólo en cuanto se le atribuye á otro sujeto determinado, sino también en cuanto se afirma una condición positiva incompatible con la existencia del derecho en cuestión. Así, al tenor de nuestras leyes, los cuerpos ó entidades morales no gozan de derechos civiles: para gozarlos deben ser legal-

mente reconocidos. De donde se sigue que puede negarse á una corporación el derecho de propiedad sobre un inmueble sin atribuir este derecho de propiedad á otro sujeto determinado, sino limitándose á la simple condición de entidad moral no reconocida en el sujeto á quien el derecho se niega. Esta condición del sujeto es incompatible con el derecho de propiedad; y la negación de derecho aquí es también formal, resolviéndose en la afirmación de una condición positiva. Así, cuando se impugna un derecho testamentario por la falta de una condición exigida para la validez del testamento, se afirma en conclusión la existencia de un vicio material, una condición positiva, incompatible con la transmisión testamentaria del derecho; y aun en este caso, la negación del derecho testamentario de otro es siempre negación formal, resolviéndose de un modo inmediato en la afirmación de una condición positiva, incompatible con aquel derecho.

Siempre, pues, y de cualquier modo, las negaciones de *cualidad*, como las de *derecho*, son negaciones formales.

Las negaciones de *hecho*, por el contrario, pueden ser formales y sustanciales: son *formales* cuando no se niega un hecho más que porque, de un modo inmediato, se admite otro en su lugar; son *sustanciales* cuando se niega un hecho admitiendo la inercia y la nada en su lugar.

Volviendo á lo que decíamos, el principio lógico no se refiere más que á las verdaderas negaciones; y las verdaderas negaciones son tan sólo las negaciones *sustanciales* de hecho. Las negaciones *formales* son tan fácilmente probables como los asertos positivos que contienen; no hay, pues, razón para eximir las de la prueba.

Pero aquí se ofrece una dificultad: hay negaciones formales que son improbables; ¿cómo se explica esto? Si las negaciones formales tienen siempre la facilidad de la prueba de las afirmaciones que contienen, no deberían ser negaciones formales difícilmente probables. Es necesario hacer ahora una observación complementaria.

Las negaciones formales improbables son negaciones *indefinidas*. Ahora bien; es preciso fijarse en qué en las negaciones indefinidas la dificultad de la prueba no deriva de su *forma negativa*, sino de lo indefinido de su contenido. Y es esto tan cierto, que todas las afirmaciones aun las *sustancial* y *formalmente* positiva, aunque indefinidas, son siempre y del propio modo improbables. Tanto quien dice: Yo no he puesto jamás los pies en ese camino; como quien dice: Yo he traído siempre este amuleto al cuello; no pueden proporcionar la prueba de la propia aseveración. Se necesitaría haber tenido testigos invisibles toda la vida, tomando nota de todo aquello que nos toca para llegar á la prueba de la indefinida negación del primero ó de la indefinida afirmación del segundo.

Pero hay una diferencia entre la afirmación (que comprende la negación simplemente formal) indefinida, y la negativa sustancial indefinida. La *existencia* de un hecho dado en momentos diversos autoriza á presumirlo en los momentos intermedios; así, de la afirmativa indefinida puede darse una prueba que luego se completa con las presunciones. Pero no ocurre lo mismo con la negativa sustancial indefinida. La *no existencia* de un hecho en diversos momentos no autoriza á presumir su no existencia en los momentos intermedios cuando el hecho podía en tales momentos realizarse. De un *estado positivo comprobado* en dos momen-

tos sucesivos, es lógico suponer la continuación en los momentos intermedios. El *estado sustancialmente negativo*, por el contrario, no tiene continuidad, como no tiene existencia. Probando que en múltiples y diversos momentos de su vida Ticio ha llevado puesto el amuleto, será lícito suponer que lo habrá llevado en los momentos intermedios; mas con haber probado que Ticio, aunque sea en mil momentos de su vida, no ha pasado por un camino, no será lícito suponer que nunca debió pasar por él.

Resumamos la teoría acerca del peso de la prueba y veamos la última determinación.

El principio supremo, regulador de la obligación de la prueba es el ontológico: lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba. Este principio se funda en que lo ordinario, como tal, se presenta desde luego por sí mismo, con un elemento de prueba que se apoya en la experiencia común, mientras lo extraordinario se presenta, por el contrario, destituido de todo lejano principio de prueba; siendo esto lo que hace correr la obligación de probar á cargo de lo extraordinario cuando se ofrece en antítesis con lo ordinario.

El principio *lógico*, que ante los asertos positivo y negativo, por encontrar más fácilmente probable el primero, pone á su cargo la prueba, es un principio que tiene valor en cuanto se refiere á las verdaderas negaciones, cuales son las negaciones sustanciales.

Ahora, como complemento y determinación de la teoría, es preciso notar que el principio lógico está subordinado al ontológico. El lógico no tiene eficacia reguladora sobre las pruebas más que cuando se trata de dos afirmaciones, una positiva y otra negativa, pero por igual ordinarias ó extraordinarias. En caso

de conflicto entre los dos principios, debe prevalecer el ontológico. Es conveniente aclarar este punto.

El caso de conflicto entre los dos principios ocurre cuando el hecho negativo es extraordinario y el positivo ordinario: el conflicto está en que, siendo *extraordinario* el hecho negativo, por el principio ontológico el negativo es el que debe comenzar á probar por lo de extraordinario: mientras, según el lógico, siendo *positivo* el hecho ordinario, á éste corresponde la obligación de la prueba por lo de positivo. En tal caso de conflicto, el principio lógico es el que debe ceder al ontológico. Veamos por qué.

El principio lógico tiene su fundamento en que el aserto negativo es menos fácilmente probable que el positivo: y así, entre dos asertos de *igual credibilidad*, el uno más fácilmente probable y el otro menos, parece natural imponer la obligación de la prueba al más fácil, que es el positivo. Pero todo esto se entiende siempre en el supuesto de que uno y otro aserto se presenten *igualmente no probados*. Ahora, cuando el hecho negativo es extraordinario y el positivo ordinario, resultando el conflicto, en cuanto el hecho positivo como *ordinario* se presenta ya con un principio de prueba (la afirmación de la común experiencia) y el negativo como *extraordinario* se presenta destituido de todo principio probatorio, entonces se entiende que el aserto negativo, aunque menos fácilmente probable, por presentarse *sin prueba alguna*, debe comenzar á probar si quiere tener fuerza para contradecir al positivo, que se presenta *ya con un principio de prueba*:

Suponed que la imputación tiene por causa un delito de omisión: se imputa á una madre la muerte de su hijo por haberse negado á amamantarle. El acusador dice á la madre: no has dado de mamar intencional-

mente á tu hijo. Y la madre contesta: sí le he dado. La afirmación de la madre es positiva, el aserto del acusador es negativo; según el principio lógico, correspondería á la madre la obligación de probar. Pero atendiendo á que el hecho afirmado por la madre es ordinario y el del acusador extraordinario, en realidad es á éste á quien corresponde la obligación de la prueba, en virtud de la superioridad del principio ontológico.

He aquí, en nuestro concepto, determinada genéricamente la teoría del objeto de la prueba. Pasemos ahora á su aplicación práctica en el desarrollo del debate judicial, y más especialmente en el juicio penal.

Lo ordinario en los hombres es la inocencia, por lo cual se presume, correspondiendo á la acusación la obligación de la prueba en el juicio penal. Es preciso, sin embargo, aclarar esta presunción de la inocencia, determinando su contenido.

*Quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur*: he ahí el célebre principio que ha servido para demostrar la obligación de la prueba á cargo del acusador. Pero ¿cómo se ha de entender esta presunción de bondad? ¿Será la misma presunción de inocencia de que hablamos? El hombre, ¿se presumirá inocente porque debe presumirse bueno? Realmente, se necesita una gran dosis de optimismo para aceptar en su plenitud esta presunción de bondad. Semejante presunción, tomada tal como queda formulada, y llevada á sus consecuencias, lleva á presumir, no sólo que el hombre no incurre en conscientes acciones ú omisiones contrarias á la bondad, sino que también realiza todos los actos buenos de que se siente capaz. En cuanto al lado positivo de la presunción, esto es, en cuanto á presumir que el hombre realice todos los

actos buenos de que se siente capaz, aun los más optimistas vacilarían: no siendo éste, por lo demás, el lado en virtud del cual se hace valer la presunción en el problema probatorio. Pero ¿será quizá verdadera la presunción en su lado negativo, que lleva á creer que el hombre no incurre en acciones ú omisiones contrarias á la bondad? ¿Será acaso verdad que el hombre no comete ordinariamente acciones criminosas? ¡Ah! Lo mismo por el lado positivo que por el negativo, la triste apariencia del mundo nos advierte la falsedad de la presunción. No soy pesimista; pero una ojeada, por rápida que sea, sobre la vida, tal cual es, hace caer por tierra todas las sonrosadas ilusiones sobre la bondad del hombre; la vida humana, llena de deseos vehementes, de pasiones insaciables, de luchas sin tregua, entre hombres y hombres; la vida humana, digo, no es jardín donde de ordinario florezcan los actos buenos. Si el hombre naturalmente nace bueno, lo que se llama el mundo, influyendo en él, le despoja, bien sea del noble entusiasmo, bien de un sentimiento filantrópico ó de una virtud modesta, para dejar tan sólo el *hombre de mundo*, seco y frío. La experiencia, pues, no nos permite aceptar esta indeterminada presunción de la bondad humana, aun entendida en su aspecto negativo, según el cual se presume que el hombre no realiza actos ilícitos.

Pero todo esto puede sostenerse en cuanto se trata de los actos en general conscientemente contrarios á la bondad: pues si por acciones ilícitas se entienden las *criminosas*, entonces la presunción no es ya una ilusión de optimista, sino una firme observación de estadista. La experiencia nos muestra que son, afortunadamente, mucho más numerosos los hombres que no cometen delitos que los que los cometen: la expe-

riencia nos afirma de este modo que el hombre no comete ordinariamente actos criminosos, que el hombre es de ordinario inocente; y como lo ordinario se presume, de ahí que se presuma la inocencia. Y he aquí á qué se reduce la indeterminada é inexacta presunción de bondad, cuando se quiere encerrar en un límite razonable. No se trata, pues, de presunción de bondad; hablamos de presunción de inocencia, presunción negativa de acciones y de omisiones criminosas. El hombre, en el mayor número de casos, no comete actos criminales, el hombre es de ordinario inocente; por tanto, la inocencia se presume. La presunción de inocencia no es, según esto, más que una especialización de la gran presunción general, por la que lo ordinario se presume. Y como según el principio ontológico, presumiéndose lo ordinario, lo extraordinario es lo que debe probarse, infiérese que, abierto el debate judicial penal, á la acusación corresponde la obligación de la prueba.

En cuanto al principio lógico, hemos demostrado que debe ceder siempre ante el ontológico, en caso de conflicto. Pero conviene advertir que de ordinario, ó concurre con aquél armónicamente, ó no tiene influjo en la materia. Aparte el caso de los raros delitos de omisión, en los cuales, como vimos, ocurre el conflicto indicado, en los otros delitos el aserto del acusado no es más que una negación. Ahora bien; esta negación ordinariamente es sustancial, y, frecuentemente, indefinida, y entonces el principio lógico concurre con el ontológico á poner á cargo del que acusa el peso de la prueba. Cuando esta negación del acusado se presenta formal y definida, en ese caso, encontrándose la afirmación implícita del acusado frente á la explícita del acusador,—oposición de dos *afirmacio-*

nes,—el principio lógico, no tiene influjo alguno, imperando sólo para fijar el peso de la prueba el ontológico.

De todas suertes, sea cual fuere el influjo del principio lógico, es siempre accesorio para determinar la obligación de la prueba, debiendo subordinarse siempre al principio ontológico, que es el principio supremo del peso de la prueba.

Ahora, el principio ontológico pone á cargo del que acusa el peso de la prueba, en cuanto considera los dos asertos contrarios, del acusador y del acusado, antes de desenvolverse las pruebas. Pero desde el momento en que el acusador ha desenvuelto las suyas, si el acusado, en contra del aserto del primero, se limita á una simple afirmación contraria, no hace más que contraponer una *afirmación no probada* á una *afirmación probada*, y como la probada tiene derecho á ser tenida por verdadera con preferencia á la no probada, la presunción de verdad está en este segundo momento á favor del acusador, y la obligación de probar recae en el acusado.

Dentro de estos límites va implícita la *presunción del dolo*, de que se trata en la crítica criminal. Lo ordinario en los hombres, cuando obran, es saber la naturaleza de los propios actos y la meta á que se encaminan. Ahora bien; si mientras el hombre, sin referirse á acción alguna, se presume inocente, desde el momento en que está probado que ha realizado un acto que tiene exterioridad criminosa, se le presume reo en cuanto se le presume conscio de la propia naturaleza de la acción, la cual *in se dolum habet*. Esta presunción de dolo no es más que una presunción *juris tantum*, que encuentra su justificación en la exterioridad criminosa de la acción ya probada, en cuan-

to *res ipsa in se dolum habet*, ó, en otros términos, en cuanto el hecho material criminoso, por sí mismo, no se presenta susceptible sino de una intención dolosa. Así, pues, cuando frente á la acción criminoso probada, el acusado se limita á negar este dolo, contraponé á una afirmación probada una no probada y que debe probar. No debe, sin embargo, olvidarse que la obligación de probar se entiende siempre de un modo limitadísimo para los límites de la defensa penal. Si la prueba de la acusación para tener consecuencias jurídicas, debía llevar á la *certeza* de la delincuencia, las de la defensa producen su efecto cuando logran impedir tal certeza, lo cual se consigue con producir simplemente la *credibilidad* de lo favorable.

Antes de pasar adelante, no creemos inútil, desde el punto de vista general del problema que examinamos, tomar en cuenta una objeción que se ha hecho.

Ha dicho Pedro Ellero, que en lo penal *corresponde al juez la obligación de las pruebas*, porque en el juicio penal debe procurar alcanzar la verdad sustancial, que es el fin supremo de todo procedimiento penal, y que, en su virtud, es un modo impropio tomado del derecho civil, decir que tal obligación recae en el acusado y en el acusador (1).

Con todo el respeto debido al egregio pensador, parécenos que está equivocado. Si se consideran las pruebas en el procedimiento de la instrucción, se comprende que no puede hablarse de obligación de probar por parte del acusado ni del acusador; en el período de la instrucción es *obligación del instructor* la investigación de la verdad por todos los medios, tanto con las pruebas favorables como con las contrarias al acusa-

---

(1) *De la certidumbre en los juicios criminales*, xxxviii y xxxix.

do; pero no debemos referir el problema del peso de la prueba á este momento. Si consideramos la prueba en el momento en que va á servir de base á la sentencia judicial condenatoria, se comprende el juez tiene también la *obligación de la prueba* en que ha de fundar su decisión; siendo esto cierto lo mismo en lo civil que en lo penal, salvo la diferencia de que en lo civil basta llegar por la prueba á la verdad formal, y en lo penal se exige la verdad sustancial. Por esto, el problema del peso de la prueba no se refiere tampoco al momento de la sentencia. Mas cuando se habla de un modo general del peso de la prueba en el juicio penal, se habla de la obligación de *producirla* para sostener una afirmación dada. Ahora, abierto el juicio penal, habrá siempre por modo necesario una imputación de un delito, y en su virtud un acusador y un acusado, y también un aserto acusador y un aserto eventual defensivo; á estas dos afirmaciones es á las que se refiere el problema del peso de la prueba, al efecto de resolver cuál de las dos debe probar primero. En este caso nunca podrá decirse que la obligación de probar incumba al juez que debe sentenciar: el juez, como tal, no afirma nada; debe juzgar antes los diferentes asertos y las diversas pruebas; su obligación como juez, en el momento de la producción de las pruebas, se limita á acoger todo aquello que pueda llevarlo á la verdad judicial, fin supremo de todo procedimiento. No es, pues, erróneo hablar aquí de pruebas que incumben al acusador y pruebas que incumben al acusado.

Volviendo á lo que decíamos, repetimos, en conclusión, que la inocencia se presume, por lo que en el juicio penal incumbe la prueba al acusador. La presunción de inocencia, pues, en cuanto determina la obligación

de la prueba en el juicio penal, no es más que una deducción de aquel principio ontológico que presentamos como supremo para el peso de la prueba.

Este principio, precisamente por ser supremo, tiene valor hasta en lo civil para determinar el peso de la probanza. Planteado un litigio civil, el actor no puede desde un punto de vista muy general, proponerse más que, ó la impugnación de un derecho gozado por el demandado, ó la aseveración de una obligación de éste. Ahora bien; la experiencia nos dice que son más los derechos que se gozan legítimamente que no los gozados de un modo ilegítimo; ó, en otros términos, que en *la mayoría de los casos*, los derechos gozados por una persona los goza de un modo legítimo, siendo así lo *ordinario* que se goce de un derecho que nos corresponde, y lo *extraordinario* que se goce de un derecho que no se tiene. La experiencia nos dice también que es mayor el número de las obligaciones reconocidas y cumplidas extrajudicialmente, que el de las reconocidas y cumplidas judicialmente, ó, en otros términos, que en *la mayoría de los casos* las obligaciones se reconocen y cumplen, sin necesidad de recurrir al juicio, por lo que el reconocimiento sin litigio judicial es *ordinario* y el no reconocimiento es *extraordinario*. De donde se deriva que el actor que impugna un derecho que goza el demandado, el actor que pide judicialmente el reconocimiento y el cumplimiento de una obligación, no hace sino afirmar un estado de cosas contrario al que resulta corriente de ordinario, ó sea un estado de cosas *extraordinario*; por lo que le incumbe la prueba, ya que la presunción favorece al demandado. Este punto de vista me parece claro y determinado, hasta poder admitir la máxima romana: *onus probandi incumbit actori*.

Bentham pretendió rechazar esta máxima, considerando que las causas ganadas por los actores están en una proporción muy superior á las ganadas por los demandados, indicio de que éstos eran menos dignos de crédito, por lo que debiera incumbirles el deber de la prueba. Pero el agudo ingenio del filósofo inglés no tenía en cuenta que si los litigios ganados por los actores son más numerosos, débese á la obligación que tienen de probar su pretensión, obligación que hace que no se sea actor en juicio no teniendo fundamentos suficientes para probar la demanda. Si la obligación de la prueba se pusiera á cargo del demandado, pronto se verían surgir verdaderas nubes de actores temerarios; y entonces la estadística cambiaría los términos, acusando mayor número de litigios ganados por los demandados. Su argumento, pues, no tiene valor contra el principio por el cual se impone el peso de la prueba al actor.

La doctrina expuesta, como hemos visto, tiene una amplia aplicación en materia penal, referida al acusador.

Pero la máxima *probatio incumbit actori* considera los dos asertos contrarios, antes de toda prueba, y determina á cuál de ellos corresponde probar. Ahora, cuando el actor ha formulado sus pruebas en pro de su aserto, el demandado, que contrapone una simple negación, limitase á producir un *aserto no probado* á otro *probado*; y como el aserto probado tiene derecho á ser tenido por verdadero con preferencia al no probado, la presunción de verdad está ya en favor del actor, por lo que la obligación de la prueba queda á cargo del demandado: *reus excipiendo fit actor*.

Pero esta segunda máxima tiene un valor distinto en lo civil y en lo penal. El demandado que opone una

excepción á la acción contraria, tiene la obligación de una prueba completa de su excepción, ó á lo menos de una prueba superior á la de la acción que rechaza. En cambio, el acusado que opone una justificación ó una excusa, no tiene la obligación de la prueba completa; bástale haber hecho creíble su afirmación: aun cuando la prueba de la defensa sea inferior á la de la acusación, con que llegue á hacer creíble la propuesta justificación ó excusa, triunfa. Por lo que, para evitar confusiones, lo mejor es no hablar de excepciones en materia penal.

## TERCERA PARTE

---

División objetiva de las pruebas.

PRUEBA DIRECTA.—PRUEBA INDIRECTA

## INDICE DE LA TERCERA PARTE

---

CAPÍTULO I.—Prueba directa é indirecta.

CAP. II.—De la prueba directa.

CAP. III.—De la prueba indirecta. Su naturaleza y clasificación.

Título 1.º—Presunción.

Tít. 2.º—Indicio.

Párrafo 1.º del tit. 2.º—Del indicio en general.

Pár. 2.º del tit. 2.º—Indicios particulares.

Artículo 1.º—Indicio causal de la capacidad intelectual y física para delinquir.

Art. 2.º—Indicio causal de la capacidad moral para delinquir en virtud de la disposición genérica del ánimo de la persona.

Art. 3.º—Indicio causal de la capacidad moral para delinquir por un impulso particular hacia el delito.

Art. 4.º—Indicio de efectos por las huellas materiales del delito.

Art. 5.º—Indicio de efectos por las huellas morales del delito.

CAP. IV.—Pruebas indirectas *juris et de jure*.

## CAPITULO I

### **Prueba directa é indirecta.**

La prueba no hace sino reflejar en el espíritu humano la verdad objetiva; por medio de ella llegamos á la posesión de la verdad. La cosa que prueba, y la persona que prueba, reflejando en nuestro espíritu su relación con la verdad, nos hacen percibir ésta. Por lo que en la relación de la prueba con lo probado descansa el contenido ú objeto de la prueba, contenido y objeto que es la sustancia de la misma. En vista de esto, debe resultar natural que en el estudio especial de la prueba se atienda á los modos de su naturaleza objetiva; tal es, en definitiva, el criterio sustancial de la prueba.

Mas para que este criterio sustancial no se pierda en lo indeterminado, es preciso comenzar por precisar-lo. ¿En qué consiste propiamente este criterio sustancial y objetivo, á que es necesario referirse para la primera clasificación de las pruebas?

Cuando se habla de sustancia de las pruebas, no se habla de la relación de la prueba con la verdad abstracta, ó con una verdad concreta cualquiera de cuya averiguación no se trate, no; se habla de la relación determinada de la prueba concreta con la verdad con-

creta que se quiere investigar. Las pruebas, pues, como tales, al clasificarlas en cuanto al objeto, se consideran respecto de la *verdad concreta que se quiere averiguar*, y al servicio de la que están llamadas á funcionar las pruebas. En esta relación de la pruebas con la verdad que se quiere averiguar, es en donde descansa su criterio objetivo, el cual sirve para clasificarlas según su naturaleza sustancial.

Es preciso ahora determinar, ante todo, cual es la verdad á cuya averiguación se atiende, para luego pasar á la relación concreta que puede tener la prueba con aquella verdad determinada, y determinar así la varia naturaleza de la prueba, con respecto al objeto.

Fácil es determinar lo que, en particular, se conceptúa como verdad que ha de investigarse en la crítica criminal. Todos sabemos que el juicio criminal puede referirse tanto á la afirmación de la delincuencia cuanto á la de la inocencia del acusado. Pero la afirmación de la inocencia sólo demuestra lo innecesario de la iniciación del juicio; ya que el juicio penal no se inicia ciertamente á fin de afirmar la inocencia de un hombre, por placer de mostrar que no es sospechoso de crimosidad. Si á este fin académico se encaminase el juicio, sería preciso, para todo delito de autor desconocido, verificar tantos juicios cuantos son los componentes de la sociedad, si no hubiera sospecha contra ninguno en particular, ó cuantos fueren los sospechosos, si los hubiere; dando de ese modo á cada uno la amarga satisfacción de verse proclamado inocente, después de haber sufrido todas las precedentes é inevitables vejaciones.

El juicio penal no se inicia sino en la creencia de poder llegar á la averiguación de la delincuencia para

que la justicia se haga. La verdad, pues, que se procura averiguar en el juicio criminal es el *delito*; y la crítica criminal atiende precisamente á determinar las reglas lógicas para que la certeza del delito sea, hasta donde quepa, no errónea, sino correspondiente á la verdad objetiva; todos los grandes problemas de crítica criminal no tienen por objeto más que las pruebas y la averiguación de la delincuencia.

En su virtud, al examinar y clasificar las pruebas según su contenido, van éstas referidas en la crítica criminal, como á su punto fijo, al *delito*, que es la verdad particular que se quiere averiguar mediante el juicio.

Esto sentado, la prueba puede *referirse, como á objeto inmediato*, al delito, aunque sea á un elemento mínimo de él, ó puede *consistir* en el mismo elemento criminoso, en cuyo caso se llama *directa*. Puede también la prueba *referirse, como á objeto inmediato, á una cosa distinta* del delito, de la cual, por raciocinio lógico, se va al delito, refiriéndose por ello á éste *mediatamente*, ó puede directamente *consistir* en dicha cosa distinta, y entonces la prueba se llama *indirecta*.

He dividido la hipótesis de las condiciones constitutivas, tanto de la prueba directa como de la indirecta, para dar completa la noción, teniendo en cuenta la distinta naturaleza subjetiva de las pruebas, según su naturaleza personal ó real.

La primera fórmula de la hipótesis, que considera que la prueba tiene *por objeto inmediato* el delito ó una cosa distinta del delito, se refiere á la categoría de las pruebas *personales*. Un testigo se presenta á declarar, y dice haber visto á Ticio matar á Cayo: el homicidio, que es el que resulta propia y directamente atestiguado, *es objeto* inmediato de la deposi-

ción: he ahí una prueba personal directa. Por el contrario, el testigo dice haber visto á Ticio huir, poco después de haberse cometido el homicidio. La fuga de Ticio que *es objeto* inmediato de la deposición, es una cosa distinta del delito, lo cual sirve para inducirle: he ahí una prueba personal indirecta.

La segunda fórmula, esto es, la del caso en que la prueba *consista* en un elemento criminoso, ó en una cosa distinta del delito, refiérese á las pruebas *reales*. La letra de cambio falsificada, presentada en juicio, es una prueba que no *tiene por objeto* inmediato el delito, sino que *consiste* en el *delito*, ó propiamente en aquel elemento del mismo que pronto especificaremos con el nombre de evento material criminoso: he ahí cómo se concreta la *dirección* de la prueba *real*. El temblor que se apodera, por ejemplo, del acusado, en la sala de audiencia, á la vista del vestido del muerto, no es una prueba que *tiene por objeto* inmediato una cosa distinta del delito, sino una prueba que *consiste* en una cosa distinta de él, y de la cual se arguye el mismo: he ahí de qué manera se concreta lo *indirecto* de la prueba *real*.

Esta distinción objetiva de la prueba *directa* é *indirecta*, que se compara con la distinción entre prueba *no artificial* y *artificial*, aunque se remonta á los más antiguos escritores, me parece que no siempre ha sido tenida en cuenta como es debido, ni ha sido clara y exactamente determinada.

En [muchos libros de crítica criminal esta distinción se encuentra comprendida entre otras cien distinciones sin importancia, lo que hace suponer que, si se le da su justo valor, no se le asigna su verdadero puesto, toda vez que no se la considera con el detenimiento que pide.

Algunos, además, al hablar de prueba directa é indirecta, han llegado á no estimar como directa más que la prueba de *todo el delito*, como si fuese posible demostrar éste con una sola prueba. Supongamos que un testigo haya visto desarrollarse toda la acción criminal: Ticio vió matar á Cayo. ¿Será, por ventura, esta una prueba de *todo* el delito? ¿No se necesita ninguna otra prueba? Aun cuando otra cosa no fuese, sería preciso determinar la intención criminal mediante presunciones que, como luego veremos, son también pruebas, aunque indirectas. Y el cadáver mismo, ¿no será preciso que resulte comprobado por los peritos? ¿Será necesario contentarse con la palabra del testigo, y no pedir ninguna otra prueba del evento homicida? Cayo pudo caer muerto, no en virtud de la herida, sino de un aneurisma, ó bien, no por la sola herida, sino por el concurso de una concausa cualquiera orgánica: todo lo cual el testigo ordinario ni lo sabe ni lo puede saber. El testimonio de Ticio, aun cuando satisfactorio, no es, pues, una prueba completa: no es prueba de todo el delito; por tanto, al tenor de la opinión antes indicada, no será una prueba *directa*. Semejante noción, como se ve, rechaza toda posibilidad de pruebas directas: equivale á decir que no las hay, pues en realidad no las hay en tal sentido. Para nosotros es prueba directa la que tiene *su objeto inmediato*, ó que *consiste*, aunque sea en un elemento mínimo y fraccionario del delito.

Otros escritores, después de haber distinguido las pruebas en directas é indirectas, han llegado á decir que son directas el *testimonio*, la *confesión* y el *documento*; é indirecta el *indicio*, habiendo la jurisprudencia adoptado frecuentemente este lenguaje. Lo que con esto se hace es, demostrar que no hay concepto al-

gundo exacto de lo que es prueba directa y de lo que es la indirecta: no se ha pensado en que el *testimonio*, la *confesión* y el *documento* son clasificaciones formales de las pruebas, y que el *indicio* es término de las *sustanciales*; no se ha pensado, por consiguiente, en que las pruebas en *forma* testifical ó en *forma* documental, pueden tener como *contenido* tanto la prueba directa como el indicio.

Otros, por fin, han combatido decididamente esta distinción, atacándola en su raíz, mostrando que en la prueba llamada *artificial*, como en la *no artificial*, hace siempre falta del *artificio* de la razón para valuar la prueba. Y esto que parece una objeción contra la nomenclatura de *artificial* y *no artificial*, es algo más: es una objeción contra la importancia sustancial misma de la distinción, llámese como se quiera.

Abstracción hecha de esta precedente objeción, debemos de todas suertes, para salvar la integridad de las nociones de la prueba directa y de la indirecta, indagar de qué modo el juez debe proceder frente una y frente otra. Y hacemos esto con gusto, porque lo que diremos, no sólo será el complemento de la noción de la distinción indicada, sino la respuesta á la objeción expuesta.

Toda prueba tiene un sujeto y un objeto: el sujeto es la persona ó la cosa atestantes: el objeto la cosa atestada. Tanto el sujeto como el objeto, necesitan una apreciación especial. Cuando por medio de las pruebas el espíritu humano quiere alcanzar la certeza de un hecho, necesita primero apreciar la credibilidad subjetiva de las pruebas, y luego su eficacia objetiva. Hablaremos por separado de cada una de estas apreciaciones, comenzando por la subjetiva.

Una persona ó una cosa se presenta para aseverar

ó certificar en juicio. Es preciso comenzar por apreciar la credibilidad de este sujeto personal ó real de la prueba; credibilidad que consiste en la relación entre el sujeto testificante y lo aseverado; relación de veracidad ó de mentira (*mendacità*) entre la persona y su atestación, de verdad ó de falsedad entre la *cosa* y sus posibles atestaciones.

Digo atestación respecto de la *persona* y posibles atestaciones respecto de la *cosa*, porque aquélla es siempre *univoca* y determinada, mientras éstas son por lo común *polivocas* (1) é indeterminadas, excepto cuando se trata de prueba real-directa, en la cual, atestante y atestado se identifican, adquiriendo la cualidad de univoca, respecto del elemento directamente probado; en cuyo caso de prueba real-directa, la condición de polivoca queda sólo respecto de los elementos criminosos no probados directamente con semejantes pruebas, la cual, con relación á ellos, es siempre indirecta y por tanto polivoca.

Ahora esta relación de veracidad ó de *mendacità* (como cualidad del sujeto que *miente*), entre la persona que testifica y lo que testifica, esta relación de verdad y de falsedad entre la cosa y lo que revela, esta credibilidad, en suma, del sujeto probatorio, necesita siempre ser apreciada en su valor por la razón, lo mismo cuando se trata de prueba directa que cuando se trata de la indirecta.

Tanto en el caso de que el testigo diga haber visto á Tacio matar á Cayo, como en el caso en que diga haber visto al primero huir poco después del momento del

---

(1) El autor inserta aquí una nota acerca del empleo de las palabras *univoco* y *univocità* y *polivoco* y *polivocità*, que no traducimos por no tener directa aplicación en la traducción presente. (N. del T.)

delito; tanto en el caso de la prueba *personal* directa, como en el segundo de la *personal* indirecta, es preciso apreciar, con la razón, la credibilidad del testigo, credibilidad que se deriva de su condición de veraz ó no veraz, y la cual consiste en que el testigo se haya ó no engañado y quiera ó no engañar, estableciendo esto la razón, mediante presunciones, de que hablaremos al tratar de las pruebas indirectas. Esto en cuanto á la apreciación del valor subjetivo de las pruebas *personales*, directas é indirectas.

En cuanto á las pruebas *reales*, ocurre lo mismo. Tanto en el caso de que, en un procedimiento por calumnia, se presente en juicio la querrela calumniosa escrita, cuanto en el de que, en un proceso por homicidio, se presente en juicio el puñal ensangrentado, encontrado en casa del acusado, caso de prueba *real-directa* el primero y de *real-indirecta* el segundo, es preciso apreciar la credibilidad subjetiva de la prueba real, credibilidad derivada de su verdad ó falsedad, y que la razón determina también por vía de presunciones.

La verdad de la prueba real, pues, consiste, ante todo, en la segura identidad de la cosa que prueba; *en cuanto á su sustancia*, la ausencia, en suma de dudas respecto de que la cosa que se presenta como prueba, es aquella que se cree, y no otra. Presentado un objeto encontrado en poder del acusado, y que se estime pertinente al efecto, es preciso estar cierto de que este objeto sea el del caso y no otro semejante; es preciso estar seguro de la identidad sustancial de tal objeto, para que pueda tener subjetivamente eficacia probatoria.

La verdad de la prueba real consiste también, en que la cosa que prueba no presente sospecha de ha-

ber sido falsificada, *en cuanto á sus modos*. La voz de de la cosa nunca puede ser falsa por sí misma; lo que hay es que como las cosas pueden hablarnos de diferentes maneras, no siempre se comprende cuál es la voz que, emanando de la cosa tal cual es, responde á lo verdadero. Pero si las cosas no pueden por sí mismas ser *falsas*, pueden ser *falsificadas* en sus modos, por obra del hombre, que puede imprimir maliciosamente en ellas una alteración ocasionada al engaño, respecto del lugar, del tiempo y de la manera de ser. La acusación calumniosa que á uno se imputa, pudo ser modificada hasta hacerla criminosa, v. gr., por un escribano ó secretario; el puñal ensangrentado encontrado cerca del acusado, pudo ser puesto allí y en aquella forma por un enemigo de éste, ó por el verdadero culpable, etc., etc.

Mas, ¿por qué al hablar de las modificaciones de las cosas como propias para la apreciación subjetiva de las pruebas reales, no tomamos en consideración más que la hipótesis de alteraciones maliciosas? Es preciso aclarar esto inmediatamente.

Las *cosas*, en virtud de la pasividad misma de su naturaleza, están normalmente sujetas á las modificaciones que en ellas imprimen las demás cosas y las personas; por esto precisamente es por lo que las *cosas* pueden funcionar como pruebas. Todas estas modificaciones normales, no producidas con un fin de falsear, ni alterar lo genuino y auténtico de las cosas que deban ser examinadas en la apreciación subjetiva, entran más bien en el estudio objetivo de la prueba real, toda vez que mediante él es como debe examinarse si las aparentes modificaciones están ó no ligadas al delito, y pueden ó no guiar en su descubrimiento.

Lo que no es normal en la vida de las cosas, lo

que toca á esa *subjetividad* natural, es su alteración, verificada con el fin de falsear su significación, al efecto de viciar el juicio de quien toma las cosas como elementos probatorios, en suma, su *falsificación*. He aquí por qué, al hablar de la apreciación subjetiva de las cosas, nos referimos á las alteraciones maliciosas, y no á las casuales y no maliciosas.

Por lo que llevamos dicho acerca de la verdad de las pruebas reales, se ve que la apreciación subjetiva de las mismas tiene un campo limitadísimo, y una importancia mucho menor que la de las pruebas personales. La poca importancia de la apreciación indicada de las primeras, resulta más clara con sólo pensar que la posesión judicial de las cosas, para hacerlas funcionar como pruebas, se verifica casi siempre inmediatamente después del delito, asegurándose de paso su identidad, y sustrayéndolas á la facilidad de su falsificación, por medio de las diversas garantías con que pueden rodearse.

Volviendo al asunto principal, lo que nos importaba demostrar es que, tanto en la hipótesis de las pruebas personales como en la de las reales, la prueba directa y la indirecta exigen de algún modo el arte lógico para su apreciación subjetiva. Hasta aquí no hay, como se ve, diferencias entre una y otra clase de pruebas.

Pasemos al examen de la apreciación *objetiva*, esto es, de lo relativo al contenido de la prueba. Aquí está la diferencia no advertida por los contradictores. Veamos analíticamente esta diferencia: primero, entre prueba personal directa y prueba personal indirecta; luego, entre prueba real directa y prueba real indirecta.

Empezaremos por la *personal*. Un testigo se presenta á declarar en juicio, y dice haber visto á Ticio dis-

parar una escopeta contra Cayo. Frente á esta prueba personal directa del disparo, cuando el juez se ha fijado ya por argumentación lógica, la credibilidad del testigo, no puede afirmar el contenido del testimonio. El disparo de la escopeta contra Cayo, materialidad criminosa que se contiene en el testimonio, está afirmado espontánea, directa, naturalmente, sin esfuerzo alguno del raciocinio, desde el momento en que se admite que el testigo merece crédito. Cuando, en virtud de la apreciación subjetiva, se ha llegado á admitir la veracidad de la atestación directa, la verdad de lo declarado, que es á lo que se dirige la apreciación objetiva, debe admitirse por consecuencia imprescindible, sin esfuerzo del raciocinio.

Mas no ocurre esto cuando se trata de prueba indirecta. Prosigamos el estudio de la prueba personal. Un testigo se presenta en juicio y declara haber visto al acusado huir en el día tantos, á tal hora. Después de haber sentado el crédito merecido del testigo, y después de haberse admitido la verdad de la fuga, que es la cosa inmediatamente probada, no se ha hecho nada relativo á la eficacia última de la prueba, esto es, respecto del delito que quiere averiguarse. Es necesaria una segunda apreciación; la objetiva, la de la relación que el hecho de la fuga tiene con el delito; es preciso que la razón, habida cuenta de las condiciones personales del acusado y las del tiempo y lugar, llegue á sentar, mediante obra del raciocinio, que la fuga es indicio del delito cometido. He ahí cómo la razón necesita, en la prueba indirecta, hacer un segundo trabajo, innecesario en la directa, esto es, el trabajo de la eficacia objetiva.

Pasemos ya á examinar la diferencia de apreciación objetiva entre prueba directa y prueba indirecta real.

En una causa por libelo injurioso, se presenta en juicio el escrito criminoso. En cuanto á la materialidad del delito, materialidad de *que es prueba directa el escrito* presentado, ¿es preciso trabajo alguno del raciocinio para alcanzar la certeza? No, en ese caso la cosa que prueba y lo que prueba es todo uno; la fuerza de la prueba aquí consiste en la percepción del escrito, y no en argumentos de la razón; la eficacia objetiva de esta prueba, *en cuanto es directa*, no resulta sino de la afirmación pura y simple de lo percibido.

Es muy distinto el caso de la apreciación objetiva en la prueba real indirecta. Un hombre ha sido encontrado muerto á cuchillo, en un campo cuyo terreno es cretáceo. En casa del acusado se han encontrado los zapatos del mismo manchados de fango análogo al del terreno; los zapatos se han llevado al juicio. He aquí una prueba real indirecta. Los zapatos manchados que se quiere sirvan para averiguar el delito, son una cosa muy distinta del delito; aquí la cosa que prueba no puede relacionarse con la probada, sino mediante un trabajo de raciocinio. Es preciso comenzar rechazando todas las hipótesis que puedan explicar no criminosamente aquél fango de los zapatos del acusado; es preciso, por ejemplo, rechazar la hipótesis de que éste haya podido pasar por aquél terreno antes del delito, ó bien que haya pasado después, ó que haya pasado por otro terreno de la misma clase, etc., etc. Sólo después de haber puesto á un lado, con argumentación lógica, todas las respuestas no criminosas, puede la razón encontrar el lazo de unión que aquella prueba tiene *indirectamente* con el delito; la eficacia objetiva, pues, de esta especie de pruebas, no puede afirmarse sino mediante labor de raciocinio.

En suma: si desde el punto de vista de la aprecia-

ción subjetiva de las pruebas, no hay diferencia entre prueba directa y prueba indirecta, porque la razón aplica su actividad de igual modo respecto de ambas; en cambio, desde el punto de vista de la apreciación objetiva, hay grandísima diferencia entre una y otra. Con la simple percepción de la prueba directa se afirma la eficacia objetiva; no puede afirmarse la eficacia de la prueba indirecta sino pasando, por obra del raciocinio, de su percepción á la del delito.

De cuanto dejamos dicho acerca de la diversa participación de la razón en la apreciación del valor de la prueba, resulta claramente la superioridad de la directa en general sobre la indirecta, puesto que la primera, dada su natural eficacia objetiva, por la mayor facilidad con que cabe apreciarla, es menos ocasionada á errores que la segunda. Yo creo especialmente que la prueba *directa real* es superior á la *directa personal*, en cuanto que, según hemos visto, la apreciación subjetiva es menos ardua respecto de las reales que de las personales. Por esta misma razón las pruebas indirectas reales son superiores á las *indirectas personales*.

Resumiendo ya; después de haber determinado el concepto de la distinción de las pruebas en directas é indirectas, desde el punto de vista de las diferencias ontológicas entre unas y otras, hemos pasado á determinar el concepto desde el punto de vista de las diferencias lógicas, derivadas del diverso modo de intervenir la razón en la apreciación del valor de las mismas: de este modo hemos podido completar la noción diferencial de esta distinción. Réstanos ahora hacer una observación complementaria.

No habiendo hablado hasta aquí más que de las diferencias que existen entre lo que llamamos pruebas

directas y las llamadas indirectas, puede, naturalmente, presentarse una duda al espíritu del lector: ¿estas dos especies de pruebas están siempre separadas entre sí de un modo radical sin mezcla alguna? No juzgo inútil decir á este propósito unas palabras.

Según lo ya dicho, cuando hablábamos de la prueba directa, no entendíamos hablar de la prueba inmediata de *todo* el delito; para nosotros es prueba directa la inmediata, aunque lo sea respecto de una mínima fracción de elemento criminoso. Ahora bien; esto supuesto, como las fracciones de un elemento criminoso tienen una natural relación entre sí, síguese de aquí, que mediante argumentos lógicos, puede pasarse de una fracción á otra, y que, por tanto, la prueba inmediata de una fracción de elemento criminoso, funciona como prueba mediata de otras fracciones, y así, la prueba directa relativa á una parte, es á un mismo tiempo indirecta con relación á otra de un mismo elemento criminoso. Y esto que decimos respecto de las fracciones de un mismo elemento criminoso, es verdad también con relación al elemento entero, respecto de los demás elementos. Ya analizaremos en el capítulo especial sobre las pruebas directas cuáles son los diversos elementos criminosos, de cuya certeza resulta la certeza del delito; conviene advertir ahora que estos elementos tienen también una relación natural entre sí, relación natural que los refiere á la unidad del delito, y que hace posible el paso de uno á otro, mediante argumentación lógica: con lo cual se comprende de qué modo la prueba directa en cuanto á un elemento del delito, puede ser indirecta en cuanto á otro.

Así, pues, en la prueba de todo el delito, no hay prueba directa que no se presente con una mezcla de in-

directa. Un testigo, por ejemplo, declara haber presenciado el origen de una reyerta entre Ticio y otros, de una parte, y Sempronio y otros, de otra; añade que en tal momento vió á Ticio sacar un puñal, habiendo huido entonces, por lo que nada más sabe. 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 le ha visto herir. La prueba directa de lo primero, sirve como indirecta para lo segundo; la prueba directa de una fracción de acción, es indirecta del resto del elemento criminoso. Otro ejemplo: Ticio ha desaparecido; Cayo ha visto á Sempronio herirle en una riña, con un cuchillo; nada más ha visto, pues huyó. Esta prueba directa de la *acción* criminoso, que es uno de los elementos del delito, puede servir de indicio de otro elemento, del *evento* homicida, que á Sempronio se imputa. Otro ejemplo más: Ticio aparece muerto y hecho pedazos; el examen pericial anatómico del cadáver, comprobación directa del hecho criminoso, puede servir para indicar indirectamente la persona del delincuente, por la grande y especial pericia manual que se revela en la comisión del delito.

Por lo demás, si hemos afirmado que no hay prueba directa sin mezcla de indirecta, se comprenderá que, por el contrario, la indirecta puede en cambio presentarse sin mezcla alguna de prueba directa.

## CAPITULO II

### De la prueba directa especialmente.

Según lo expuesto, es prueba directa aquella que tiene como objeto inmediato la cosa que se quiere averiguar, ó que consiste en ella misma; y teniendo en cuenta que en el juicio criminal se quiere averiguar el delito que se imputa, prueba directa es la que tiene por contenido inmediato el delito imputado. Para determinar, pues, especialmente, la prueba directa en la crítica criminal, es preciso comenzar por determinar lo que constituye el delito que se quiere averiguar bajo su aspecto probatorio.

Ahora bien; en general, para que un delito se atribuya como *hecho* cierto á un procesado, es preciso probar tres cosas:

- 1.º Que hay un evento criminoso: objetividad criminosa;
- 2.º Que tal suceso ha sido producido por el procesado, ó por otros sobre los cuales ha influido la voluntad de aquél: subjetividad exterior criminosa;
- 3.º Que esta acción, ó ese influjo sobre la acción, ha sido animada por intención criminosa: subjetividad interior criminosa.

La *criminosidad*, en sentido jurídico, de cada uno de estos elementos, resulta del concurso de todos los tres; y por esto, bajo este aspecto, son concomitantes entre sí; no se puede admitir el uno sin los otros.

Evento *criminoso*: ¿cómo imaginarlo haciendo abstracción de la acción y de la intención criminosa? Si se suprime la intención criminosa, ó la acción criminosa que enlaza aquella intención al suceso, nos encontramos frente á un hecho casual.

La *acción criminosa*, á su vez, no puede afirmarse sin el presupuesto necesario de la intención dolosa en quien la realiza, que es consiguiente á un suceso cualquiera, aunque sea un simple peligro real. Sin intención, ó sin efecto alguno, ¿es *posible* llamar criminosa á una acción?

Por último, la *intención* como *criminoso*, ¿puede ser llamada á responder en juicio, en una acción correspondiente, ó en algún suceso producido, aunque sea un simple peligro de violación para el derecho?

De todo esto resulta la importante observación, según la cual, no debe olvidarse, que la prueba, singularmente tomada, de uno de estos elementos, no se presenta más que *hipotéticamente* como prueba directa del elemento criminoso, y no aparece *efectivamente* como prueba directa criminosa, sino cuando se acumula con la prueba suficientemente completa de todos los tres elementos constitutivos del delito.

Si uno de estos tres elementos no se probase, no puede haber certeza en cuanto al delito. Pero la importancia de la prueba respecto de la averiguación de lo que constituye el delito, decrece á medida que de la prueba objetiva del evento criminoso se pase á la subjetiva de la acción y de la intención.

El evento que se presenta con la apariencia de crimi-

noso, fuera de los casos en que puede ocurrir junto con otras hipótesis creíbles de la causalidad casual, hace suponer una acción criminosa en general que ha debido ocasionarlo. Para juzgar, sólo se exige determinar mejor y más seguramente, la naturaleza de la acción, refiriéndola á persona determinada.

A su vez, la *acción* aparentemente criminosa, referida á persona dada, hace suponer la intención en el agente, dado que por experiencia general se sabe, que el hombre obra sabiendo á dónde conduce la propia acción, y dirigiéndola con la voluntad.

El suceso, pues, que es la convicción del delito, nos eleva por cadenas de presunciones (1) al elemento subjetivo de la acción como á su causa física, y al elemento subjetivo de la intención como á su causa moral. Estas presunciones no dispensan, ciertamente, de la prueba de los elementos subjetivos, pero valen para mostrar cómo el punto de partida del proceso es el elemento objetivo; el elemento objetivo que, mientras se determina hacia los elementos subjetivos, no tiene presunción alguna en apoyo de la hipótesis de su criminalidad, teniendo en cambio de ordinario (cuando se trata de hecho que puede interpretarse como no criminal) una potente presunción en contra; la presunción de que todos los sucesos humanos son generalmente inocentes, siendo los criminosos una excepción. Esto, desde el punto de vista puramente probatorio.

Desde el punto de vista de la imputabilidad, ¿puede haber imputación penal sin un suceso criminal? Realmente, sin hecho, sin *peligro* corrido por el derecho, ¿cómo hablar de imputación y de pena? De las puras

---

(1) Uso aquí la palabra *presunción* en sentido lato, como el argumento lógico indirecto.

intenciones sólo Dios juzga. De las acciones antes de que hayan podido producir un peligro para el derecho, la sociedad no tiene por qué ocuparse. La sociedad, en efecto, no tiene derecho de pedir cuenta de las acciones humanas, sino cuando han producido el *evento* criminal, aunque sea un simple peligro para el orden jurídico. En el evento es donde, por decirlo así, radica la responsabilidad del individuo frente á la sociedad.

Desde el punto de vista probatorio, pues, al igual que desde el de la imputabilidad, el elemento objetivo debe ser siempre el punto de partida.

De todos modos, tanto el elemento objetivo, como los elementos subjetivos, deben ser igualmente ciertos, para que el delito sea cierto. Toda prueba, pues, que tenga por contenido *inmediato*, en todo ó en parte, sea el suceso criminoso, sea la acción, sea, en fin, la intención dolosa, es prueba directa, más ó menos parcial del delito. Conviene ahora examinar especialmente cada uno de estos elementos, toda vez que de su determinación depende la de las pruebas, en cuanto á su contenido, como directas é indirectas.

### I.—EVENTO CRIMINOSO.

No hay delito sin un hecho externo que viole el derecho. Todo delito tiene, pues, un doble objeto: objeto material, que es la cosa ó persona sobre que recae la acción, y objeto ideal, ó sea el derecho que resulta violado. De donde resulta una doble especie de evento: el material, resultante de la acción sobre persona ó

cosa; el ideal, resultante de la acción sobre el derecho. Tratemos de cada uno especialmente.

En cuanto al *evento material*, no nos referimos, al hablar de él, al fin del delincuente. El evento material de que se habla, no es otro, que el efecto físico de la acción criminosa, en la cual se concreta objetivamente la *figura física del delito y su esencia de hecho*; este efecto físico puede coincidir con el fin del delincuente, como en el homicidio por odio al muerto, y puede ser no más que un simple medio, criminoso en sí mismo también, relativamente al fin último que el delincuente se propone, como en el homicidio por lucro el mismo cadáver. Pero es preciso advertir que la materialidad-medio, producida por la acción, no puede considerarse como constitutiva del *evento material*, sino en cuanto su gravedad criminosa se la considera como constitutiva de la esencia del delito en cuestión; no siendo así, la materialidad-medio se juzga como formando parte, no del *evento*, sino de otro elemento criminoso consistente en la *acción*.

La materialidad en que descansa la figura física del delito, y que constituye el evento, á veces es, por su propia naturaleza, distinta de la acción criminosa, de la cual no es más que el resultado intrínseco y claramente distinto; como en el caso de homicidio cometido por odio ó por lucro, pues entonces el cadáver no se confunde ya con la acción criminosa, sino que es diferente de ella de un modo natural. A veces la materialidad producida que el delito, aun sin ser originalmente distinta de la acción, se hace tal en cuanto la acción criminosa, á medida que manifiesta, se fija en una materialidad permanente que se separa del que obra, constituyendo la figura física permanente del delito, como en la falsificación pública, por lucro, el

documento falsificado. En esta segunda hipótesis, de identidad original entre acción y evento, la acción criminal queda, por decirlo así, fotografiada en la materialidad del evento; en la primera, ese cambio de diferencia originaria entre una y otro, el evento material no reproduce el desarrollarse de la acción, de la cual se revela, no como espejo en que se refleja, sino como simple resultado.

Hay, por fin, delitos en los cuales el evento material es una misma cosa con la acción humana, en cuanto el evento material es todo en la percepción ó en la posesión de la fugaz acción criminal; tal es el caso de los delitos de hecho transitorio, que no dejan tras de sí efectos físicos permanentes. Así, en la amenaza verbal y en la injuria verbal, el evento material está por entero en el sonido que va á herir los sentidos ajenos: las palabras amenazadoras ó injuriosas. En estos casos, la prueba objetiva del evento está por completo en la subjetiva de la acción, ó bien, para usar el bárbaro lenguaje de la escuela, no hay prueba *genérica* distinta de la *específica*.

En cuanto al evento ideal ó jurídico, parecerá extraño que se hable de él aquí, tratando como tratamos de pruebas judiciales, las cuales se dirigen sólo á la averiguación del delito como *hecho*. Pero con un poco de atención, se verá que no obramos mal al hablar de él, porque hay casos en los cuales no se puede tratar del hecho del delito, si primero no se ha determinado en pruebas el hecho del derecho.

Veámoslo:

El derecho no puede ser objeto de violación criminal sino en cuanto se goza actualmente por la persona; hablo de goce actual, con relación al *derecho*, no con relación á la cosa á que el derecho se refiera.

Ahora bien; desde el punto de vista del goce actual, el hombre tiene distintos derechos. Tiene derechos inherentes de modo esencial á su naturaleza de hombre, derechos que, por la simple calidad de tal, se le atribuyen como en actual y personal goce; aun el salvaje frente al salvaje tendrá siempre esos derechos, v. gr., el de conservar su integridad personal. El hombre tiene también derechos naturales, en su calidad de miembro de una sociedad civil, derechos que, con su simple calidad de ciudadano, se le atribuyen como en actual y personal goce.

Los primeros derechos, que llamaremos derechos humanos congénitos, no necesitan ser probados; la existencia de semejantes derechos, y su prueba, está por entero en la naturaleza de hombre, del sujeto en cuestión. Los segundos derechos, que llamaremos sociales congénitos, refiérense al individuo como miembro de la sociedad, ó á la sociedad toda; no necesitan ser probados tampoco de un modo particular; su existencia y su prueba están, para los derechos individuales, en la naturaleza del ofendido, como miembro de la sociedad civil, y para los colectivos, en la naturaleza de la misma sociedad civil constituida.

Así, pues, cuando se habla de prueba particular del derecho, necesaria para la prueba del delito, no se habla nunca de derechos congénitos, humanos ó sociales.

Pero además de estos derechos congénitos, hay derechos cuyo personal y actual goce resulta de particulares relaciones establecidas entre persona y persona, ó entre persona y cosa; son estos derechos *adquiridos*. Ahora, cuando se trata de la violación, ya sea consumada, ya sea intentada, de uno de estos derechos, es preciso haber probado la existencia de he-

cho de la relación particular generativa del derecho, á fin de poder decir que el derecho ha sido violado, y que se ha cometido un delito.

Realmente, la acción sobre la cosa, en general, no es imputable sino en cuanto ofende á una persona individual ó colectiva: á la persona que en el lenguaje exacto de la escuela clásica se llama el *paciente* del delito; por lo que, siempre que se trate de acción criminal recaída sobre cosas, es preciso atender á la relación de las mismas con la persona del paciente. Se imputa un hurto; no basta la concreción de la cosa para dar por determinado el delito: es necesario, además, la prueba de la relación particular entre otro y la cosa; esta es la prueba de que la cosa es ajena. 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; esto es: su relación matrimonial, que da al marido el derecho á la fidelidad que el supuesto adulterio violaría. Sin el derecho de otro sobre la cosa dada, no habría hurto; sin el del marido, no habría adulterio; sin la averiguación demostrativa de la existencia de tales derechos, no podría llegarse á afirmar la de los delitos respectivos. Es preciso no perder de vista que el delito es un ente jurídico, compuesto de materialidad y de idealidad; tanto la una como la otra lo constituyen. La prueba inmediata del *evento material*, al igual que la del *ideal*, son pruebas inmediatas ó directas del delito. La prueba inmediata del derecho de otro sobre la cosa, lo mismo que la de la determinación concreta, es una prueba directa del hurto; es la prueba directa del elemento criminal, que consiste en el derecho violado, ó, mejor, en la violación del derecho. La prueba inmediata del derecho matrimonial

á la fidelidad, es, como la del comercio carnal con persona distinta del cónyuge, una prueba directa del adulterio referente al elemento criminoso, que consiste en el derecho violado.

## II.—ACCIÓN CRIMINOSA

Al enunciar este segundo elemento, he hablado de acción ó de simple influjo sobre la acción, en cuanto sabido es que se puede participar en un delito aunque sea con la simple voluntad *eficazmente manifiesta* de quien es tan sólo causa moral del delito; tal es el caso del mandante, del consejero, del socio no ejecutor; supuestos estos todos en los cuales la intención criminosa de quien es causa moral, se ingiere por su influjo en la acción del cómplice ejecutor, encontrando de este modo su enlace ó unión con el evento.

Procuraremos determinar un tanto el concepto de la acción criminosa.

Si nos fijamos en todo el camino que la actividad humana recorre, para llegar de la interna determinación de la intención depravada, á la exterioridad del evento criminoso, encontraremos una larga serie de actos externos, de los cuales, los primeros, se confunden con el conjunto de los actos indiferentes, pero no tienen por sí mismos dirección dada hacia el delito, sin que además puedan producir aquel cierto *peligro* del derecho, de donde se origina la imputabilidad de la tentativa. Ahora bien; al tratar de la *acción criminosa*, no nos referimos á estos primeros actos sin dirección.

determinada hacia el delito, actos que la escuela llama *preparatorios* y que se confunden con los indiferentes. Sólo comprendemos en la *acción criminosa* los actos *unívocamente encaminados al evento criminoso* (1); en estos es en donde precisamente está la ejecución y la consumación del delito; en estos es en donde debe encontrarse por modo lógico la acción criminosa. Los actos preparatorios que no tienen ese carácter se presentan en la probatoria criminal como cosas distintas del delito, y están encaminados á él por argumentación lógica; en su virtud, los actos preparatorios, así como los indiferentes, no podrán dar margen más que á pruebas *indirectas*; nunca á *directas*.

La adquisición de la escopeta ó del veneno, aun cuando sea con intención de matar; la adquisición de la ganzúa, aunque sea con el propósito de robar, son *actos preparatorios en cuanto se concilian con supuestos inocentes* y no presentan dirección criminosa; no formarán, pues, parte de la *acción criminosa* propiamente dicha, ni serán tampoco materia de prueba directa del delito: únicamente pueden ser indicios. Y he aquí uno de los límites definidos de lo que por acción criminosa entendemos.

Además, la actividad de la persona física, al desenvolverse como acción propiamente criminosa, no siempre obra *inmediatamente* sobre la cosa ó la persona, en las cuales produce el evento material de que antes hablábamos. Casi siempre se sirve para alcanzar la meta del delito de medios no personales, que facilitan eficazmente el progreso de la acción criminosa

---

(1) Para la determinación de lo que es acto *preparatorio* y acto *unívoco*, véase la perspicaz doctrina de F. Carrara, á propósito del *conato*, en el *Programa* y en los *Opusculi*.

hacia su fin. Si se quiere penetrar en un lugar cerrado para robar, no se recurre simplemente á las meras fuerzas musculares ó la propia agilidad; se usa la ganzúa para abrir la cerradura, la palanca para violentar la puerta, la escala para salvar los muros. Si se quiere matar, no se fia sólo en la fuerza de los brazos, sino que se usa el puñal, la escopeta ó el veneno. Estos medios, instrumentos ciegos y mudos en manos del delincuente que los aplica, se identifican con sus acciones, y adquieren, por decirlo así, la intención criminosa que los guía. Aun cuando estos medios fuesen creados por la acción del delincuente, como cuando el ladrón construye la escalera con que roba, nunca serían el producto de la acción criminosa, ni podrían considerarse como *evento*, porque siendo en sí inofensivos, desde el punto de vista de la criminalidad, son siempre meros *medios*. En general, toda *materialidad producida*, no como concreción del delito, sino como medio directamente encaminado á dicha concreción, cuando no es por sí misma criminosa, no entra en el *evento criminal*, sino en la *acción criminal*; así, la puerta derribada, que, para prescindir de la hipótesis de la criminalidad intrínseca del *daño* que implica el derribo, suponemos del mismo agresor, la puerta derribada, digo, á fin de alcanzar y ver á un hombre para matarlo, no es un *evento criminal*, sino un simple medio criminal, una parte de la acción criminal.

Ahora bien; volviendo al objeto principal, los medios, aun los no personales, empleados para realizar el delito, desde el momento en que directamente se los encamina á la meta que el delito supone, entran á formar parte de la acción criminal; y la prueba inmediata que á ellos se refiere es preciso considerarla

como prueba directa más ó menos parcial de dicha acción. El arma arrancada del pecho del muerto, es una prueba real, que tiene un contenido de prueba directa; la deposición acerca de la naturaleza y figura del arma homicida, es una prueba personal, que tiene un contenido de prueba directa.

Es preciso hacer aquí una indicación acerca de esta especie de pruebas directas, consistentes en los medios no personales empleados. Pero antes, se debe comenzar por llamar la atención hacia una observación ya hecha de un modo general, á propósito de las pruebas directas é indirectas. Hemos dicho que aquella prueba que se estima directa, en cuanto se refiere inmediatamente al delito en uno de sus elementos, es indirecta en cuanto á los otros elementos del mismo. De aquí se sigue que una prueba directa de la acción, puede funcionar como indirecta en cuanto al evento y á la intención. Así, del hecho de haber llevado escondida una cosa ajena, modo de desenvolverse la acción física probada directamente, puede argüirse de un modo más ó menos eficaz, pero indirecto siempre, la criminalidad de la intención de robar. Así también, del hecho de haber usado contra alguno un arma homicida, modo de desenvolverse la acción física probada directamente, puede argüirse con más ó menos eficacia, pero siempre indirectamente, la naturaleza criminal del evento; si v. gr., habiendo desaparecido Cayo, un testigo de vista afirma haber visto á Ticio disparar una escopeta sobre Cayo, y á éste caer, la naturaleza del medio usado funcionaría como prueba indirecta del evento homicida, á falta de la directa del cadáver.

Después de haber recordado todo esto, pasaremos á la indicación que queremos hacer respecto á los me-

dios no personales empleados. Tomada la acción criminal en un sentido estricto é indisolublemente personal, la prueba directa de la misma es también directa del agente. Pero cuando, por decirlo así, incorpora á la propia acción estrictamente personal, medios extraños, y que no tienen, por su naturaleza, vínculo indisolublemente personal; cuando hace entrar en el orden de la propia actividad criminal una palanca, una escala, un puñal, la prueba inmediata de estos objetos, es siempre rigurosamente una prueba directa, en cuanto es inmediata de un fragmento de acción criminal. Y estos medios, probados directamente, como no están ligados naturalmente á la persona, no pueden por sí solos funcionar sino como prueba indirecta de la persona del agente; de otro lado, en cuanto al evento consumado, son pruebas indirectas, también como todas las directas de la simple acción. De esto se sigue que en cuanto á los fines principales de los juicios, consistentes en la averiguación del reo y del evento criminal, por sí solos, las pruebas directas de esta especie no funcionan sino con la eficacia y utilidad de pruebas indirectas.

A todo lo cual es preciso añadir que tales cosas, con respecto á su misma sustancia de pruebas directas, como su criminalidad está sólo en el uso únicamente en cuanto han servido para este caso, constituyen un fragmento de acción criminal; y así, para que tengamos contenido de pruebas directas, deben haber sido percibidas como teniendo parte directa en la acción. Un puñal que, por ejemplo, se ha encontrado en casa de Ticio, acusado por lesiones, no es más que una prueba indirecta, un simple indicio. El puñal será, por el contrario, objeto de la prueba directa de la acción criminal, en cuanto haya sido percibido en el

momento de la acción en mano del agente ó en el pecho del herido. Al igual que el puñal, cualquier otro medio de ejecución, no puede ser objeto de la prueba directa, sino en cuanto esté demostrada su incorporación á la acción criminosa. Si la escala ha servido para salvar el muro, si la ganzúa ha servido para abrir la puerta, y el puñal para agredir, entonces todos son verdaderos fragmentos de acción criminosa, y en tal sentido, pueden dar lugar á la prueba directa. Es preciso estar ciertos de que estos medios han sido en la acción del delincuente enderezados al fin criminoso; es preciso que se presenten unidos al hecho del delito, como cuando la ganzúa ha sido encontrada en la cerradura abierta, la palanca junto la puerta vencida, la escala apoyada sobre el muro saltado.

Todo lo dicho pone de relieve cuán rara es la utilidad y el caso de semejante clase de pruebas, como pruebas directas, y demuestra también, por qué tales pruebas no suelen tomarse más que como indicios, y por fin vale para explicar al lector, aquel impulso de repugnancia que puede advertirse en la conciencia, para admitir que semejantes medios materiales, enderezados á la ejecución de un delito, puedan considerarse como materia de prueba directa del delito mismo.

Una última palabra acerca de la acción criminosa. Hemos hablado de la *acción* como medio de conjunción entre la intención criminosa y el evento; pero hay cosas en las cuales la *inacción* es la que relaciona la una con el otro; tal ocurre con el delito de omisión, aquel delito que se verifica omitiendo una acción á la cual tiene otro un *derecho exigible*, como, por ejemplo, en el caso de infanticidio perpetrado por la madre que se niega á lactar á su niño. Ahora, á propósito del de-

lito de omisión, se podría preguntar si es posible la prueba directa de la inacción criminosa. Es éste un punto de examen que cae dentro de la cuestión de la prueba del hecho negativo, tratada ya antes con ocasión del peso de la prueba.

La inacción es un hecho negativo; es un hecho que no ha existido, y que por tanto, no puede percibirse directamente, no pudiendo, en su virtud, probarse directamente tampoco. Pero cuando la inacción imputada, está determinada en cuanto al tiempo y al lugar, siendo posible observar directamente lo positivo del estado personal, incompatible con la acción, entonces se resuelve en prueba cuasi directa de la inacción. Afirmándose por quien ha observado á la madre y al niño en el tiempo que se asigna á la inacción criminosa, que la madre ha estado siempre lejos del niño, se pone, ante todo, una prueba directa de un estado positivo de la madre (su alejamiento del niño), el cual es incompatible con la acción de lactar, por lo que se resuelve en prueba casi directa de no haber lactado, ó sea de la abstención criminosa.

### III.—INTENCIÓN CRIMINOSA.

Antes de pasar adelante, es necesario hacer notar, que la determinación de la persona del delincuente por prueba directa, no se verifica más que en la de la simple acción, en la acumulativa de la acción y de la intención; un individuo no puede ser afirmado por

prueba directa como delincuente, sino en cuanto por prueba directa resulta autor de la acción criminosa. He aquí por qué no nos ocupamos en la determinación de la persona del delincuente, como materia especial de la prueba directa. Habiendo, pues, tratado en el número precedente de la acción, pasaremos ahora á tratar del tercero y último elemento criminoso, consistente en la intención.

Al examinar la intención, como materia de la prueba directa, es preciso empezar notando una diferencia entre este elemento criminoso y los otros dos anteriores. La *acción* y el *evento* se suceden inmediatamente, son dos elementos que se consideran unidos: no ocurre lo mismo con la *intención* criminosa en su relación con la *acción* y con el *evento*. La intención puede nacer en la conciencia en un momento anterior con mucho á la acción, y puede afirmarse de un modo indeterminado y separado de la acción. Ahora, la intención, por sí sola, considerada en la conciencia como separada de la acción, no es *elemento criminoso*. Desde el punto de vista de la imputación ó de las pruebas, la intención precedente, no resultando *en continuidad hasta el delito*, es un simple hecho interno distinto del delito, al cual no se puede llegar, ni puede servir para probar aquél sino por modo indirecto: la intención precedente y aparte, es un simple indicio eficaz de la intención sucesiva, concomitante con la acción, consistiendo en la última propiamente el elemento criminoso intencional. La intención, pues, no puede considerarse como elemento criminoso sino en tanto que se la supone unida á la acción. Tal es el punto de vista desde el cual se ha de considerar el elemento criminoso de la intención; pasemos ahora á determinarlo.

El delito, que tiene una exterioridad física, tiene

también una interioridad moral. Esta es la intención, ó sea, el movimiento interno del ánimo para dilynquir.

Para que el ánimo se mueva hacia una meta, es preciso que elija la meta y el camino que á ella conduce: de ahí la inteligencia, ojo del alma, como primer elemento necesario de la interioridad moral.

Mas para integrar esta interioridad moral del delito, no basta la simple función intelectual: es preciso, además, que el espíritu se determine á alcanzar aquella meta, y á recorrer el camino que á ella conduce, dando así impulso y finalidad á la acción. Y he aquí por donde entra en función la voluntad, actividad radical del espíritu, y puente de paso entre el mundo interno y el externo, actividad radical que saca al espíritu de la soledad de la conciencia, y lo conduce hacia el mundo exterior de los hombres y de las cosas.

Para integrar el elemento moral del delito es preciso, pues, la participación de la inteligencia y de la voluntad.

Toda pueba que tiene por objeto inmediato el concurso de la inteligencia y de la voluntad en el delito, es prueba directa.

Pero la inteligencia y la voluntad, escondidas en las secretas interioridades donde sólo Dios penetra y la propia conciencia, sustrayéndose á la percepción directa de los demás hombres, se sustraen á la posibilidad de ser contenido de la prueba directa. Sólo la afirmación de la propia conciencia, puede tener por contenido directo los modos del propio espíritu, siempre y cuando que la conciencia no haya perdido su clarividencia normal: en su virtud, únicamente la *confesión* puede ser prueba directa del elemento intencional. Salvo el caso de la confesión, no se llega á la averiguación del elemento intencional, sino mediante pruebas

indirectas: percíbense cosas distintas de la intención propiamente dicha, y de ellas se parte para inferirlas.

De todos modos, es necesario determinar en qué consiste este concurso de la inteligencia y de la voluntad, para determinar en qué consiste este elemento subjetivo interno del delito, que descansa en la intención, y que es el tercer posible contenido de la prueba directa. La materia es vasta; pero la examinaremos rápidamente y del modo más comprensible que nos sea dable. Procedamos con orden.

a) Inteligencia.

La prueba subjetiva ante todo está llamada á averiguar el concurso de hecho de la inteligencia, en cuanto á la acción realizada y á las consecuencias de la acción. Esta visión intelectual de la acción y del evento contrario al derecho, es necesaria para el dolo. Si faltase la del evento, no habría dolo; culpa sólo, si el evento podía preverse, y acaso si no podía preverse. Es preciso, pues, en primer lugar, averiguar el modo cómo la inteligencia ha *funcionado de hecho* con relación al delito, para determinar si hubo ó no hubo dolo; y para poder, en la segunda hipótesis, afirmar la culpa ó el acaso, con el criterio de si el evento se podía ó no prever.

Por la inteligencia, fuera de la función indicada, se determina el grado de plenitud derivado de la *potencia de la facultad*; trátase de la perfección mayor ó menor, ó de la imperfección completa é irresponsable del acto intelectual, en virtud de las condiciones inherentes á la facultad intelectual. Bajo este aspecto el concurso de la inteligencia puede excluirse ó amonorrarse por causas fisiológicas, como la edad, el somnambulismo, la sordomudez y la locura, y por causa ideológica, el error.

Concurso de hecho y concurso potencial; he aquí todo lo que está llamada á demostrar la prueba subjetiva en lo tocante á la inteligencia.

b) Voluntad.

Respecto del segundo elemento de la intención, esto es, la voluntad, la prueba subjetiva debe, ante todo, demostrar el *concurso de hecho* de la misma, pudiendo realmente la voluntad haberse dirigido propiamente al evento criminoso, ó bien á otro, pero aceptando el primero *como consecuencia incierta* de la propia acción. Hay dolo *determinado* en el primer caso, é *indeterminado* en el segundo. Distinción ésta que se refiere á una diversidad fundamental de la naturaleza del dolo, diversidad derivada de las diversas tendencias que en concreto ha tenido la intención, toda vez que ésta pudo haberse dirigido al evento criminoso *como á meta más ó menos cierta de la acción*, ó bien á otro, aceptando, sin embargo, dicho evento como una consecuencia *incierta* de la acción. Admitida la visión intelectual del evento criminoso, el estudio de las diversas tendencias de la voluntad es el que determinará la diversa naturaleza del dolo (1).

Según esto, es preciso averiguar el modo cómo la voluntad *ha funcionado en el hecho*, para ver si el dolo es *determinado ó indeterminado*.

Mas también con respecto de la voluntad, y á su concurso, fuera de la función de concreción del hecho, es preciso señalar su plenitud derivada de la libertad potencial de la facultad; esto es, la perfección mayor

---

(1) Para que se vea bien la diferencia jurídica entre dolo *determinado* y dolo *indeterminado*, es preciso hacer consistir éste en la previsión de cosa *incierta*, puesto que la de cosa *cierta*, como luego veremos, se identifica con la voluntad *dirigida* á la cosa misma.

ó menor del acto volitivo, con relación á las condiciones inherentes á la facultad volitiva.

Esta perfección mayor ó menor de la voluntad puede considerarse relativamente á *su espontánea energía intrínseca*, y al *influjo de las causas extrínsecas* que sobre ella obran.

En cuanto á la energía intrínseca, es mayor ó menor según la mayor ó menor fuerza de la voluntad criminal, encontrándose la medida de esa fuerza en la persistencia y duración de la determinación criminal. La prueba tiene, pues, como objetivo aquí poner de relieve si el dolo ha sido perseverante ó no, esto es, *premeditado ó improvisado*.

En cuanto al influjo de las causas extrínsecas que obran sobre la libertad humana, pueden obrar sobre la libertad como *facultad de manifestación*, ó sobre la libertad como *facultad funcional interna*: esto es, con relación al objeto de las causas influyentes.

Con respecto al *efecto* que el influjo puede producir, hay causas que llegan á abolir completamente la libertad y causas que la aminoran. Estudiemos este punto con la mayor claridad posible.

La libertad puede ser abolida por completo en su *facultad de manifestación* por una causa física que obre sobre el cuerpo, y que haga al hombre simple instrumento en manos de otro hombre, ó bien del destino: así, si uno me coge una mano en la cual he puesto un puñal y mata con él; ó si, por ejemplo, una tempestad arroja cerca de mí un niño que esté ya muerto.

La libertad puede ser no destruida, sino completamente paralizada *en su facultad funcional interna* por una fuerza moral (y digo moral, en cuanto al objeto sobre el cual obra, cual es el alma humana): en este

caso el hombre resulta *cohibido*. Así, si en el terror que produce un naufragio, arrebatamos la tabla de salvación á otro náufrago que por esto se ahoga, coacción interna que nos ha impulsado á la *acción*; ó bien si bajo el terror ó miedo de ser muerto matamos al agresor, coacción interna que nos ha provocado una *reacción*.

La libertad puede, por último, ser no destruida ni completamente paralizada, sino paralizada *en parte*, siempre en su *facultad funcional interna*, y siempre por una causa moral: en este caso tenemos el *violentado*, en el cual no es completa la espontaneidad de las determinaciones. Tal ocurre en todos aquellos casos que se comprenden en el obrar *por impetu* bajo la acción de ciertos *afectos*, y el cual, aunque entraña una coacción interna, no se estima sino en cuanto ha tenido su impulso en una causa *extrínseca* obrando sobre el ánimo: la *ira* tiene su impulso extrínseco en un *mal sufrido*; el *temor*, en un *mal que se puede sufrir*.

Todo lo que venimos diciendo se endereza á determinar la prueba subjetiva con relación á la voluntad. De paso se indica el concurso de la inteligencia y de la voluntad en el delito. Y se indica y no se desenvuelve porque esta tarea pertenece á la teoría de la imputación y no á la crítica criminal.

Lo que importa notar desde el punto de vista de la crítica criminal, es que siendo el elemento intencional una cosa distinta del elemento material, necesita de una prueba especial. La práctica suele dejarse llevar fácilmente hasta afirmar sin más el elemento intencional, con la prueba del material: no diré yo que la práctica proceda, al obrar así, siempre mal, pero de lo que estoy cierto es de que no siempre tiene razón.

La deducción del elemento intencional del material

es lógica únicamente cuando éste *in se dolum habet*. El hombre, ser de razón, no obra sin dirigir sus acciones á un fin. Ahora, cuando un medio no responde sino á un fin criminoso dado, el agente no puede haberlo empleado más que para alcanzar tal fin: la deducción indicada es en este caso lógica, aun cuando la meta criminal no haya sido lograda. Ticio ha atado un lazo corredizo á una viga, é introduciéndola á viva fuerza en el cuello de Cayo, ha huido dejándole pendiente. Que Cayo se ahorque ó no por haber acudido alguien á salvarle, el elemento intencional necesario para afirmar el homicidio en el primer caso, y el conato en el segundo, resultará probado con la simple prueba del elemento material. Del propio modo, cuando resulte probado que Ticio ha puesto una mecha encendida en un pajar, huyendo luego; sobrevenga ó no el incendio, el elemento intencional de la tentativa, como el del delito consumado, tendrá su prueba en el mismo hecho material.

Y aún más, cuando resulta probado el elemento material del estupro, no será ciertamente necesario una prueba especial del elemento intencional: *res ipsa in se dolum habet*.

Así, quien entregue una fortaleza al enemigo, quien en un recibo donde esté escrito mil *liras* pone la suma de diez mil, no tiene en verdad derecho á invitar á la acusación á probar su intención criminoso.

En estos y en otros casos análogos, admitida normalmente la facultad intelectual y la volitiva en el agente, es preciso admitir que han *funcionado* lúcida y activamente hacia el único fin posible de la acción, que es el fin criminoso. En estos casos sólo se puede impugnar la inteligencia y la voluntad como facultades potenciales del agente, por condiciones anormales

inherentes á las mismas de un modo concreto. Así, se podrá oponer la privación de la mente para rechazar el concurso de la inteligencia y el estado de *coacción* ó de *fuera* para rechazar el libre concurso de la voluntad: es preciso, no obstante, que se presenten, al menos, como creíbles estas condiciones anormales para obligar á la prueba especial del elemento intencional positivo.

Pero fuera de los casos en que la materialidad sólo tiene un único sentido y un fin posible, es preciso, siempre, una prueba especial para la demostración del elemento intencional. Un individuo ha derribado un árbol ajeno que estaba en los linderos de su propiedad y se lo ha llevado; es preciso probar la intención de apropiarse cosas ajenas, para imputarle el robo, ó bien probar la intención de atribuirse cosas que cree son suyas, á pesar de la posesión ajena, para explicarlo, ó bien probar la intención de perjudicar al propietario, para determinar el daño voluntario. Si no se prueba ninguna de estas especies de intención criminosa, el acusado, ante la imputación de una de las tres indicadas intenciones, tiene el derecho de ser creído cuando afirma que ha recogido el árbol de buena fe y como legítimo propietario. Y no probándose la especial intención criminosa, la prueba de la materialidad de la acción de nada sirve. Dicha prueba, pues, es siempre importante, pero lo es de un modo excepcional en materia de tentativa en el delito consumado. He aquí por qué:

En general, para el delito consumado, como para el *conato* (*conato*), tanto vale el haber *querido* el evento criminoso, cuanto el haberlo *previsto como cosa cierta* de la propia acción: en este último caso, la *voluntad* y la *acción*, aunque se dirigían á otro fin inocente ó me-

nos criminal, sin embargo, *aceptaban la cierta realización del evento criminoso* como consecuencia del obrar propio. La *previsión de cosa cierta* se identifica así con la voluntad encaminada á la cosa misma: hay siempre dolo determinado tanto para el conato cuanto para el delito consumado.

Pero en cambio, cuando la previsión del evento es de cosa *incierta*, entonces surgen consecuencias más notables para el *conato* que para el delito consumado: entonces no se revela más que el dolo indeterminado, y esta especie de dolo sólo es conciliable con el delito consumado. La indeterminación del dolo destruye la imputabilidad del conato, mientras se limita á aminorar la del delito consumado. Para esto, la distinción entre dolo *determinado* é *indeterminado* sólo tiene un valor de simple gradación del dolo, mientras, por el contrario, cuando se trata de *conato*, esta distinción tiene el valor de admisión ó exclusión de imputabilidad. Y se comprende el por qué.

Ante el evento criminoso verificado, es natural que el haberlo previsto como cosa *cierta* ó *incierta*, no tiene el alcance de afirmar ó suprimir la imputabilidad. La imputación radica, en cierto modo, en el evento material producido por la acción, bastando ser simple previsión para afirmarse el dolo del agente.

Pero cuando se trata de *conato*, el evento criminoso no existe, ó á lo menos no lo hay qué responda al fin criminoso supremo que se imputa: la imputación se *funda toda en el elemento moral*, en la intención, la cual para ser imputable necesita estar muy *determinada*. Lo que se imputa en el conato ó tentativa es la *voluntad evidente de la acción*, y tal voluntad para ser imputada debe ser *explícitamente dirigida* hacia el

delito que se quiere imputar en virtud del conato. Así, si el dolo es indeterminado no se puede hablar ya de conato; será una acción no imputable ó bien imputable, *por lo que es*, no por lo que podría ser; por lo que se ha *producido*, no por lo que se pueda producir.

Clara debe resultar con esto la gran importancia de la prueba subjetiva de la intención en el conato.

Y dejaremos ya de hablar del evento, de la acción y de la intención, esto es, de los tres elementos constitutivos del delito. En cuanto la prueba tiene por contenido *inmediato*, en todo ó en parte, uno de estos elementos es directa.

Esto desde el punto de vista de la división de las pruebas en cuanto al contenido. Volveremos sobre el asunto cuando, á propósito de la división *formal* de las pruebas, discurremos acerca de aquella prueba directa en especial, que se presenta á los ojos del juez en la especialidad de su forma material.

## CAPITULO III

### **De las pruebas indirectas especialmente, su naturaleza y clasificación.**

Si el hombre no pudiese 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. Para que un hecho se perciba directamente, es preciso la coincidencia de lugar y de tiempo, entre el mismo y el hombre que debe percibirlo. Ahora bien; el hombre no es más que un punto en lo infinito del espacio, un momento fugaz en lo infinito de los tiempos. La inmensa multitud de los hechos se verifica fuera del campo de nuestra observación directa, siendo realmente muy pocos los que podemos conocer por visión directa de nuestros propios ojos.

Suple en parte este defecto de nuestra visión, la directa de los demás, que nos refieren lo que han percibido; el conocimiento de cada cual se sirve á su modo del de todos. Pero esto no siempre es posible, y hay una porción de cosas que se sustraen á la directa percepción de nosotros y de todos. ¿Deberá el hombre renunciar al conocimiento de tales cosas? Claro es que no, por fortuna. Entre cosas y cosas hay hilos secre-

tos 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. Por tales vías, invisibles á los ojos del cuerpo, es por donde el espíritu humano, ante las causas pasa á pensar en los efectos, y ante éstos se eleva á pensar en las causas. ¡Y cuenta que tales vías nos conducen muy alto! ¿No fué así, remontando el torrente de los hombres y de las cosas, como el filósofo y el santo descubrieron, en el extremo horizonte, el uno lo Infinito y el otro á Jehová?

Pero dejando á un lado todo lo supranatural, que aquí no nos importa, parece que toda cosa, al realizarse en el mundo, esparce á su alrededor algo como una irradiación de relaciones, que se unen y enlazan con otras muchas cosas. Precisamente por la percepción de estas otras cosas y de las relaciones de ellas, es como llegamos á la conquista de lo desconocido; vía indirecta del conocimiento, que es el triunfo de la inteligencia humana sobre la oscuridad que la circunda.

Y es tan necesario para la vida servirse de estas vías indirectas para el conocimiento de las cosas, que la naturaleza pródiga, hasta en el bruto, puso el móvil de los impulsos instintivos, para guiarlo hacia lo que no está directamente presente en sus percepciones sensuales. El perro, que por el olfato sigue la pista que le conduce hacia su amo, no hace más que ir hacia lo desconocido por el camino de lo conocido. El ave, que ante los primeros anuncios del invierno emigra hacia zonas más templadas, no hace sino huir de temporales aún no presentes, pero que presiente por virtud de los indicios precursores. Fatalidad benéfica ésta en los brutos, que les conduce por el mismo camino porque la razón nos lleva, hacia la misma meta: el

convencimiento, proveniente de la prueba indirecta; convencimiento instintivo y ciego en ellos, racional y luminoso en nosotros.

En nosotros, la razón es siempre quien guía al espíritu en su marcha de lo conocido á lo desconocido por aquellos hilos ideológicos que enlazan lo primero con lo segundo. El faro que ilumina la razón en este camino intrincado y difícil es la luz de las ideas generales; luz que se refleja sobre las particulares y permite discernirlas.

El instrumento de que la razón se sirve para recoger los rayos de las ideas generales y concentrarlos sobre las particulares, es, como vimos al hablar de la certeza en general, el raciocinio; el raciocinio es, pues, instrumento universal de la reflexión.

¿Pero cuál es la base de este raciocinio?

La experiencia externa y la interna; la experiencia del mundo físico que nos rodea y del mundo moral de nuestra conciencia: he ahí la base del raciocinio, que nos guía, por la vía de lo conocido, hacia lo desconocido.

El asunto es difícil y merece ser tratado con cuidado.

Procedamos ordenadamente. Comenzaremos por estudiar la naturaleza lógica del raciocinio, la cual está determinada por la naturaleza lógica de la idea general conocida que nos lleva al desconocido particular. Pasaremos luego á estudiar la naturaleza y las diferencias ontológicas, y estas diferencias nos darán el criterio para una clasificación de las pruebas indirectas.

¿Cuál es, pues, la naturaleza lógica del argumento probatorio indirecto? Cuando se habla de raciocinio se habla de consecuencia particular, sacada de una premisa más general: es, en suma, la forma lógica de

la deducción. Ahora, en materia de argumentos probatorios indirectos, tratándose de hechos particulares, indicadores de otro hecho particular en que el delito se concreta, se presenta á la mente una cierta dificultad lógica, para admitir la deducción, como vía intelectual para conducirnos al conocimiento del delito. ¿Podrá, en efecto, el delito deducirse, por evolución de raciocinio, de una idea general?

Pero toda dificultad desaparece cuando se considera que el raciocinio, lógicamente, tiene una doble naturaleza, con relación á nuestro doble modo de percibir el contenido de la mayor.

El contenido general de la mayor puede percibirse inmediatamente en su realidad ideal; y de su generalidad, percibida directamente, puede llegarse al particular que implica: este es el caso de la deducción pura, el método fecundo de la ciencia abstracta, los cuales consisten en la evolución de los principios supremos. Este raciocinio, que llamaré *puro*, no tiene aplicación posible á las contingencias del delito: ahora bien; no es de esta especie de raciocinio de la que queremos hablar, cuando tratamos de la forma lógica del argumento probatorio indirecto.

Pero el contenido de la mayor del raciocinio, puede ser dado por un trabajo inductivo: la observación de los particulares nos hace elevarnos á una verdad general: tal es el caso de la inducción y el método fecundo de las ciencias experimentales. Las varias determinaciones particulares, son las que nos dan aquella verdad general en que nos apoyamos, para llegar á lo particular del delito. En este raciocinio, que llamaré *experimental*, para distinguirlo del *puro*, se procede siempre por trabajo deductivo de lo conocido á lo desconocido; pero la mayor de este raciocinio, el princi-

pio general: punto de partida de la argumentación, no lo tenemos por percepción inmediata, sino por obra de la inducción. Este es el raciocinio en que se concreta la forma lógica del argumento probatorio indirecto.

Con la experiencia externa, observando que varios fenómenos físicos del mundo exterior están conformes en el mayor número de casos, concluimos en la verdad general constitutiva de lo *ordinario físico*, esto es, la regla del ordinario modo de ser y de obrar de las cosas: de este nuestro concepto de lo ordinario y modo de ser y de obrar de las cosas, nos servimos luego, como de una premisa, para llegar á afirmar, en conclusión, un determinado *particular*. Así, de la observación particular y acumulada de diversas escopetas recientemente disparadas, se llega, por inducción, á la afirmación general, de que, determinadas huellas en el cañón, revelan de ordinario la explosión reciente; y una vez dadas estas huellas en el cañón de una escopeta cualquiera, sometida á examen, la conclusión de que se ha hecho con ella un disparo, se impone.

De otro lado, con la experiencia interna, observamos los fenómenos particulares morales de la conciencia, y de estas observaciones particulares formamos el concepto de lo *ordinario moral*, esto es, la regla del modo ordinario de pensar y de obrar los hombres, verdad general de que nos servimos como premisa para otra especie de raciocinios. En su virtud, de la observación particular de los diferentes hombres subimos por inducción al principio general, según el cual el hombre obra de ordinario con un fin: por lo que, con sólo ver una acción dada, afirmamos que el agente ha debido realizarla con un fin determinado.

*Lógicamente* no puede funcionar como argumento

probatorio indirecto más que el raciocinio que hemos llamado *experimental*.

Pasemos ahora á estudiar la naturaleza *ontológica* de este raciocinio probatorio, esto es, la naturaleza de las verdades que son su posible contenido.

El raciocinio es un juicio deducido de otros dos juicios; cada uno de éstos juicios se expresa con una proposición: *mayor*, *menor* y *conclusión*. En la primera de las premisas, que se llama *mayor*, está el juicio más general, esto es el principio en el cual está contenida la ilación que se quiere determinar con la *conclusión*; la segunda de las premisas, que se llama *menor*, no es más que un juicio declarativo de tal contenido. De aquí se infiere que la naturaleza del raciocinio está determinada por el juicio contenido en la *mayor*; porque, de un lado, la *conclusión* está contenida en aquel mismo juicio, y de otro, la *menor* sólo sirve para declarar tal contenido.

Para estudiar, pues, la naturaleza ontológica del raciocinio, basta, como se hizo en el estudio de la naturaleza lógica, estudiar un solo juicio, el juicio expresado en la *mayor*. Si para apurar la naturaleza *lógica* del raciocinio probatorio hemos considerado el juicio contenido en la *mayor*, con *relación al modo cómo se imponía á la mente*, para apurar ahora la naturaleza *ontológica*, consideraremos el mismo juicio, *con relación á la verdad á que se refiere*.

Ahora bien; con relación á la verdad, que es el contenido, ¿de cuántas especies puede ser este juicio que constituye la *mayor*? La respuesta cae dentro de la cuestión general y metafísica de la reducción de los juicios primitivos.

Un juicio no es más que la relación entre dos ideas. Ahora bien; estas dos ideas, que constituyen los dos

términos de la relación, pueden ser idénticas entre sí, y pueden ser distintas. He aquí, desde un punto de vista generalísimo, dos categorías de relaciones entre las ideas; he aquí también dos especies de juicios posibles: relaciones de identidad y juicios analíticos; relaciones de diversidad y juicios sintéticos.

Todos los juicios de identidad se reducen á un solo y supremo juicio, que se llama principio de identidad: el ser es el ser.

Entre dos cosas distintas, pues, no puede haber relaciones sino en cuanto la una obra sobre la otra, la una extiende su eficacia sobre la otra; en otros términos, los juicios sintéticos se reducen á un solo y supremo principio que se llama de causalidad: todo efecto supone una causa.

Tenemos, por tanto, dos juicios primitivos y supremos: el de identidad, que es el principal de todos los juicios analíticos, y el de causalidad, que lo es de todos los sintéticos (1).

---

(1) Ordinariamente los filósofos enumeran ocho juicios primitivos, á los cuales reducen todos los demás, llamándoles principios.

Además de los dos indicados, señalan los seis siguientes: 1.º, el principio de contradicción; es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo la misma relación; 2.º, el principio del conocimiento; el objeto del pensar es el ser; 3.º, el de sustancia; toda cualidad supone una sustancia; 4.º, el principio según el cual una cosa es ó no es; 5.º, el de la razón suficiente; no hay cosa sin razón suficiente; 6.º, el de finalidad; todo medio supone el fin.

Pero estos seis principios, si bien se mira, se reducen á la vez á los dos primeros arriba expuestos. Veamos cómo:

1.º Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, precisamente, porque el ser es el ser; el principio de contradicción se resuelve así en el de identidad.

2.º El objeto del pensar es el ser, porque si fuese la nada se pensaría la nada, esto es, se pensaría y no se pensaría, contra lo

Como la naturaleza de todo raciocinio está determinada por la del juicio contenido en la mayor, y como este juicio no pueden ser más que de dos especies, infiérese que el raciocinio en general, no puede ser más que de dos especies; raciocinio analítico, con relación á la identidad, y sintético con relación á la causalidad.

Y así, el raciocinio como argumento probatorio indirecto, que desde el punto de vista *lógico* no puede ser, según se ha visto antes, sino puramente *experimental*, desde el *ontológico* puede ser de dos especies: argumento probatorio en relación de identidad, y en relación de causalidad.

que resulta del principio de contradicción. Ahora bien; el principio del conocimiento resuélvese en el de contradicción, y como éste se resuelve en el de identidad, la consecuencia es clara.

3.º El de sustancia se resuelve también en el de identidad, porque la cualidad supone la sustancia, en cuanto no es más que el modo de ser de la sustancia. Las cualidades son la sustancia en sus modos, son como las apariencias de la sustancia. Todo modo de ser de esta debe, pues, suponer la sustancia, de otro modo supondría la nada, y sería á la vez modo del ser y de la nada, al propio tiempo y en la misma relación, lo que es imposible por el mismo principio de contradicción, que se resuelve en el de identidad.

4.º Por el mismo principio de identidad, es por el que el ser es el ser, una cosa es ó no es.

Y he ahí cómo esos cuatro principios se reducen al de identidad.

5.º El de la razón suficiente se reduce al de causalidad, porque lo que es causa en cuanto produce, es razón que explica.

6.º El de finalidad, en definitiva, se reduce al de causalidad, porque el fin es el que determina la naturaleza del medio, siendo esta una consecuencia ó un efecto de la del fin. Al llamarlo los filósofos principio de las causas finales, se muestran favorable á lo que afirmamos.

He ahí también los otros dos principios referidos al otro de los que arriba indicamos, al de causalidad.

Teníamos, pues, razón para decir que los verdaderos juicios primitivos y supremos son dos: el principio de identidad y el de causalidad.

El estudio de estas dos especialidades del argumento probatorio debe llevarnos, en mi opinión, á dos clases de prueba indirecta; prueba indirecta en relación de identidad, en la cual comprendemos especial y propiamente las llamadas *presunciones*; y prueba indirecta de causalidad, en la cual se comprende del propio modo los llamados *indicios*. Determinense ahora estas nociones.

Cuando en la mayor del raciocinio probatorio se atribuye una cualidad á un sujeto, tenemos la relación de identidad, puesto que todo ser comprende en su totalidad sus atributos, habiendo así, entre el atributo y el ser, siempre, identidad parcial. Este supuesto, cuando, á propósito de argumentación indirecta, se cita en la mayor del raciocinio probatorio frente á la atribución de una cualidad á un sujeto, el raciocinio conduce á una *presunción* propiamente dicha. Por otra parte, cuando en la mayor del raciocinio probatorio, se atribuye una causa á un efecto, ó viceversa, el raciocinio es indicativo, y conduce naturalmente á un *indicio* propiamente dicho.

Ahora, prescindiendo de inútiles abstracciones, veamos de qué modo se puede argumentar en lo tocante á la presunción y al indicio.

Comenzaremos por una presunción cualquiera. Por la observación de los varios individuos componentes de una especie, se llega inductivamente á afirmar un cierto predicado de la referida especie; y así, en la mayor de un raciocinio se dice, por ejemplo: *los hombres son de ordinario inocentes*. En la menor, se afirma que el individuo se contiene en la especie, se afirma el hecho probatorio indirecto—de la presunción—como perteneciente á tal especie; y se dice: *el acusado es un hombre*. En la conclusión, se atribuye al acusado la

que en la mayor se ha atribuido á todos los hombres; la ordinaria inocencia, y se afirma; *luego el acusado es de ordinario inocente*: ó en otros términos; luego el acusado es probablemente inocente, ó mejor aún; luego el acusado *se presume* inocente. Tal es la presunción de inocencia, desenvuelta ya á propósito del peso de la prueba. ¿Por qué se llega con semejante raciocinio á considerar al hombre como ordinariamente inocente? Pues en virtud de la relación de la ordinaria identidad parcial, afirmada entre el sujeto de la mayor, la *humanidad*, y su atributo, la *inocencia*; por lo que, estando el individuo comprendido en la especie, se llega á atribuir á aquél lo que se atribuido á ésta. Examinense, si se quiere todas las presunciones propiamente dichas, y siempre será este el camino que seguirá la razón humana, para dar valor á la conclusión: el camino de la identidad.

Tomemos ahora un indicio cualquiera. Se ha cometido un delito: Ticio, apenas sabe que se sospecha de él, ha huido. Esta fuga se hace valer como indicio de culpabilidad. ¿Qué camino seguirá la mente para afirmar la culpabilidad, en vista de la fuga de Ticio? Helo aquí. De la observación de los diversos hechos particulares, se llega á afirmar la relación específica de causa y efecto, entre fuga y conciencia delincuente: afirmase, así, en la mayor del raciocinio: la fuga del que se ve sospechoso de un delito, es ordinariamente causada por la conciencia delincuente. En la menor, se afirma el hecho particular de la fuga de Ticio, el hecho indiciario; y se dice: Ticio ha huido. En la conclusión, se llega á atribuir á la fuga de Ticio la causa que de ordinario se atribuye á la fuga, en general, de cualquier otro en sus condiciones, y se dice: luego Ticio probablemente tiene la conciencia de su delin-

cuencia. He ahí, en concreto, el camino de la mente, en el argumento probatorio del indicio.

Un paréntesis: en la conclusión de este raciocinio indiciario, al igual que en la del precedente raciocinio de presunción, he hablado de *probabilidad*, porque, como ya he dicho hablando de la certeza, y como diré luego; partiendo de la premisa del *ordinario* modo de ser de las cosas, no se llega más que á deducciones *probables*; en cambio, partiendo del modo de ser *constante* de las cosas, se llega á deducciones *ciertas*. Y cierro el paréntesis.

Resumiendo, pues: el raciocinio de presunción alcanza lo desconocido por la vía del principio de identidad; el raciocinio indiciario, por la del de causalidad.

¿Se querrá acaso una contraprueba de la verdad de nuestra tesis? Está clara en la diversa forma con que suele expresarse la *presunción* y el *indicio*, y la cual se explica únicamente con nuestra teoría.

El raciocinio del indicio se reduce ordinariamente á un entimema, en el cual se calla la mayor; suele decirse, por ejemplo, Ticio ha huido; luego es reo. El de presunción, en cambio, redúcese de ordinario á la simple conclusión; suprimiendo la mayor y la menor; suele decirse, por ejemplo, el acusado se presume inocente.

En nuestra teoría, el por qué de esto, está claro. Está en el diverso camino que se sigue para llegar á lo conocido. Veámoslo.

Tanto el raciocinio de presunción cuanto el de indicio, tienen siempre una mayor, dada por la experiencia común. Refiriéndonos á los precedentes ejemplos, tanto el principio de identidad de la proposición: *los hombres son de ordinario inocentes*, como el de causalidad de la proposición: *la fuga en ciertas condicio-*

*nes es de ordinario efecto de la delincuencia*, son el resultado obtenido por la experiencia común, y se cree inútil enunciarlos. He ahí por qué la mayor puede callarse en ambos ratiocinios.

En cuanto á la menor, el caso es distinto en los dos ratiocinios.

En el de *presunción*, la menor sólo afirma la comprensión de la persona ó de la cosa en el sujeto de la *mayor*, para poder de ese modo atribuirles lo que á éste último se ha atribuido. Así, después de haber afirmado en la *mayor* del ratiocinio, que los *hombres son de ordinario inocentes*, se pasa en la *menor* á afirmar que *el acusado es un hombre*, para poder concluir que debe éste estimarse inocente, si no hay prueba en contrario. Ahora bien; en este caso, como en el de todo ratiocinio análogo, la comprensión del particular en lo general, del individuo en la especie, es percepción de sentido común; percíbese por todos intuitivamente; y he ahí por qué se cree inútil completamente, enunciar la proposición que afirma tal contenido, y por qué se suprimen la menor y la mayor. Este ratiocinio, como cualquier otro de su especie, suele, pues, reducirse en el lenguaje corriente á la simple conclusión, y se enuncia sin más con estas palabras: *el acusado se presume inocente*.

No ocurre esto con la menor del ratiocinio *indicativo*; en éste, la menor afirma, ante todo, la unificación de un efecto dado, para atribuir á éste la causa atribuida en la mayor al efecto específico, en la cual se implica la comprensión del efecto aquel. Así, después de haber enunciado en la mayor del ratiocinio, que *la fuga, en virtud de sospechas, tiene de ordinario como causa la propia delincuencia*, se pasa, en la menor, á afirmar *la fuga del acusado*, para poder concluir que

éste se reconoce delincuente. En la menor de este raciocinio, pues, se pone siempre por delante un hecho particular, al cual se quiere atribuir una causa dada; se trata siempre de afirmar la realización de un efecto, y claro está que no puede pasarse la menor en silencio. No sólo es preciso enunciarla, sino que es necesario probar que el referido efecto, del cual se quiere partir para elevarse al conocimiento de la causa, ó, mejor, que el hecho del mismo que constituye lo material del indicio, se ha verificado. Así, en la enunciación del raciocinio indicativo, si es lícito callar la mayor, no lo es pasar en silencio la menor; es preciso decir por lo menos: el acusado ha huído, luego es reo. Y lo mismo ocurre en el caso en que con el raciocinio se quiera ir, no del efecto á la causa, sino de ésta al efecto; la *menor*, en vez de contener la afirmación de un hecho particular que se considera como efecto, contendrá la de uno que se considera como causa. Esta causa cambia; será preciso siempre enunciar y probar este hecho particular causal, si se quiere afirmar, en conclusión, su relación con otro hecho que se considera su efecto.

La diversa naturaleza del raciocinio de presunción y del indicativo, tal cual queda expuesto, nos explica la manera diversa con que se suele enunciar la presunción y el indicio; lo que vale como contraprueba de cuanto queda expuesto. Mantenemos, pues, nuestras nociones según las hemos determinado desde el punto de vista de la clasificación; el desenvolvimiento de cada una de las clases aclarará y completará mejor nuestro pensamiento.

Parécenos ahora oportuno dar un paso hacia atrás. Hemos comenzado en este capítulo por determinar la naturaleza *lógica* del razonar probatorio, y hemos

visto, que se parte siempre de una idea general conocida, á la cual sometemos un hecho particular conocido, para llegar al conocimiento de un hecho dado desconocido; hemos procurado determinar qué especie de las ideas generales sirve de premisa á las pruebas, y hemos visto, que no puede ser premisa del raciocinio probatorio mas que una idea general *experimental*.

Ahora, una vez determinada ya también, la naturaleza *ontológica* del raciocinio probatorio, y las clases en que por consiguiente se divide la prueba indirecta, creemos oportuno volver á considerar la específica naturaleza lógica de la idea general móvil, para poderla así referir á las clases particulares de la prueba indirecta, á la presunción y al indicio.

¿Cuál es la regla lógica en virtud de la cual la mente humana, á partir de los hechos generales, se siente con derecho á llegar á una conclusión particular? Se ha cometido un delito: los hechos generales de la creencia, ¿que relación tendrán con esa individualidad criminosa que llamamos delito?

En el grande é indefinido cúmulo de los hechos físicos y de los hechos morales, hay conformidad en el modo físico y moral de ser y de obrar la naturaleza. Todas estas conformidades, consideradas desde el punto de vista de la causa que las produce, constituyen las llamadas *leyes naturales*: físicas y morales.

Estas mismas conformidades, si se consideran desde el punto de vista de su armónica coexistencia, constituyen lo que llamo el *orden*, el cual se concreta en el *constante*, ó bien, en el *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza. Es *constante* lo que se presenta como verdadero *en todos los casos* particulares comprendidos en las especies: es *ordinario*, lo que se presenta como verdadero *en el mayor número de los casos*

comprendidos en la especie. Partiendo de la idea del orden como *constante* modo de ser y de obrar de la especie, se deducen consecuencias *ciertas* en cuanto al individuo: partiendo de la idea del orden, como *ordinario* modo de ser y de obrar de la especie, se deducen consecuencias *probables* en cuanto al individuo: lo *constante* de la especie es ley de certeza para el individuo: lo *ordinario* de la especie es ley de probabilidad para el individuo.

Ahora bien; ya hemos dicho que la mente, del conocimiento de una cosa se eleva el de otra, bajo la luz del principio de causalidad y bajo la del de identidad.

En cuanto á la relación de causalidad, como vía de conocimiento, lo mismo si se parte de la idea general del *constante* modo de ser y de obrar de la naturaleza, que si se parte de la del *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza, se tiene siempre una prueba indirecta, un indicio, porque la causa es una cosa diversa del efecto, y la percepción de lo constante ó de lo ordinario, no destruye tal diversidad; por lo que, conocer por relación de causalidad, es siempre conocer *una cosa* por el conocimiento *de otra*, conocer por vía de indicio, indirecta, en suma. Según esto, en el indicio se puede partir, en tesis general, tanto de la idea del ordinario como de la del constante modo de ser y de obrar la naturaleza. Pero importa considerar, especialmente, de qué modo suelen las cosas funcionar de indicio, ya subordinadas á la idea de lo *ordinario*, ya á la de la *constante* en el ser y obrar naturales.

Un hecho dado no puede ser revelador de otro más que por su *modo natural* de ser, ó por *cambios* verificados es su modo natural de ser: y este hecho revelador, puede ser un hecho interno de la conciencia humana, ó un hecho externo físico.

En cuanto á los *hechos internos* del espíritu humano, no es preciso hacer distinción. No pueden referirse á leyes infalibles, nunca: porque los diversos accidentes del espíritu, con más el influjo del libre arbitrio, introducen anomalías como ley: pueden, pues, hacerse, con respecto á los hechos internos de la conciencia, leyes *para el mayor número de los casos*, no para todos; leyes morales de probabilidad, no de certeza. En otros términos, á propósito de fenómenos morales, tomados como reveladores de otro hecho, no cabe sino ponerse en el punto de vista de lo *ordinario*, pero no de lo *constante*. El odio conocido de Ticio contra Cayo, jamás podrá indicar como causa con relación al efecto, de un modo cierto que Ticio es el matador de Cayo. El goce mal disimulado de Ticio por la muerte de Cayo, tampoco podrá indicar con certeza, como una causa su efecto, que aquel haya sido el matador de este.

En cuanto á las *cosas materiales*, es preciso distinguir. Comenzaremos por considerarlas como efecto que revela la causa, para pasar luego á considerarlas como causa que revela el efecto.

Lo material puede ser como efecto indicador de un hecho causante, bien por las *modificaciones* sufridas, bien por sus *modalidades naturales*.

Las modificaciones sufridas por las cosas materiales se resuelven, como veremos al hablar de las pruebas reales, en las modalidades extrínsecas de *alteraciones* ó de *locomociones* de las cosas. Ahora bien; tanto unas como otras pueden, como es sabido, ser determinadas, ya por la libre acción de cualquier hombre, ya por la posible múltiple influencia de mil cosas sobre una dada, de donde se sigue que las modalidades de las cosas, no pueden referirse á leyes infalibles en la indicación de su causa. Pueden, sí, referirse á leyes *por el mayor nú-*

mero de los casos, no *por todos los casos*, á leyes físicas de probabilidad, no de certeza. En otros términos, á propósito de modificaciones materiales, tomadas como indicadores de un hecho dado causante, no se puede hacer otra cosa que colocarse desde el punto de vista de lo que es *ordinario*, no de lo que es *constante*.

A veces, sí, las cosas hacen pensar, no ya en la causa de una *modificación* de las mismas, sino en su causa, por el *modo natural* de ser; tal ocurre cuando la cosa se considera en la modalidad propia de su naturaleza, no en una modificación extrínseca; esto es, cuando se la considera como *producida* y no como *modificada*. Ahora, entre los efectos de esta especie y sus causas, percibe á veces la mente, relaciones, no sólo *ordinarias*, sino *constantes*; con lo cual se obtienen los rarísimos indicios necesarios. Así, el niño que por sus condiciones de recién nacido revela un parto reciente, lo hace, no sólo por cambios experimentados por su modalidad natural, sino por su modo natural y sustancial de ser, y esto de un modo constante. Del propio modo, el nacimiento de un niño de una mujer, lleva á afirmar con certeza la anterior unión carnal de la misma con un hombre; y tratándose de una casada, admitida la certeza de la ausencia del marido en el período natural del embarazo, lleva á afirmar el adulterio de la referida mujer. Mas los indicios necesarios de esta especie son raros, sobre todo en el juicio penal.

Pasemos á considerar las cosas materiales como *causas* reveladoras del efecto. Desde este punto de vista, la cosa no se considera más que en cuanto á su *modo natural de ser* intrínseco ó extrínseco; una cosa, por su modo natural de ser, lleva á pensar en otra como en su efecto. Ahora bien; una cosa no funciona como prueba indirecta indicando otra como la causa al efec-

to, sino en cuanto por su naturaleza se la conceptúe *capaz de producir* aquella otra como efecto, no en cuanto *la ha realmente producido*. En otros términos, una cosa contingente por sí sola no puede hacernos pensar que haya producido su efecto, sino que lo ha podido producir. En el juicio penal trátase de averiguar un hecho humano: el delito; ahora, las cosas no pueden obrar sobre este hecho con influjo necesario, sino sólo con influjo probable. Y este influjo causal de las cosas en los hechos humanos se realiza frecuentemente en función de prueba; así, cuando el hombre incorpora, por decirlo así, en la propia acción estrictamente personal cosas extrañas para hacerlas funcionar como medio, ó cuando el delincuente hace entrar en el orden de la propia actividad criminosa una palanca, una escala, un puñal. Un puñal dado, puesto en relación con una herida dada, *puede ser* el que en realidad la ha producido; una palanca dada, puesta en relación con la puerta forzada, *puede ser* la que en realidad la ha forzado; una escala dada, puesta en relación con un muro escalado, *puede ser* la que en realidad sirvió para el caso.

Por tanto, en la averiguación del delito una cosa no puede servir para indicarlo como causa á efecto, sino como probabilidad, no como certeza; desde el punto de vista de lo que es *ordinario* para la especie, no de lo que es *constante*.

Resumiendo: en general, en el raciocinio ó argumento probatorio que se llama indicio, se parte casi siempre de la idea general de lo que es ordinario, y muy rara vez de lo que es constante.

Pasemos ya á tratar de la presunción, que, como queda dicho, tiene por punto de partida la relación de identidad.

En cuanto á la relación de identidad como camino para el conocimiento, es preciso notar que esta relación no puede generar la prueba *indirecta*, llamada presunción, sino á partir de la idea general de modo *ordinario* de ser de la naturaleza. Si se parte en esta relación de la idea del modo *constante*, lo que como *constante* se percibe en el género ó especie, se percibe como *infalible* y necesario en el individuo, y lo que como *necesario* se percibe en el individuo, se le atribuye de un modo *directo*, y no de un modo *indirecto*. No puede, repetimos, tenerse por medio de la identidad la prueba indirecta de la presunción, si no á partir del modo natural de ser *ordinario*; entonces es cuando, al percibir un atributo como correspondiente á una especie, y por tanto en relación de parcial identidad con ésta, se pasa á atribuirlo al individuo, no como necesario ó infalible, sino como probable; se le atribuye, no porque corresponda á su naturaleza individual, lo que valdría tanto como atribuírsela de un modo directo, sino porque corresponde á la especie á que el individuo pertenece; lo que vale tanto como atribuirlo al individuo de un modo *indirecto*. Por tanto, cuando se habla de la prueba indirecta constitutiva de la *presunción*, se supone siempre que en el raciocinio probatorio se parte del modo *ordinario* de ser la naturaleza.

De lo cual resulta que, fuera de los casos excepcionales en que la fuerza probatoria del indicio se deriva de una ley constante, lo ordinario es la base fundamental y lógica de la prueba en general; he ahí el lazo entre los hechos generales del mundo físico y del mundo moral de un lado, y el hecho particular del delito de otro.

Lo *ordinario* générico, en cuanto á los objetos en sí y

*en sus atributos*, hace *presumir* lo particular del individuo; tal es el árbol genealógico de todas las presunciones.

Lo ordinario también, *en cuanto á la relación de causalidad entre diversos sujetos*, hace que una cosa, individualmente *indique* la otra; tal es el árbol genealógico de casi todos los indicios.

La teoría de lo ordinario es, pues, la base de los indicios y la de las presunciones: influjo ordinario entre causa y efecto: adherencia ordinaria de una cualidad á su objeto.

Antes de concluir este capítulo, conviene hacer todavía una observación de carácter general. Hemos expuesto el criterio fundamental, que creemos exacto, para la distinción entre la presunción y el indicio; hemos visto que no deben ser confundidos. Pero no se crea por esto que el indicio y la presunción resultan diferenciados radicalmente, hasta el punto de excluirse, pues esto no sería exacto. Ante todo, como la presunción presta siempre su fuerza para determinar la credibilidad subjetiva de toda prueba, concurre naturalmente á determinar la del indicio; después de tener como presunta la verdad subjetiva del hecho indiciario, deduciéndola del ordinario modo de los hechos de su especie; después de haber juzgado que no se presentan por obra de la malicia humana, del engaño; después de semejante *presunción*, es cuando se pasa á hacer valer el *indicio* en su propia sustancia probatoria, como indicativo del hecho que se trata de averiguar. La presunción, es la que comienza á acreditar la subjetividad del indicio, como la de todas las demás pruebas.

Pero fuera de esto, además del concurso en la presunción de la evaluación subjetiva del indicio, en cuan-

to al contenido es también muy frecuente que presunción é indicio se entrecrucen y auxilién. Así, en todos aquellos casos en los cuales el elemento material induce á admitir el intencional, cuando *res ipsa in se dolum habet*, en los casos, en suma, de presunción de dolo, hay siempre acumulación de presunción y de indicio. Comiénzase por presumir que el imputado ha obrado con inteligencia, porque así suelen obrar todos los hombres; lo cual es una verdadera *presunción*. Véase luego que el elemento material no puede responder más que á un fin dado, y en su virtud se afirma que el agente ha dirigido á tal fin su acción: el elemento material, se convierte así, en *indicio* particular del dolo.

He ahí de qué modo presunción é indicio se entrecruzan y auxilián, y he ahí cómo ciertos argumentos probatorios desde un punto de vista, pueden llamarse presunciones, y desde otro indicios. Pero tal entrecruzamiento no implica confusión: quedan siempre distintos en su propia naturaleza específica, anteriormente determinada.

### *Título 1.º del capítulo III*

#### PRESUNCIÓN.

Hemos dicho antes que el raciocinio de la presunción llega á lo conocido de lo desconocido, á partir del principio de la identidad, mientras el indicativo lo hace á partir del de causalidad.

La presunción no es, para nosotros, más que una especie de prueba indirecta.

A este concepto, no siempre admitido, se oponen dos diversas nociones. Algunos dicen: la presunción no se distingue del indicio, son una misma cosa. Otros dicen: la presunción, no sólo no es el indicio, sino que no es prueba de ningún modo; es un medio de certeza extraño á la prueba. Conviene examinar estas opiniones antes de pasar á confirmar la nuestra.

Los escritores que confunden la presunción con el indicio, se han dejado vencer por el lenguaje vulgar, el cual á su vez se ha dejado perturbar por la etimología indeterminada de la palabra. *Praesumere*, formar casi una opinión anticipadamente: etimología genérica é indeterminada del vocablo, la cual hace sospechosa la cosa significada. Y aquí el lenguaje común se mantiene armónico con las razones etimológicas, ha adoptado este verbo con sus derivados para expresar un vicio moral, propio de las almas vulgares, confirmando así la condena respecto del significado equívoco de la palabra. Como vicio moral, la presunción es la soberbia de los pequeños; como argumento lógico abusivo, es la certeza de las gentes ligeras, bajeza, en todo caso, moral ó intelectual.

La lengua común, no ha, pues, dado á la palabra *presunción*, sino un sentido generalísimo é indeterminado, lo cual se explica como tantas otras cosas. El sentir común aliméntase de visiones intuitivas, y si tiene el poder para las síntesis, no lo tiene para los análisis. Al hombre de ciencia toca sacar de las síntesis iniciales, indeterminadas y frecuentemente confusas, del sentido común, las nociones analíticas, claras, precisas y distintas, para fijarlas claramente, y armonizarlas en las altas armonías de las síntesis científicas.

La lógica criminal tiene la obligación de determinar la noción científica de la presunción. Y que la presun-

ción tiene derecho á una noción determinada propia, resulta de que aún cuando la ciencia no haya hasta aquí determinado la noción, sin embargo, frecuentemente, cuando habla de presunción, habla en un sentido específico, haciendo suponer lógicamente que la presunción sea algo distinta del indicio. ¿Se quiere de ello una prueba? Presentad á los mismos sostenedores de la identidad de la presunción y del indicio argumentos lógicos, que la ciencia no llama sino con el nombre de presunciones, y ved si saben y pueden llamarlas con el nombre de indicio. Los mismos sostenedores de la identidad dicha, no sabrán ni querrán decir, que el acusado tiene en su pro el *indicio* de la inocencia, salvo prueba en contrario; en tal caso, se hablará siempre de *presunción*.

¿Y por qué así? Porque se advierte que la presunción es cosa distinta del indicio, aun cuando no están determinadas de un modo científico las respectivas nociones y sus diferencias; porque se ve, sin darse clara cuenta de la razón, que el raciocinio lógico que lleva á conceptuar inocente al acusado, es verdadera presunción, y no indicio.

Pasemos á la segunda opinión contraria á la nuestra. La presunción, dicen, es un medio de certeza, pero no una prueba. Esta opinión no nos parece menos errónea que la primera.

Ante todo, clasificar la presunción como una fuente especial de certeza criminal, extraña á la prueba, lo creo peligroso, ya porque puede provocar en el ánimo el desprecio de la prueba, mostrando que sin ella puede producirse la certeza, ya porque no considerada la presunción como medio probatorio, no se pone en claro su verdadera naturaleza, por lo que alcanza en la conciencia del juez ligero una importancia exage-

rada. Separando la presunción, que es la especie, de su género, la prueba indirecta, piérdese todo criterio lógico para apreciar y valuar su naturaleza. Además, fuera la presunción del campo de las pruebas, créase el peligrosísimo dualismo de una conciencia producida por las pruebas y otra por las presunciones, las cuales, de este modo, se encuentran como argumentos bastardos de dudosa genealogía, indefinidos é indefinibles en el campo de la lógica judicial.

Pero, ¿por qué razón la naturaleza de la prueba en el indicio no se estima del propio modo que la presunción? Sin duda se hace esto en atención á la diversa noción del uno y de la otra, antes expuestas, y que conviene recordar. Cuando se presenta la fuga de Ticio como indicio de su delincuencia, la fuga es un hecho particular distinto del de la delincuencia, y que necesita, no sólo ser enunciado, sino especialmente probado; vese así claramente la naturaleza del argumento probatorio. En cambio, cuando se presenta la fórmula elíptica, el acusado Ticio debe presumirse inocente salvo prueba en contrario; no se ve á primera vista cuál es el hecho de que se parte para llegar á la presunción, que realmente no resulta á modo de conclusión; tal hecho se disimula, no siendo necesario probarlo, por lo que parece que no se trata de prueba, sino de una simple apreciación subjetiva. Pero no es así; hay siempre *un hecho conocido*, del cual se parte para llegar al *desconocido* que se presume. El hecho que nos lleva á presumir la inocencia del acusado es su *cualidad de hombre*, la cual, por lo que á la especie humana se refiere, implica que éste es de ordinario inocente, imponiéndonos así como conclusión que es preciso presumir, ó tener como probable, la inocencia del acusado, que es hombre. Esta cualidad del acusa-

do, la cual es lo *material* de la presunción, salta á la vista y se prueba por sí misma; es inútil siquiera enunciarla. La consiguiente afirmación relativa á la especie humana es también verdad intuitiva, que tampoco exige ser enunciada. Procediéndose en el raciocinio de presunción, según relación de identidad, como ya hemos visto, hay tal simultaneidad de percepción de las tres proposiciones, que sólo se enuncia una sola: la conclusión. Pero no quiere esto decir que en la presunción no haya un hecho particular de que partir, ni es verdad tampoco, que se parta de datos sin bases probatorias. No se sale nunca de la esfera de las pruebas; hay siempre un hecho probatorio; y á su atestación se dirige la visión directa de nuestros ojos, y de los de todo hombre; realmente, para la eficacia probatoria que á tal hecho se atribuye, hay, además de nuestro testimonio, el de todos los hombres, testimonio registrado en aquel gran libro de la conciencia humana que se llama *sentido común*. No hay, pues, razón alguna para negar á la presunción su naturaleza de prueba.

Volvamos ya á nuestra noción, según la cual la presunción no es más que una especie de prueba indirecta.

Acercas de la falta de dirección propia de la presunción, es preciso detenerse un poco para aclarar el concepto, presumiendo posibles y especiales objeciones.

Hemos dicho que el raciocinio de las presunciones alcanza lo conocido de lo desconocido siguiendo el principio de la identidad. Hemos dicho que entre un sujeto y sus atributos hay siempre identidad parcial. Ahora, considerando que en toda presunción no se hace otra cosa que referir un atributo á un sujeto, y que el atributo es lo *desconocido* que se llega á cono-

cer, así como el sujeto es lo *conocido* que sirve para hacerlo conocer, resulta, por la identidad parcial que afirmamos existe entre sujeto y atributo, que si hay identidad entre conocido y desconocido, ó sea entre prueba y probado, por lo que parece al pronto, la presunción, como argumento probatorio, tendrá un contenido de prueba directa para el juez. Pero no es así. En materia de pruebas, para determinar su naturaleza, es preciso atender al camino por que pasa la mente de la prueba á lo probado. Pues bien; cuando por el raciocinio de presunción se afirma en el individuo un atributo, tal atributo se afirma sin percibirlo directamente en el individuo á que se refiere y percibiéndolo sólo en la especie: así resulta que la afirmación del atributo individual es afirmación indirecta. Ahora bien; tratándose de un individuo humano y de las cualidades que por su condición de hombre se le atribuyen por presunción, lo que se percibirá directamente será su cualidad de hombre, la cual resultará como una prueba directa real; pero las cualidades que se le atribuyen en cuanto y porque pertenecen á la especie humana, se le atribuyen indirectamente, como percibidas en la especie y no en el individuo á quien son atribuidas.

Ya lo hemos dicho; en materia de presunciones se parte de la idea de lo que es *ordinario* y no de lo que es *constante* para la especie. En la presunción se atribuye una cualidad á un sujeto, porque de ordinario tal cualidad se ofrece en los sujetos de su misma especie. La ordinaria adherencia de una cualidad á un sujeto, es la adherencia en el mayor número de los casos comprendidos en la especie: de suerte que hay casos comprendidos también en la misma en los cuales tal adherencia no se produce. Si razonando atribui-

mos un predicado á un individuo, porque tal predicado lo percibimos *constantemente* como propio de la especie, entonces, aun cuando siempre iremos por vía indirecta para atribuir tal predicado al individuo dado, sin embargo, acabaremos por atribuirlo de un modo directo; puesto que percibir un predicado como infalible en un sujeto, es tanto como percibirlo en el sujeto mismo. En este caso, no deberá hablarse de percepción y de prueba directa, aun cuando en virtud del método intelectual se haya seguido un camino indirecto. Estamos, en verdad, frente á una percepción directa, pura y simple, á la cual nos ha llevado un método lógicamente indirecto: no se trata ya de *presumir* una cosa dada, sino de percibirla como cosa evidentemente cierta.

Pero no es este el caso de la *presunción*. No partimos, como queda dicho, de la idea de lo *constante* en la especie respecto de todos sus individuos, sino de lo *ordinario*; y lo ordinario de la presunción es la adherencia de un atributo á un sujeto en el *mayor número de los casos*, en las especies comprendidos, no en todos: por esto mismo la *ordinaria* adherencia de un predicado á los individuos de una especie se resuelve en la *probable* adherencia del predicado á uno en particular. Hay siempre identidad, puesto que todo ser comprende en su totalidad sus atributos, lo cual determina entre éstos y el ser la relación de identidad parcial; pero esta identidad se presenta á nuestro espíritu, no como identidad efectiva en el individuo, sino en la especie: en el individuo tal identidad se ofrece sólo como probable. El predicado aquel no lo percibimos, pues, en sí, en el individuo al cual lo referimos, sino en el mayor número de los individuos de la especie, por lo que lo atribuimos *como probable* á un individuo

dado, ó lo que es igual, lo presumimos en él. Claramente se verá de qué modo en este caso la percepción resulta siempre indirecta, siendo siempre indirecta la prueba que nos lleva á esta presunción. Creo que con lo expuesto debe quedar demostrado el carácter indirecto de la prueba de la presunción.

De cuanto dejamos dicho en el precedente capítulo y en éste, acerca de la naturaleza de lo *ordinario*, ó sea de la naturaleza de la idea general y experimental que constituye el contenido de la mayor de todo raciocinio de presunción, resulta claro cuál es el valor probatorio de éste. Como la presunción tiene su móvil, no en la idea de lo *constante*, sino en la de lo *ordinario*, síguese que la presunción es argumento probatorio de simple probabilidad, no de certeza.

Comúnmente las presunciones se dividen en *simples* y *legales*: *simples* son aquellas que se dejan, en cuanto á la determinación de su valor probatorio, á la apreciación del juez, y *legales*, aquellas á las cuales atribuye la ley un valor probatorio dado. Mas para nosotros, que nos hemos declarado contra todas las pruebas legales, esta distinción no tiene valor científico; en nuestro sentir, las presunciones legales son irracionales: en lo criminal no cabe hablar más que de las simples. Sólo desde el punto de vista del hecho legislativo diremos algo sobre las presunciones legales, al fin de esta parte especial, después que hayamos hablado de los indicios. Y procedemos así, porque habiendo la legislación aceptado del lenguaje común, el sentido genérico de la prueba indirecta dado á la palabra *presunción*, ha comprendido también los indicios. Así ocurre que aquellas pruebas legales que en la legislación positiva, y en la escuela, se consideran bajo el nombre de presunciones, no son todas presun-

ciones, sino que comprenden éstas é indicios. Es lógico, pues, tratar de ello, después de haber hablado especialmente de las presunciones y de los indicios.

Para dar una clasificación de las presunciones, lo más lógico es considerarlas desde el punto de vista objetivo, esto es, atendiendo á la naturaleza de lo que se presume.

La presunción no es más que la afirmación de la ordinaria adherencia de una cualidad á un sujeto: ahora, ó bien hay presunciones respecto del sujeto hombre, considerado exclusivamente ó no como ente moral, ó bien sobre el sujeto *cosa*, comprendiendo el hombre considerado como ente *puramente* físico; presunción del hombre las primeras, y de cosa las segundas.

La importancia probatoria de las presunciones está casi por entero en las primeras. Se atribuye una cierta cualidad al hombre en general, ó á una clase dada de hombres, y en su virtud se atribuye, en conclusión, tal cualidad á un individuo humano en particular; he ahí el amplio campo de las presunciones, que tiene un gran valor en todas las materias que se refieren á hechos humanos ó á atestados humanos. Así tenemos como importante la presunción de inocencia y la de la menor delincuencia, de que ya hemos hablado con relación al peso de la prueba; y es siempre importante la presunción de la inteligencia respecto de la acción que se realiza, presunción que en ciertas condiciones resuelve en la llamada presunción de dolo, de la que también hemos hablado á propósito del peso de la prueba y del elemento intencional del delito, y cuya naturaleza mixta de indicio, hemos indicado al final del precedente capítulo. Tiene también importancia la presunción de la ordinaria veracidad del hombre, la cual, como veremos, es el primer y fundamental argumento de la

credibilidad subjetiva de todo testimonio personal. En suma, son numerosísimos los casos en que las presunciones relativas al hombre, alcanzan una gran importancia, en la probatoria penal.

Hay, además, las *presunciones de las cosas*, cuando se atribuye una cualidad á las cosas en general ó á una especie de ellas, y se concluye, en su vista, por atribuirle á la cosa en particular. Pertenece á esta especie una presunción importante que llamaré de *identidad intrínseca* de la cosa, y es aquella por la cual se cree con probabilidad, antes de toda otra prueba, que una cosa es actualmente en sí misma precisamente lo que parece ser, porque de ordinario las cosas son lo que parecen ser, según la fe de la experiencia común. Lo que nos parece un bastón, se presume que lo es, y no que es un arma de fuego: es una presunción de identidad sustancial é *intrínseca*.

Pertenece también á la misma especie, otra presunción más importante aún, que la primera, y que llamaré de *identidad extrínseca*. Esta presunción tiene un doble contenido.

En primer lugar, en virtud de ella, la cosa que, por sus individuales determinaciones distintivas, parece ser la que Ticio poseía, se presume ser precisamente la poseída entonces por Ticio; ó en general, la cosa que por sus apariencias distintivas, muestra tener una relación de pertenencia con una persona dada, con un tiempo ó con un lugar dados, se presume que tenía esta relación: es una presunción de identidad sustancial y *extrínseca*.

En segundo lugar, siempre por la misma presunción, se cree, antes de toda prueba, que una cosa no ha sido falsificada por acción maliciosa del hombre, ni en cuanto al modo, ni en cuanto al tiempo, ni en cuanto

al lugar; porque general y ordinariamente las cosas se presentan sin maliciosa falsificación, según acredita la experiencia común. Trátase aquí de una presunción de identidad formal y *extrínseca*. Así, el puñal que se presenta manchado de sangre, se presume puesto en tales condiciones particulares, ya por uso del propietario ó por casualidad, y no se presume desde luego que haya sido efecto de acto malicioso del hombre, encaminado á producir engaño con tales apariencias. Del propio modo, el veneno encontrado en el armario de un individuo que tiene de él la llave, se presume colocado allí por él, y no introducido dolosamente por obra maliciosa de otro.

Estas dos presunciones acerca de las cosas, que hemos llamado de identidad intrínseca y de identidad extrínseca, son el fundamento de la credibilidad subjetiva de las pruebas reales, y son de gran importancia para los juicios humanos. Sin ellas estaríamos condenados á caminar en medio de sombras. El mundo exterior no se nos revela sino por sus apariencias; las visiones del alma van precedidas y dirigidas por las del cuerpo. Si el pensamiento humano, en todo lo que físicamente aparece, hubiera de atenerse desde el primer momento á simples ilusiones engañosas, el pensamiento al fin, no podría vivir del mundo exterior, viéndose precisado á recluirse dentro de sí en la soledad de la conciencia para dudar de todo.

*Título 2.º del Capítulo III*

## INDICIO.

Párrafo 1.º del Título 2.º—*Del Indicio en general.*

Tanto en el desenvolvimiento del concepto genérico de la prueba indirecta, como en la determinación de las bases de su clasificación fundamental, como al hablar particularmente de la primera especie de pruebas indirectas, la presunción, llegamos á indicar en gran parte el concepto de la segunda, esto es, del indicio. Según todo lo expuesto, resulta que la prueba indirecta, sea presunción, sea indicio, tiene la forma lógica del raciocinio. Pero mientras el raciocinio de la presunción alcanza su objeto—el conocimiento de lo desconocido—á la luz del principio de identidad, el indicativo lo alcanza á la del de causalidad.

A la noción del indicio—una de las dos pruebas indirectas—se oponen dos escuelas :

De un lado, se sostiene que el indicio y la presunción son una cosa misma. Esta opinión ya la hemos combatido á propósito de la presunción, mostrando su falta de lógica. Los mismos sostenedores de esta opinión, ya lo hemos dicho, cuando se encuentran frente á algunas presunciones verdaderas, no saben cómo llamarlas indicios; jamás podrá llamarse indicio á la presunción de inocencia del acusado mientras no se pruebe lo contrario. ¿Y cómo no se hace eso si indicio y presunción son una cosa misma? Vese bien cla-

ro que esa afirmación de identidad no se funda en una convicción lógica, sino que se deriva simplemente de la falta de percepción de las diferencias sustanciales que entre indicio y presunción existen. Se niega *en general* la distinción entre uno y otro, porque no se alcanzan las nociones diferenciales; y luego, cuando se contempla en particular una verdadera presunción, no hay valor para llamarla indicio, porque la razón vislumbra, aunque sea de un modo indeterminado, que hay en ella algo de especial, que se opone á su confusión con el indicio.

La opinión, pues, favorable á la identidad entre presunción é indicio no se funda en una convicción lógica; debe ser rechazada sin más.

Pero hay otra opinión contraria á la nuestra. Algunos, previa la no admisión del indicio como prueba indirecta, ven en él tan sólo el nombre genérico de las pruebas imperfectas. Toda prueba imperfecta, sea cual fuere su contenido, es un indicio. Opinión extraña, en verdad, esta, que introduce espantosa confusión en el campo de las pruebas. Para ella, una misma prueba ya es un indicio, ya no, sin que para ello se verifique cambio alguno en su naturaleza; así el testimonio único, que se considera prueba imperfecta, es un indicio; si se añade otro testimonio, cesa la imperfección—de ser único—y ya no es indicio. El indicio así tomado, es algo de indeterminado, bueno sólo para producir confusión. La imperfección de las pruebas puede referirse al contenido, al sujeto y á la forma probatoria: ahora bien; todo esto se comprenderá en el indicio, y fácilmente se ve el beneficio que ello reportaría á las determinaciones científicas. Esta opinión originóse en algunos artículos de la Carolina, que enumeraban entre los indicios la deposición de un

testigo único, y la confesión extrajudicial, sin mirar á su *naturaleza* como pruebas, sino á su *valor* probatorio. Y no hay que extrañar que tal opinión haya encontrado mantenedores; ¿qué opinión hay que no los tenga? Lo que debe sorprender es que esta opinión sea seguida por muchos de un modo inconsciente; y más aún que entre éstos figuren hombres de superior ingenio. Después de haber sentado en principio el carácter de prueba indirecta del indicio, se cae en el defecto de enumerar entre los indicios la deposición de varios testigos indóneos, la deposición del testigo único, la confesión extrajudicial, la del ofendido, la inculpación del cómplice; formas de prueba todas estas que pueden tener un contenido ya directo ya indirecto, y que principalmente no se toman en cuenta, y no tienen importancia, más que en cuanto se presentan con un contenido directo.

El pobre lector concienzudo que tenga el hábito de leer meditando sobre lo que lee, al encontrarse ante semejantes contradicciones presentadas con gran desenvoltura como verdades no discutidas é indiscutibles, debe quedar al pronto desorientado; no sabrá si acusar al autor, ó á sí propio, ó á la misma razón humana. Lo más frecuente será que el lector se acuse á sí propio, pensando que quizá hay en la idea científica, lados y aspectos para él inaccesibles. Y entonces verá en la ciencia una diosa misteriosa que sólo se revela á sus sacerdotes, un ídolo que no pueden contemplar los profanos... Otras veces, el lector, en vez de sumirse en esta humilde duda de sí propio, comprenderá en la duda al autor, á sí y á todos, hasta perder la fe en la razón humana, á lo menos en materias científicas. Lo menos frecuente en este caso será lo mejor, esto es, atribuir al autor lo que le corresponde:

su contradicción; y será esto lo menos frecuente, porque es lo más fatigoso, en cuanto obliga, no sólo á ver en que está lógica y genéticamente el error, sino á fijar en su lugar la verdad de una manera determinada y razonada. Dudar es siempre más fácil que afirmar, cuando se quiere descansar en la duda, en esa duda inerte que á nada tiende, que constituye la ciencia cómoda de los perezosos, pues no se trata entonces de la duda activa que se resuelve en la tendencia á la afirmación racional. Pero á quien de cosas científicas escribe, no le está permitida semejante pereza. Tiene el deber de apurar y combatir los errores de los escritores que lo han precedido; que los que le sucedan, lo combatan á su vez. El campo del error se restringe de ese modo poco á poco, mientras se amplía el de la verdad, y la razón humana, por progresos incesantes, se va acercando más y más á aquella alta y completa armonía de las verdades, que es la noble aspiración del intelecto humano.

Volviendo ya á nuestro asunto, el indicio, que puede ser perfecto é imperfecto, no puede ser considerado como equivalente á la prueba imperfecta.

Si los autores que han dado este significado á la palabra indicio hubieran luego usado otras para significar aquella especie de prueba indirecta, que hemos clasificado bajo el mismo nombre de indicio, la cuestión ahora sería sólo una cuestión de palabras. Pero no; la prueba indirecta que llamamos indicio, es para ellos siempre, un nombre particular sin noción definida en la crítica criminal. No se trata, pues, de simple cuestión de palabras, sino de ideas; así, al rechazar la errónea definición del indicio, protestamos al propio tiempo, contra la extraña contradicción de quien le da en abstracto un valor de prueba indirecta, mientras

en concreto pone entre los indicios también las pruebas indirectas, aunque imperfectas.

Por nuestra parte, reafirmamos nuestra noción; el indicio es aquel argumento probatorio indirecto que va á lo desconocido de lo conocido mediante relación de causalidad.

Pero ¿cuál es la fuerza sustancial y probatoria del indicio? La medida de esta fuerza probatoria no puede encontrarse sino en la naturaleza íntima de la prueba que examinamos; naturaleza íntima que hemos determinado en una relación específica de causalidad. Es preciso, pues, para conocer la fuerza probatoria del indicio, hacerse á la investigación en particular de la fuerza probatoria de la relación específica de causalidad, que en él liga lo desconocido á lo conocido.

Ya hemos visto, hablando de la prueba indirecta en general, cuál es la forma lógica del indicio, es el raciocinio. Que se recojan todos los indicios posibles, y que se les someta al análisis lógico, y se tropezará al fin con una premisa mayor, que tiene por contenido un juicio específico de causalidad; una menor, que afirma la existencia de un sujeto particular que se contiene en el sujeto específico de la mayor; y con una conclusión que atribuye al sujeto particular en cuestión, el predicado atribuido en la mayor al sujeto específico. En esta conclusión es donde se funda propiamente el argumento probatorio. Conviene aquí una aclaración. Hemos hablado de juicio *específico* y de sujeto *específico* para ser exactos en el lenguaje, ya que el juicio verdaderamente genérico de causalidad es el *principio* mismo de causalidad; todo efecto supone una causa. El juicio de causalidad, expresado en la mayor del raciocinio indicativo, sólo expresa propiamente la relación entre una especie de causas y una especie de efec-

tos; he ahí en qué sentido lo hemos llamado específico. Se comprenderá, además, que este juicio *específico* de causalidad es siempre *general* con relación al juicio *particular* en que se quiere formular. Prosigamos.

Hemos visto también anteriormente que la idea más general contenida en el juicio de la mayor, se nos da por la experiencia, la cual la recoge por indicación de la observación de los varios casos particulares. Además, hemos visto que esta idea general, de que se parte, consiste, para el *indicio casi siempre*, y *siempre* para la presunción, en el *ordinario* modo de ser y de obrar la naturaleza. Para el completo desenvolvimiento de esta teoría, creemos oportuno volver á considerar en esta parte del libro, la fuerza de la relación que en el indicio nos lleva de lo conocido á lo desconocido, con lo cual lograremos fijar el valor del indicio mismo.

En el indicio, la cosa que se presenta como conocida es siempre distinta de la desconocida que se quiere conocer. Ahora, una cosa conocida no nos puede probar una cosa distinta desconocida, sino en cuanto se nos presenta como causa ó como efecto de esta, puesto que entre cosas distintas no hay, según hemos demostrado, más que la relación de causalidad capaz de conducirnos de la una á la otra. La cosa conocida, que sirve para indicar lo desconocido, puede presentarse bien como causa, bien como efecto; y tal cosa puede consistir en un *hecho interno* de conciencia, ó en un *hecho externo* del mundo.

En cuanto á los hechos internos de la conciencia, claro se ve, que ni como causa, ni como efecto, no pueden dar lugar más que á indicios contingentes. Conviene sólo volver sobre la posible eficacia probatoria de los hechos internos.

El hecho externo que hace de cosa *indicalora*

cuando se presenta como potencia causal, no puede probar su efecto sino de una manera más ó menos probable, jamás de un modo cierto; porque en la esfera de las cosas contingentes no hay causas (en el sentido de *potencias* causales) que deben producir *necesariamente* un efecto dado. Toda causa finita necesita determinadas condiciones, no sólo extrínsecas sino intrínsecas, las cuales no son todas perceptibles para nosotros, para producir un efecto; si aquellas faltan, la causa potencial será infecunda. En el caso de las cosas finitas sólo podrá afirmarse, luego de la observación de los particulares, que una potencia causal dada, produce un efecto, *en el mayor número de los casos y no en todos los casos*; sólo podrá afirmarse la relación *ordinaria* de causa ú efecto, no lo *constante*, no pudiendo el indicio resultante ser sino indicio contingente.

Pasemos ahora al indicio en que la cosa indicadora se presenta como efecto. Una cosa material puede hacer pensar en otra, como en su causa, bien por las *modificaciones* formales, bien por sus *modalidades* sustanciales.

Las modificaciones formales que revelan una causa dada hemos visto que se concretan en la alteración y en el cambio de lugar. Ahora bien; como una y otro pueden derivarse naturalmente en las cosas no sólo de mil accidentes, sino también de mil posibles explicaciones del libre arbitrio humano, jamás ponen de manifiesto su causa de una manera determinada, *constante*. Ante una alteración ó cambio como prueba indirecta, no podrá afirmarse más que la relación *ordinaria* de efecto á causa; únicamente se podrá decir que en el *mayor número de casos*, aquel hecho que se considera como efecto se deriva del otro que se consi-

dera como causa: el indicio que resulta sólo podrá ser contingente. Las manchas de sangre encontradas en los vestidos de Ticio después de la muerte de Cayo, nunca serán más que un indicio contingente de la delincuencia de Ticio, como ocurre con cualquier otro indicio que consista en modificaciones formales de las cosas. Pero hemos dicho también que una cosa hace inducir otra como su causa, no sólo por las modificaciones formales, sino también por las modalidades sustanciales. En otros términos: una cosa puede suponer su causa, no en cuanto modificada, sino como producida; lo que entonces hace pensar en la causa, en el modo de ser natural y sustancial de las cosas. Así, el niño, que por sus condiciones naturales de recién nacido denuncia un parto reciente, lo hace, no sólo por los datos extrínsecos, sino por su modo natural de ser. Ahora bien; entre los efectos de esta especie y sus causas, es donde la mente humana percibe á veces relaciones no meramente *ordinarias*, sino *constant*es; en tales casos el indicio es ya necesario. Por tal modo, de la perfección de las leyes inmutables de la generación del hombre, resulta una cadena de indicios necesarios; así, el embarazo de la mujer, es indicio necesario de su cópula con el hombre; las condiciones naturales del recién nacido pueden ser indicio necesario de parto reciente; en general, el ser vivo en tales circunstancias prueba necesariamente una precedente vida intrauterina y el hecho del parto. Aun cuando pocos, hay, como se ve, indicios necesarios.

De la fuerza que puede presentar la relación de causalidad entre el hecho que indica y el indicado, trámite lógico del raciocinio indiciario, hemos inducido el valor probatorio que puede ofrecer el indicio. Ahora bien; en esta noción del valor de los indicios se

funda una primera clasificación de los mismos. Los indicios en tal respecto son: necesarios, que revelan de un modo cierto una causa dada, y contingentes, que la revelan de un modo más ó menos probable; fúndanse los primeros en una relación constante de causalidad, y los segundos en una ordinaria. Los indicios contingentes tomados en un sentido muy general, comprenden, no sólo los que presentan mayores motivos para creer que para no creer, sino también los que los presentan iguales; son indicios contingentes de probabilidad los primeros y de credibilidad los segundos. Pero estos últimos, aun cuando tienen sentido desde el punto de vista del conocimiento, no lo tienen desde el de las verdaderas pruebas; tales indicios son pruebas sólo en cuanto á la *posibilidad* de un hecho, no en cuanto á su *realidad* efectiva. Al hablar de las pruebas en general, hemos demostrado que las pruebas de credibilidad no son verdaderas pruebas; no tenemos para qué repetirlo. Conviene únicamente advertir que los indicios de credibilidad son aquellos proteiformes que pueden servir igualmente para la acusación y para la defensa, y que aun cuando deberían rechazarse, se hacen valer en la práctica judicial, según la fuerza oratoria del que acusa ó del que defiende. No quedan, pues, como indicios contingentes sino los probables. Ahora bien; ¿cabe clasificarlos desde el mismo punto de vista de su valor probatorio? Al hablar de la probabilidad, hemos demostrado que aun cuando es graduable, su gradación no es determinable de un modo fijo; y hemos dicho que si puede hablarse de una probabilidad mínima (lo verosímil), media (lo probable) y máxima (lo probabilísimo), no es posible señalar los límites que separan estas distintas probabilidades. Dejando á un lado lo probabilísimo, cuya delimi-

tación de lo probable es la más difícil, los indicios contingentes, desde el punto de vista de su valor, podrían distinguirse en verosímiles y en probables, teniendo en cuenta siempre que no son fijables *a priori* las condiciones constitutivas de unos á diferencia de las de los otros.

Resumiendo: el estudio de la relación de causalidad en el raciocinio indicativo, estudio encaminado á conocer la fuerza probatoria de los indicios, nos ha llevado á una primera distinción fundamental de éstos con respecto al valor probatorio: indicios necesarios, probables y verosímiles. Pero esta distinción, por lo indefinible de sus términos fijos, no responde por completo á las necesidades de la ciencia. La ciencia necesita una distinción basada en un criterio sustancial determinado, de suerte que, dado un indicio, deba éste subordinarse á ella de un modo seguro.

Fuera de los indicios necesarios, que son de rarísima eficacia en lo criminal, los tratadistas han procurado divisiones de los indicios contingentes, según criterios *a priori* fijos.

En cuanto á la distinción precedente de los indicios en verosímiles y probables, como no es, según lo dicho, determinable de un modo claro y preciso, ocurre ante todo, que si en concreto surge á veces la duda de si un indicio es probable ó verosímil en abstracto, tal clasificación tendrá necesariamente mucho menos valor, porque estando la fuerza probatoria del indicio determinada por el conjunto de las circunstancias particulares de hecho, y siendo estas circunstancias infinitamente variables, resultará que un indicio que en circunstancias dadas es probable, en otras es simplemente verosímil y viceversa.

Los tratadistas se han dedicado á hacer otras dis-

tinciones, siempre con la esperanza de encontrar un criterio sustancial propio, para una clasificación fija y determinada de los indicios contingentes. Veamos si lo han logrado examinando rápidamente las clasificaciones más acreditadas, para luego exponer la que nos parece más racional.

En primer término, se ha propuesto clasificar los indicios en *próximos y remotos*. Esta división puede ser tomada en dos sentidos; ó como quiere Carrara: indicios que se refieren á la consumación del delito, é indicios en conexión con la simple ejecución; ó bien en el sentido de indicios probables y verosímiles.

Tomada en la primera acepción, dicho sea con el debido respeto al maestro, la distinción se funda en un criterio accidental que nada nos dice de la sustancialidad probatoria del indicio. Parecía que distinguiendo los indicios según su conexión con la ejecución ó con la consumación, se llegaba á dividirlos á partir de un criterio fijo revelador de su diversa eficacia probatoria, pero no es así. Hay indicios de ejecución que tienen mayor fuerza probatoria que los de consumación. El haber sido visto Ticio escondido con una escopeta cerca del camino, una hora antes de que en aquel sitio fuese muerto un hombre de un disparo, es indicio remoto que no se refiere á la consumación, pero que tiene más fuerza probatoria, que la simple mancha de sangre encontrada en Ticio, y la cual sería un indicio de consumación.

Si la distinción indicada la tomamos en el otro sentido, no hace más que añadir la gran indeterminación de las palabras á la ya natural de las cosas. Y lo mismo puede decirse respecto de las clasificaciones de los indicios, en *urgentes y no urgentes*, violentos y no violentos, graves y leves, nomenclaturas todas que no

hacen más que aumentar la indeterminación natural de las gradaciones de la probabilidad, cuyos términos propios son lo verosímil y lo probable; realmente vale más atenerse á la precedente distinción de los indicios en verosímiles y probables, prescindiendo de toda otra nomenclatura incierta y equívoca; á lo menos se sabe lo que se quiere decir.

Hanse clasificado los indicios en *comunes* y *propios*; comunes, aquellos que existen con relación á todos los delitos, como la fuga ó el soborno de testigos; propios, aquellos que no existen más que con respecto á un delito dado, como la adquisición del veneno, indicio del envenenamiento, la ocultación del embarazo ó del parto, indicio para el infanticidio. Esta distinción, aun cuando se presta á una cierta clasificación material de los indicios abstractamente considerados, nos parece completamente insignificante. No se funda en lo sustancial del indicio; nace sólo de una consideración completamente estrínseca. Su superficialidad aparece clara, con sólo tener en cuenta que un indicio no puede ser llamado á funcionar en concreto como prueba de un delito dado, si no se le considera como *propio* del mismo; y así es precisamente cómo el indicio se presenta por sus condiciones concretas de prueba. El soborno de los testigos, es, se dice, un indicio común, un indicio que puede presentarse como prueba indirecta respecto de cualquier delito. Verdad; pero consideración es ésta sin importancia para la sustancia probatoria del indicio en concreto. Desde el momento en que el soborno se considera en concreto como indicio de delincuencia, quiere decir que se la considera respecto de los testigos de una causa dada y del acusado que se encuentra *sub júdics*; en otros términos, quiero decir que el soborno se considera como indicio

*propio*; y no puede considerarse de otro modo, por las condiciones concretas bajo que se presenta. Lo mismo pasa con los otros indicios comunes; no tienen sentido probatorio, si no se les supone con aquellas determinaciones concretas en virtud de las cuales se hacen *propios*; un indicio que se siguiera considerado como *común sin tales determinaciones concretas, no sería* más que un hecho abstracto, sin eficacia alguna como prueba. ¿Cuál, pues, podrá ser la importancia sustancial de semejante distinción? Es una distinción basada en un criterio extrínseco del indicio considerado en abstracto, y la cual no tiene sentido ni aplicación para los indicios considerados en concreto. Este criterio sólo puede funcionar como accesorio al lado de otro sustancial, para no perderse en los infinitos detalles de los indicios particulares, que en cada delito pueden verificarse.

Ora distinción de los indicios los divide en *antecedentes, concomitantes y subsiguientes*, tomando como guía el criterio material del momento en que tiene vida el hecho indiciario, con relación al tiempo de la consecución del delito. Esta distinción cronológica no tiene más importancia que la anterior, y, como ella, sirve para clasificar metódicamente los diferentes indicios. Mas tropezamos siempre con la misma dificultad: el criterio material á que obedece esta distinción es un criterio también extrínseco, que no pone al descubierto nada de la naturaleza sustancial del indicio como prueba, por lo que no puede tener importancia alguna racional.

En cuanto á la distinción de los indicios de la delincuencia y de la inocencia, propuesta por Weiske y aplaudida por Carrara, es una distinción no fundada en la naturaleza específica del indicio: es referible á

todas las pruebas, desde el punto de vista de sus fines especiales, por lo que tratamos de ella al hablar de la prueba en general.

Por nuestra parte, si bien admitimos, desde el punto de vista del valor probatorio, la clasificación de los indicios en necesarios y contingentes y éstos en probables y verosímiles, encontramos siempre en razón de lo dicho, que siendo la probabilidad y la verosimilitud, como cualquier otra gradación de la probabilidad, indeterminadas concretamente, no se sabe á veces si un indicio dado se debe considerar probable ó verosímil; y en abstracto creemos que tal clasificación tiene menos importancia aún, por cuanto se refiere al *valor* de los indicios, y éste no puede calcularse de un modo exacto sino en concreto.

En vista de esto, conceptuamos necesaria otra distinción con términos claros y precisos de los diferentes indicios. Pero tal distinción, para ser científica, debe inspirarse en un criterio sustancial, este es, que enuncie y explique la sustancia probatoria del indicio. Una vez encontrado tal criterio, todo indicio, tómesese en abstracto ó tómesese en concreto, deberá necesariamente estar subordinado á las categorías sustanciales respectivas, supuesto que no hay cosa alguna que pueda separarse de la sustancia propia sin dejar de ser

Si se quiere un criterio sustancial, claro es que no podemos encontrarlo sino en la contemplación del elemento sustancial probatorio del indicio. Ahora bien; al dar nosotros la noción de esto, hemos visto en qué consiste tal elemento: descansa en el principio de causalidad, mediante el cual, vamos de lo conocido á lo desconocido. Pero el punto de partida de la razón aquí no es el mismo siempre: unas veces se parte de lo que consideramos como causa, yendo hacia el efec-

to que deseamos conocer: otras se parte de ésta, lo conocido, proponiéndonos conocer la causa: en otros términos, unas veces es la causa la que indica el efecto, y otras al contrario. Y he ahí, á nuestro parecer, dos clases sustancialmente distintas de indicios. El indicio que tiene su eficacia en una causa que indica el efecto, podría llamarse *causal*, y el otro lo llamaríamos *efectual* (*effettuale*). Y usando esta denominación, resultará como se ve aceptados los adjetivos *causal* y *efectual* en un sentido activo, como referidos al término activo del indicio, á la cosa que hace conocer, no á la que se debe conocer, al hecho *indicador*, no al *indicado*. Si el hecho *indicador* lo es como causa, tenemos el indicio *causal*: si lo es como efecto, tenemos el *efectual*. Pero fijemos bien el sentido de las palabras para evitar malas interpretaciones.

Esta distinción de los indicios—*causales* y *de efecto*—parecerá utilísima. La ventaja de este criterio aparece grandísima, cuando se considera que admite respecto de muchos hechos el valor de indicio de una manera muy indeterminada, sin darse cuenta de su sustancia probatoria. Ahora bien; la clasificación propuesta, obliga, por ser sustancial, á estudiar la verdadera naturaleza y valor, toda vez que exige se considere la particular relación de causalidad en que se funda toda la fuerza probatoria del indicio. Obrando de este modo, algunos indicios de carácter indeterminado, que á veces se presentan como argumentos probatorios de cierta fuerza, se pondrán al descubierto como pruebas, y resultarán con el escaso y mínimo valor que les corresponde y que les hace despreciables.

Cuando no se logra, desde luego, caracterizar el indicio entre los *casuales* ó los *de efecto*, supone esto que no se tiene un concepto exacto del valor probato-

rio del mismo: supone, en suma, que su apreciación objetiva se hace ciegamente y no por cálculo razonado. Es preciso entonces ponerse en guardia contra el indicio y no recibirlo sino cuando, después de apreciado exactamente, se logre caracterizarlo y clasificarlo.

Ahora bien; desde el punto de vista general de estas dos clases conviene advertir que los indicios *de efecto* presentan siempre una mayor eficacia probatoria que los *causales*. No quiere esto decir que no pueda tener en particular un indicio causal más fuerza que uno de efecto. Si se elige el más fuerte de los indicios causales y se le compara con el más débil de los de efecto, se comprende que aquél puede tener más eficacia probatoria que éste. Pero no es de ese modo cómo puede juzgarse lógicamente el valor probatorio de las clases; es preciso considerarlas en su totalidad, comprensiva de todos los que especialmente pertenecen á cada una, y comparables en junto unos con otros. Pues bien; miradas así las cosas, es como afirmamos que los indicios de *efecto* tienen más eficacia probatoria que los de *causa*. Y se comprende.

El efecto sirve de mejor manera para indicar la causa, que no la causa el efecto, porque en el campo de lo contingente, todo hecho es seguramente el resultado determinado de una causa; mientras no todo hecho es de cierto el generador real de un efecto. Lo que se considera como efecto no puede menos de ser un efecto de una ú otra causa. Lo que se considera como causa, puede no ser causa en manera alguna, puede no haber producido efecto alguno, por faltar determinadas condiciones internas ó externas, que nosotros no percibimos. He ahí un motivo en contra inseparable de los indicios *causales*, y un motivo corroborante de los

indicios *de efecto*; he ahí también la razón de la mayor eficacia probatoria de una clase respecto de la otra.

Y como las verdades no se contradicen, sino que se armonizan y se completan, lo que sirve de contrapueba de los mismos, en la clase á que atribuimos la mayor eficacia probatoria—indicios de efecto—es en donde puede encontrarse el colmo de perfección de la prueba indiciaria, el indicio necesario. La cosa indicadora que se presenta como causa, ya lo hemos dicho, no puede probar su efecto, sino de un modo más ó menos probable, puesto que en la esfera de lo contingente no hay potencias causales que deban producir *necesariamente* un efecto dado; cualquier causa potencial finita, puede ser infecunda por razones intrínsecas ó extrínsecas que nosotros no percibimos. Por el contrario, hay hechos que una vez producidos, no pueden ser más que efecto de una sola causa; la cual, por esto, va indicada necesariamente por su efecto. Así ocurre que por mucho que se busquen indicios verdaderamente necesarios, sólo se encontrarán entre los de la clase á que nos referimos. Ahora bien; tal clase en general es de mayor eficacia probatoria que la de los causales, y comprende los indicios más perfectos en su contenido, esto es, los necesarios.

Para determinar mejor aún los conceptos, diremos todavía unas palabras acerca del valor de los indicios causales, respecto de las leyes morales á que puedan referirse, á propósito del delito.

El indicio causal del delito es, en general, el que tiene como base un hecho causal del delito. Ahora bien; este indicio puede consistir en un hecho que ha podido generar la intención, y que sirve para indicarle. El indicio causal puede además consistir en un hecho, que se toma como manifestación de aquella

intención que ha podido, afirmándose y determinándose, generar la acción criminosa; por donde el indicio indica la acción, fundándose en la regla general, según la cual la intención precedente al delito, aunque sea vaga, es la que, afirmándose como intención determinada cada vez más, acaba por producir la acción criminosa. Tanto en el primero como en el segundo caso, el indicio se funda en leyes morales. Ahora es preciso ser muy cautos en lo de hacer deducciones de las leyes morales, porque pueden siempre naufragar merced á la disposición del espíritu individual y por causa del libre arbitrio, siendo esto lo que explica su debilidad. Pero veamos esto de un modo más concreto.

Se tiene á la vista un hecho que ha podido generar la intención del delito. Mas ¿cómo, por qué? La miseria que puede generar la voluntad de robar, ¿será nunca buen indicio de la existencia real de semejante voluntad? ¡Cuidado! la miseria puede ser compañera de la resignación; puede generar el delito, inmediatamente reprimido con aquel dominio sobre sí que el hombre tiene por el libre arbitrio. Un hombre ha recibido un gran daño de otro. ¿Y qué? ¿Podrá por esto afirmarse ya la intención homicida? El mal sufrido ha podido ser perdonado por un alma profundamente cristiana; ha podido generar odio, pero no criminal; ha podido generar impulso criminoso, pero reprimido desde luego, etc., etc. Hay, pues, siempre un cúmulo de motivos contrarios dignos de ser tomados en cuenta en semejantes indicios.

Pasemos á otra especie, ya indicada, de indicios causales; á aquellos hechos, que, en considerados como manifestaciones de una intención no contemporánea de la acción criminosa, llegan á ser indicadores de la intención criminosa concomitante de la acción, y por

tanto de la acción misma, acción criminal de una persona determinada. También aquí la impenetrabilidad de la conciencia y del libre arbitrio, hacen frágiles semejantes indicios. El haber manifestado deseos de vengarse de Ticio, el haberle amenazado, han podido ser no expresión de intenciones reales, de delito, sino baladronadas ó cosa por el estío, ó bien tan sólo un modo de asustar á Ticio. Y aun admitiendo que haya habido realmente la intención del delito, y aun admitiendo también la correspondencia entre la intención y su manifestación, la intención ha podido ser fruto de ira súbita, desvaneciéndose aquélla al desvanecerse ésta; ha podido ser una de aquellas intenciones que el alma humana, naturalmente buena, llega á tener tan sólo de una manera indeterminada, y que rechaza en cuanto tienden á tomar forma precisa y determinada: ha podido también ser determinada de un modo frío, para luego ser abandonada, en virtud del triunfo de las buenas tendencias ingénitas; y por último, ha podido no abandonarse tal intención, mas para quedar como simple tendencia interna, y así discurriendo. Claramente se ve, cuánta es la inseguridad de los criterios morales que sirven de guía en los indicios causales del delito.

Volviendo ahora á los indicios en general; ¿qué decir de su importancia probatoria en el juicio penal? ¿Hablabamos acaso del número y de la calidad de los indicios que se requieren para que se tenga un legítimo convencimiento? En nuestro concepto, de nada de esto debiera tratarse, una vez rechazada la prueba legal, y determinada la naturaleza que debe tener toda prueba, para que produzca el convencimiento en que debe fundarse el juicio. Para nosotros, sólo hay un precepto aplicable á todas las clases de pruebas; para

que una sentencia condenatoria sea legítima, el convencimiento en que se apoya no debe tener en contra duda alguna razonable.

Sin duda que los indicios no merecen la alabanza incondicional, pero tampoco merecen la excomunión mayor. Es preciso andarse con tiento en lo que á ellos se refiere; pero no cabe negar que á veces la certeza se produce por medio de los indicios. Y se comprende, con sólo pensar que entre los indicios los hay *necesarios*. Suponed que Ticio ha estado durante un año en América, lejos de su mujer, que ha quedado en Italia; suponed que al cabo de un año, á su vuelta, encuentra á su mujer en cinta: ¿no os parece que Ticio debe estar cierto del adulterio de su mujer? ¿No os parece que cualquier otro á quien se haga ver la separación de Ticio de su mujer durante ese tiempo adquirirá la misma certidumbre? Y téngase en cuenta que no todos los indicios de certeza se presentan como tales al principio del juicio; hay indicios de probabilidad que en el curso del juicio, en virtud de otras pruebas, se convierten en indicios de certeza; lo cual ocurre cuando las pruebas ulteriores rechazan todas las hipótesis, excepto una, referibles al indicio de probabilidad; resultando, la exceptuada, como la hipótesis necesaria del indicio.

Sin duda, este último caso es raro, á causa de la naturaleza misma de los indicios; pero no cabe negar que el caso es posible, y que puede juntarse al lado de aquellos indicios que desde el primer momento se presentan como necesarios. Ahora bien; ante esto, ¿será lógico rechazar el indicio de entre las pruebas, declarándolo sospechoso sin más? Si se pidieran siempre pruebas directas para condenar, delitos hay que por su naturaleza misma se escaparían siempre á la ac-

ción de la pena. ¿Cómo exigir las, por ejemplo, en caso de imputación de adulterio? Valdría tanto suprimir este delito del código penal. Los enemigos delarados del indicio deben pensar también, en que entre los elementos constitutivos del delito, hay uno que casi nunca puede ser demostrado sino por pruebas indirectas: tal es elemento subjetivo de la intención criminal. Excepto el caso rarísimo en que se tenga una confesión, única prueba directa posible de la intención, sin el auxilio de las pruebas indirectas, se estará siempre sin certidumbre acabada, en cuanto al elemento moral del delito, siendo necesario absolver. Sin más, podría abolirse el Código penal. No cabe, pues, poner en duda la gran utilidad de los indicios como guía, en general, para la investigación de pruebas mejores, y especialmente, para la indagación del delincuente.

Pero no exageremos. El indicio puede dar la certeza, mas es preciso estar siempre en guardia contra lo inseguro de esta prueba. Para ello se necesita proceder con cautela en la apreciación del indicio, considerando con especial cuidado, los motivos que lo debilitan de un lado, y de otro las contradicciones. Conviene ahora decir algunas palabras acerca de lo que entendemos por tales motivos y por contraindicios.

En la apreciación del indicio, el juez tiene un doble deber. Debe ante todo tomar en cuenta los motivos para no creer, inherentes al indicio por sí mismo: estos motivos de no creer constituyen los motivos á que nos referimos, *motivos infirmantes*, los cuales surgen á veces de la consideración de la subjetividad del indicio, y siempre de la consideración de su contenido, cuando no se trate de los necesarios. El juez debe además tomar en cuenta las *pruebas infirmantes* del indicio: las que, consistan ó no en otro indicio, constituyen

en general el contraindicio. Trátase de dos cosas bien distintas entre sí, pero que se confunden á menudo,

Considerar que el objeto encontrado en poder del acusado, y presentado como perteneciente al ofendido, pueda, á pesar de todo, ser un objeto semejante y no el mismo de que se trata, no es más que la consideración de un motivo que debilita la subjetividad del indicio, no es, en verdad, un contraindicio.

Tomar en cuenta las hipótesis no criminosas que implica el contenido del indicio, y compatibles con el hecho indicador que se presenta como materia del indicio recriminante, no es producir un contraindicio. Ante la presentación, pues, de un cuchillo ensangrentado, considerar la posibilidad de que tal sangre no provenga de la herida de Ticio, sino de cualquier otra causa que explicase de un modo natural el hecho de la mancha de sangre, equivale tan sólo á tomar en cuenta el contenido naturalmente vario del mismo indicio. Trátase de *motivos infirmantes* de éste, no cabe hablar de contraindicio.

El contraindicio, no solamente es un indicio que se opone á un indicio, sino una prueba que se opone á un indicio: el contraindicio, ya lo hemos dicho, es en definitiva la prueba que debilita el indicio. Ahora bien; el contraindicio, como cualquier contraprueba en general, puede ser de dos especies. En primer lugar, puede contradecir el indicio en su parte subjetiva como prueba, en el mismo hecho indiciario. Al hecho, por ejemplo, de un objeto que se cree del ofendido encontrado en poder del acusado, puede oponerse como prueba, la de que este objeto no es el que se creía, sino otro semejante, poseído por el acusado antes de que el delito se consumase. Al hecho de la enemistad entre el ofendido y el supuesto ofensor, cabe oponer la

*Lógica.*—TOMO I.

18  
BIBLIOTECA  
DE LA SUPLENTE OFICINA DE JUSTICIAS  
MEXICO.

prueba de que tal enemistad, había cesado antes del delito.

El contraindicio puede, en segundo lugar, contradecir el indicio en cuanto á su aspecto objetivo como prueba, esto es, en cuanto á su contenido probado. Por ejemplo, en caso de envenenamiento, contra el indicio que resulte de la posesión del arsénico, puede oponerse la prueba de que éste se compró y usó para destruir ratones: no se impugna ahí el hecho indicia-rio, sino la interpretación acusadora del mismo.

Es preciso, pues, en toda prueba indirecta, distinguir lo que es *motivo infirmante* de lo que es *prueba infirmante*. Los motivos son inherentes á la prueba indirecta en sí misma, tanto respecto del sujeto probatorio, aunque no siempre, cuanto respecto del objeto probado, siempre que no se trate de indicio necesario. La prueba infirmante es la que viene á favorecer un motivo del mismo género, obrando, bien sea contra el *contenido* recriminante del indicio, bien contra la credibilidad *subjetiva* del mismo, abstracción hecha de su contenido.

Y una vez vista la diferencia entre lo que es motivo infirmante y lo que es contraindicio, teniendo en cuenta la importancia que los motivos esos tienen, conviene decir algo especial respecto de ellos.

De cuanto queda dicho resulta claro, que sólo hay dos especies de *motivos infirmantes*, relativos á la *subjetividad* de la prueba y relativos á la *objetividad* de la misma.

Los de la objetividad de las pruebas se refieren á las pruebas particulares y concretas, por que no se puede hablar de ellos *a priori* de un modo general. Todo indicio concreto presenta concretas y determinadas indicaciones, más ó menos probables de un cierto género,

presenta también determinadas y concretas contradicciones, menos creíbles que aquéllas, pero que las contradicen y que podrían ser las verdaderas.

Ahora, en cuanto á los motivos infirmantes de la subjetividad de la prueba, cabe, sí, señalar *a priori* las determinaciones genéricas. Hablando de la presunción, hemos señalado como presunciones fundamentales de la credibilidad subjetiva de las pruebas reales, las que llamamos de identidad intrínseca y las de la identidad extrínseca. Esto supuesto, en mi opinión, con relación á esos mismos conceptos, los motivos de que tratamos se reducen á dos:

1.º Falta de identidad intrínseca de la cosa.

Aquella que presentándose actualmente *en sí misma* como una cosa dada, no es la que se cree, sino otra.

2.º Falta de identidad extrínseca ó de autenticidad de la cosa.

Esta segunda especie tiene un doble contenido.

En primer lugar, la cosa, que por las determinaciones que presenta, parece ser la poseída un tiempo por Ticio, no es la que Ticio poseía, sino otra que se le parecía; ó bien, en términos más generales, la cosa que parece presentar una relación de pertenencia con una persona, con un tiempo ó con un lugar, no tiene en realidad tal relación.

En segundo lugar, la cosa puede ser falsificada en sus modos. Ya hemos dicho que en cuanto á sus modalidades, no puede considerarse falsa subjetivamente la cosa, á no ser cuando esté modificada por obra maliciosa del hombre, enderezada á engañar. Las modificaciones que el *acaso* imprime en las cosas, se tienen en la *apreciación objetiva* del indicio, porque constituyen precisamente la variedad natural de su contenido. Dado este, la falsificación subjetiva de la cosa

puede ser producida por obra del hombre por tres razones:

a) Para favorecerse á sí propio ó á otro: el acusado falsifica las cosas para borrar los indicios que le acusan, ó bien hacen esto en su beneficio los amigos ó los parientes.

b) Para perjudicar á otro: se falsifican las cosas para que sirvan de indicio contra una persona dada.

c) Por puro placer: se falsifican las cosas para gozar del espectáculo de la momentánea inquietud que se produce en alguno, ó para ponerlo en ridículo de cualquier modo.

Para la apreciación de todo indicio es preciso comenzar por estudiarlo subjetivamente, antes de pasar á estudiarlo objetivamente: es preciso primero pesar el indicio en su valor subjetivo, considerando los motivos infirmantes de la identidad intrínseca y extrínseca del hecho indiciario, y luego en su valor objetivo, esto es, en los motivos infirmantes de la cosa indicada.

Pero la apreciación objetiva es la que especialmente tiene una importancia superior, cuando se trata de indicios. Y no hace falta recordar cuán ardua es siempre la apreciación ó valuación objetiva de la prueba indirecta. Sin embargo, no creo inútil repetir, que es necesario proceder con cautela cuando se trata de pruebas indirectas, porque por ellas es como de ordinario se genera en el ánimo del hombre la certidumbre artificial é inexacta, la cual se pone y domina en lugar del racional convencimiento, certidumbre de impulso pasional, que puede ocasionar esos errores sensibles, de que tantos ejemplos registra la historia de las sentencias penales. ¡Recuérdense siempre aquella misa solemne á que en París asistían todos los años los ma-

gistrados con sus trajes rojos! ¡se conmemoraba la sangre de una pobre inocente con la cual se había manchado la justicia humana! ¡Recuérdense también aquellas voces solemnes con que antes de toda sentencia capital, se llamaba la atención de los jueces de Venecia hacia la suerte del *pobre panadero!* ¡Tales voces evocaban la sombra del inocente Pedro Tasca, sacrificado también por la cruenta justicia humana! Ciertos recuerdos valen más mil veces, que todas las teorías, para hacer entender al juez que el ser cauto en materia de pruebas, no es una demostración de pobreza de ánimo, sino de todo lo contrario.

Como complemento de este capítulo, expondremos algunos corolarios de las precedentes teorías, los cuales contienen verdades importantísimas en materia de indicios.

1.º Respecto del indicio, como respecto de toda otra prueba, es preciso una doble apreciación: la subjetiva y la objetiva. La apreciación subjetiva del indicio se dirige á consolidar el hecho del mismo; la apreciación objetiva se encamina á consolidar el hecho indicado ó contenido de la prueba. En cuanto al *contenido*, el indicio puede ser recibido como prueba, asignándole siempre el debido valor, aun cuando sea simplemente verosímil; pero en cuanto al *sujeto* probatorio, esto es, á la realidad indiciaria, el indicio debe ser *cierto*; de otro modo debe rechazarse.

En otros términos: considerando que el indicio, que es *probatorio* en cuanto á su contenido, debe ser á su vez *probado* en cuanto al hecho indiciario, que es el sujeto de la prueba, puede decirse que mientras el indicio sea probable ó meramente verosímil, se acoge siempre como *probatorio*, no admitiéndose en cambio como *probado* si no es *cierto*.

La razón de esto se comprende. El indicio es una cosa conocida, consistente en el hecho indiciario, el cual sirve para indicar una desconocida, consistente en el hecho indicado: ahora bien; no puede realmente llamarse conocido sino lo que es cierto. ¿Podremos acaso afirmar que una cosa no es conocida cuando no estamos seguros de su existencia? Si la existencia del hecho indiciario se nos presentase como meramente probable, tal existencia real sería para nosotros algo desconocido, teniendo sólo un desconocido que indica otro desconocido. ¿Y cabe en esta indicación verdaderamente lógica?

2.º Supuesto que el indicio debe ser probado de un modo cierto, síguese que el indicio no puede ser en general probado con otros indicios, en cuanto, generalmente hablando, los indicios son contingentes y no pueden, por tanto, provocar certeza de aquello que tienden á probar. Para admitir la posibilidad de un indicio probado adecuadamente por otro, es preciso referirse á la hipótesis en que el indicio probatorio sea necesario.

3.º Ahora bien; como un indicio no puede en general probar otro indicio, síguese de aquí que la división de los indicios en mediatos é inmediatos no es admisible, á menos que nos reframamos con la clase de los indicios mediatos, á la hipótesis del indicio necesario, probatorio del no necesario. Únicamente así podría sostenerse tal distinción. Fuera de esta hipótesis, el indicio mediato debe ser rechazado por la lógica de las pruebas, porque se resuelve no más que en una cadena más ó menos larga de indicios, de la cual el último, que debe probar el delito, es incierto, no sólo en su contenido, sino también en su subjetividad probatoria, no teniendo, en su virtud, valor alguno.

Estas tres reglas refiérense á la naturaleza subjetiva del indicio; proceden de la consideración del hecho indiciario y del modo cómo debe constar, esto es, del valor del indicio como indicio probado. Las que siguen, refiérense, por el contrario, á la naturaleza objetiva del indicio, y se fundan en la consideración del posible hecho indicado; esto es, del valor del indicio como indicio probatorio.

4.º Lo *ordinario*, según hemos visto á su tiempo, es la base de la lógica de los indicios contingentes; y lo ordinario consiste en el lazo existente *en el mayor número de casos* entre hecho indicativo y hecho indicado. Ahora, cuanto más intenso es lo ordinario del caso, tanto mayor es el valor probatorio del indicio. Lo que llamamos mayor intensidad de lo ordinario, está determinada por el mayor número de casos en los cuales se verifica el afirmado lazo entre los dos hechos de la relación de indicio, y por el menor en los cuales aquel lazo no se produce. La fuerza probatoria del indicio está, pues, en razón directa de la frecuencia del suceso indicado, y en razón inversa de la multiplicidad y frecuencia de los contrarios.

5.º Varios indicios verosímiles pueden, en su conjunto, constituir una prueba acumulativa probable, y varios probables del propio modo, pueden reforzar la probabilidad hasta elevarla á un grado sumo; y á veces, superando este grado sumo, pueden llegar á hacer inaceptables los motivos de credibilidad, generando en su consecuencia la certeza subjetiva.

Pero esto no puede explicarse, como algunos lo han hecho, con la idea materialmente numérica de la suma de las fracciones que constituyen la unidad, con la idea de convencimientos fraccionarios de los indicios particulares, que sumados, forman el convencimiento ple-

no. La suma no es posible más que de cantidades homogéneas, y los indicios como valores probatorios son heterogéneos; el uno se refiere al delito en un sentido y el otro en otro.

El aumento de la fe derivada del cúmulo de indicios, explicase de otro modo: explicase por un argumento probatorio especial, que surge del concurso de las distintas pruebas, argumento probatorio que yo llamo convergencia de las pruebas.

El que un hecho que *ordinariamente* va unido á un suceso dado, y que por tanto lo indica ó señala, se ofrezca ó resulte extraordinariamente en un caso particular, juntamente con un acontecimiento distinto, no repugna á nuestra conciencia; lo extraordinario para que lo sea, debe verificarse alguna vez. Pero que varios hechos que se presentan ordinariamente unidos á ciertos acontecimientos resulten á la vez, en determinados casos especiales, unidos extraordinariamente á acontecimientos distintos de aquellos, es contrario al modo de ser de las cosas. Para admitirlo, sería preciso suponer un cambio general en el orden natural del mundo, algo, en suma, que resultaría siempre contradicho por la experiencia, y que en su virtud, nuestra conciencia se negaría á aprobar. Lo extraordinario, precisamente por serlo, es raro. Ahora bien: á medida que aumenta el número de los indicios concordantes, para no creer en ellos, es preciso ejercer una violencia siempre mayor en nuestra conciencia experimental, admitiendo un número creciente de sucesos extraordinarios verificados. He ahí por qué con el aumento del número de los indicios, aumenta lo improbable de que sean engañadores, ó bien crece su fuerza probatoria; por otra parte, este aumento de fuerza probatoria es proporcional, no sólo al número,

sino también á la importancia de las pruebas particulares que se acumulan, y tal es el argumento probatorio que llamamos convergencia de pruebas.

Pero ¿cuál es la naturaleza de tal argumento? Es la de una *presunción*. Siendo el mundo el reino de lo ordinario, *se presume* que no pueden en él darse conjuntamente varias cosas extraordinarias. Ahora, cuando varios indicios son concordantes, quiero decir, que explicados como sucesos *ordinarios*, indican conjuntamente un hecho dado, para no creer en ellos, es preciso explicar cada uno de ellos con sucesos extraordinarios, contra lo que se podía esperar de la presunción supradicha. En otros términos: bajo el aspecto positivo, la convergencia de pruebas, se resuelve en la intensa presunción de la verdad del hecho ordinario, que es el indicado por las pruebas concordantes.

6.º Un solo hecho indiciario no puede dar lugar más que á un solo indicio. Si se multiplican las pruebas diversas del mismo hecho, el indicio se fortificará cada vez más subjetivamente; pero objetivamente será siempre un solo indicio. Y es esto cierto, aun cuando las múltiples pruebas aseveren parte diversa y momentos diversos del mismo hecho, siempre que las pruebas de estas partes ó momentos se refieran sólo á la prueba del hecho mismo.

Uno habrá visto á Ticio salir de casa precipitadamente; otro le habrá visto atravesar corriendo una plaza; otro, en fin, tomar un carruaje y partir á escape. Estas tres declaraciones no sirven para dar fe más que de un sólo hecho indiciario: la fuga, y este hecho, por más que sea probado de mil maneras, nunca podrá constituir más que un solo indicio.

Párrafo 2.º del título 2.º—*Indicios particulares.*

Al querer hablar de los diferentes indicios, no es nuestro propósito hacer una larga enumeración de los mismos, esto es, de todos aquellos hechos que pueden servir de indicio de un delito; nada de eso. Únicamente deseamos indicar á modo de ejemplo, cómo los diferentes indicios se clasifican en las dos clases de los *causales* y de los *de efecto*.

A este fin elegiremos y examinaremos indicios genéricos, cada uno de los cuales comprende en si mil hechos que en concreto pueden ser indicios del delito; de este modo la indicación relativa á cada indicio genérico, valdrá como aplicable á los diferentes indicios particulares, que en él se contienen.

El examen de los indicios servirá para determinar el valor probatorio. Ahora bien; conviene advertir que cuando calificamos un indicio como probable ó como verosímil, no es que queramos, contradiciendo lo expuesto, asignarle un valor invariable y absolutamente determinado; nos limitamos á atribuirle aquel que se nos figura tiene en la mayoría de los casos. El indicio, ya lo hemos dicho, como todos los hechos contingentes, puede concretarse é individualizarse en una variedad indefnida é indefinible, de contingencias accesorias, que concurren á determinar su valor, infiriéndose de aquí, que por un particular concurso de circunstancias que lo acompañan, el indicio ordinariamente verosímil puede, en ciertos casos especiales, tener fuerza de probable, y el ordinariamente probable puede también [á veces, tener sólo fuerza de verosímil.

---

Artículo 1.º—*Indicio causal de la capacidad intelectual y física para delinquir.*

No cabe concebir el delito sin la acción inteligente humana que lo pone por obra; y no puede concebirse la eficacia de esta acción, sin admitir en el hombre una capacidad intelectual y física, que por tal modo es condición *sine qua non* del delito. Es, pues, la capacidad intelectual y física del agente causa genérica de la acción criminosa; y cuando ésta funciona de indicio, no es más que un indicio causal.

Ahora, hay delitos para los cuales no se requiere una capacidad especial en el agente; basta una capacidad que todos ó casi todos los hombres tienen. Para robar lo que se encuentra en la vía pública, confiado á la buena fe de todos, no se necesita, en verdad, una especial aptitud intelectual, ni una habilidad manual particular. Para estuprar á una niña, que no puede por estar enferma resistir, no se requieren tampoco capacidades excepcionales; el poder es lo ordinario, la impotencia, la excepción, para todos aquellos que no estén decrepitos. Ahora bien; claro resulta que en tales casos la capacidad física é intelectual, que se da en todos, no puede servir de indicio para ninguno.

Pero hay otros delitos para cuya comisión es preciso una aptitud especial. Así, para usar con eficacia los artificios engañosos que inducen al propietario á despojarse de su cosa, es necesario que el agente tenga una maña especial proporcionada al artificio empleado y á la condición del fraude; para el *estelionato* se necesita pues una capacidad que no todos tienen. Y lo mismo ocurre con otros delitos; para un dibujo

injurioso es preciso un dibujante; para un libelo calumnioso, uno que escriba; para un libelo bien escrito es preciso un buen escritor; y para uno redactado en varias lenguas, un políglota.

En estos casos, en los cuales se requiere una capacidad física é intelectual no común, es cuando la capacidad funciona de indicio causal; indicio que tiene tanta más fuerza probatoria cuanto menor es el número de los capaces, llegando á revestir los caracteres de indicio necesario, si la capacidad adornase á un individuo tan sólo.

En otros términos; una vez realizado un hecho humano, si para su realización se requiere una especial capacidad dada en un hombre, se la determina como causa de su efecto, relacionándola con aquel hecho del que se le considerará por eso mismo como indicio, indicio que es más ó menos fuerte, según que tal capacidad es más ó menos rara entre los hombres.

La capacidad físico-intelectual considerada como indicio causal de la acción criminosa, es de dos especies. O bien se encuentra en el sujeto de la acción, abstracción hecha de su relación con cosas determinadas y concretas, pudiendo llamarse entonces *subjetiva*; ó bien no existe, sino en la relación de la persona del agente, con cosas determinadas y concretas, pudiendo, en tal supuesto, denominarse *relativa*.

Para tener una nomenclatura más concisa y menos expuesta á equívocos, parécenos mejor señalar la primera, esto es, la capacidad subjetiva con la sola palabra de *capacidad*, señalando la segunda con la de *oportunidad*. Claro es que, al emplear aquí esta última palabra, lo hacemos dándola un sentido amplísimo, que comprende toda facilidad de acción nacida de la relación entre el agente y las cosas concretas: en

tal supuesto, la oportunidad se refiere, no sólo á la ocasión del dicho y del hecho, sino al lugar, al tiempo y á todas las circunstancias (1).

Diremos algunas palabras con el fin de explicar cada una de estas dos especies de capacidad.

La cualidad de dibujante á propósito de imágenes lujuriosas, la de grabador con respecto á la fabricación de monedas, etc., son indicios causales consistentes en una capacidad propiamente *subjetiva*, puesto que, en tales hipótesis, aunque la capacidad se tome en consideración á propósito de tales cosas, no consiste en una relación efectiva de la persona con el objeto respectivo, sino que subsiste en la misma, abstracción hecha del hecho criminoso, *concreto é individual*. He ahí el caso de la *capacidad* propiamente dicha, por antonomasia.

En cuanto á la *oportunidad*, esto es, la capacidad proveniente de la relación efectiva que el agente tiene con cosas determinadas y concretas, puede verificarse por dos caminos distintos.

Puede la oportunidad nacer, ante todo, de la relación de la persona con el *medio* criminoso. La posesión de los medios que hacen posible el delito, puede ser llamada á funcionar como indicio. El hecho de tener los venenos antes del delito, puede, concurrentemente con otras circunstancias, tomarse como indicio causal

---

(1) Tommaseo, en su libro de los *sinónimos*, si bien admite que la palabra *opportunità* puede emplearse en tal sentido amplio (n. 3305) opina que no debe referirse sino al bien, siendo inmoral é impropio llamar *opportunità* á la facilidad de hacer el mal. Pero tales escrúpulos del lingüista deben someterse á las *necesidades del lenguaje*. Hasta la fecha, no tenemos una palabra distinta que signifique especialmente la facilidad del mal, por lo que no hay más remedio que emplear la indicada.

en el envenenamiento; el hecho de poseer una ganzúa, antes también del delito, puede llegar á ser un indicio causal en el robo.

La oportunidad puede originarse, además, de la relación de la persona con el sujeto pasivo del delito, esto es, con la cosa ó persona sobre quien recae la acción criminal. Por supuesto, la misma persona, en cuanto es objeto de la acción, es cosa; por lo que esta hipótesis también cae dentro de la fórmula general afirmativa, de que la oportunidad nace siempre de la relación de la persona *con las cosas concretas*. Ahora bien; por la proximidad respecto del sujeto pasivo del delito, puede funcionar de indicio en el hurto el hecho de haber tenido en su poder la cosa robada; puede también ser indicio del homicidio el hecho de haber estado con el muerto el día de autos.

Resumiendo, pues, la oportunidad, como capacidad nacida de la relación efectiva de la persona con cosas determinadas y concretas, puede consistir en la relación con los medios criminosos, y en la relación con el sujeto pasivo del delito. Mas para completar estas nociones, conviene añadir que, en uno y otro caso, la oportunidad puede ser material y moral. Así, es oportunidad *material referible al medio*, la posesión del veneno y de la ganzúa en el envenenamiento y en el robo; y en cambio es oportunidad *moral, referible siempre al medio*, la posesión de un secreto vergonzoso en el libelo que lo contiene. Y también es oportunidad *material referible al sujeto pasivo del delito*, el haber tenido en su poder la cosa robada, en el robo; y lo es, en cambio, *moral, referible siempre al sujeto pasivo del delito*, el hecho de saber el lugar donde estaba escondida la cosa que después fué robada.

Lo dicho refiérese á la capacidad fisico-intelectual

de delinquir, desde el punto de vista general. De las nociones expuestas, infiérese cuáles y cuántos subindicios se comprenden en ella; los hay referibles á la capacidad propiamente dicha, ésto es, subjetiva, y consistentes en los hechos particulares que revelan las aptitudes intelectuales y la habilidad física; y los hay referibles á la capacidad relativa, que hemos llamado oportunidad, y consistentes en las relaciones particulares y efectivas de la persona con las cosas concretas. Respecto de esta última clase, conviene advertir que sus hechos, como hechos probatorios, son proteiformes, en razón de su existencia averiguada.

Los instrumentos criminosos, sin ver establecida su relación precedente al delito con una persona, constituyen subindicios *causales* de oportunidad; si se demuestra su relación con una persona en el momento mismo de la acción, se confunden con la *prueba directa* de la misma; por último, sentada su relación posterior al delito con una persona, pueden constituir *indicios* de efecto ó causa. Si la aseveración de la relación posterior al delito con la persona, sirve sólo para determinar la relación anterior, y por tanto para hacer suponer el funcionamiento probable del instrumento en el delito, se tendrá siempre un indicio causal; pero si la fuerza probatoria del instrumento encontrado después del delito en poder del acusado, resulta precisamente por una relación posterior entre la cosa y el hombre, por ejemplo, en virtud del acto del acusado respecto del instrumento mismo, como el hecho de tenerlo escondido ó de no saber explicar cómo lo posee, entonces el instrumento se convierte en indicio *de efecto*, no por sí, sino por lo de la ocultación ó por la falta de explicación suficiente, hechos que se presentan como efectos del delito cometido.

Esto, en cuanto á la oportunidad proveniente de la relación con los medios.

Lo mismo puede decirse para la oportunidad nacida de la relación con el sujeto pasivo del delito. En cuanto se afirma que la persona ha estado cerca del sujeto pasivo del delito antes de éste, se tendrá el subindicio *causal* de la oportunidad; si la persona ha sido vista cerca del sujeto pasivo en el momento del acto criminoso, se tendrá la *prueba directa* de la acción; por último, si se afirma la proximidad de la persona con el sujeto pasivo posteriormente al delito, el *indicio* resultante es de efecto á causa, consistente en considerar como consecuencia del acto criminoso de una persona su proximidad, inmediatamente después del delito, del lugar donde se ha verificado.

No conceptúo necesario pasar al examen particular de los varios subindicios que el indicio de la capacidad subjetiva comprende: bástenos haber indicado su propia y distinta naturaleza.

Hasta aquí hemos visto que en la capacidad afirmada de delinquir se encuentra un indicio más ó menos probable de delincuencia; conviene ahora añadir que en la incapacidad *afirmada*, hay, en cambio, las pruebas ciertas de la inocencia. La impotencia, la falta absoluta de medios, las *coartadas*, toda incredibilidad en general, respecto del supuesto sujeto de la acción, constituyen la imposibilidad subjetiva del delito, al modo cómo lo increíble del supuesto hecho en sí, constituye la objetiva.

Pero este indicio de la capacidad, en sentido lato de delinquir, ¿tiene un gran valor? Ya hemos dicho que es un indicio causal; realizado un delito, se encuentra en un hombre la capacidad propia para cometerlo, y se refiere como causa ó efecto esta capa-

cidad á aquel delito. Se dice, v. gr.: «Ticio ha podido cometer tal delito», y se concluye, «luego Ticio lo ha cometido». Lo único que se hace, pues, es afirmar en vista de la *potencia el acto*. Basta, en verdad, fijarse en la naturaleza sustancial de esta argumentación, para ponerse en guardia contra sus posibles equivocaciones.

Si la capacidad para un cierto delito no se encontrase más que en una sola persona, la fuerza probatoria del indicio causal de capacidad sería notoria. Se ha realizado un delito, nadie lo ha podido cometer más que Ticio; luego Ticio lo ha cometido. Ahora bien; aunque ahí el argumento está bien, no debe olvidarse que esto es muy difícil. Es preciso, pues, no obrar de ligero para no dejarse sorprender de ciertas apariencias, y afirmar, v. gr., que por estar Ticio sólo en la casa donde se ha robado ó matado, sólo Ticio pudo ser el ladrón ó el homicida... Sólo Ticio estaba... pero ¿cómo afirmar que no haya entrado otro sin ser visto?

¡Cuántas veces las prevenciones y las opiniones precipitadas contra quien se sienta en el banquillo de los acusados hacen ver como cierta una capacidad criminosa exclusiva que no existe!

Para citar una sola, recordemos la historia del pobre Le-Brun.

Jacobo Le-Brun era servidor amante y fiel de la señora 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 encontróse sujeto de modo que no podía llamarse con él. Las otras habitaciones contiguas estaban todas cerradas con llave.

El pobre Le-Brun fué reducido á prisión, y sometido

al juez. Aun cuando se sabía que Le-Brun había sido siempre servidor amante de la señora Mazel; ¿qué importaba? Solo él podía haber enredado el cordón de la campanilla, únicamente él sabía de sus ahorros, y dónde los guardaba. Tenía Le-Brun un pasado intachable. ¿Y qué? En su poder se encontró una llave que servía para abrir las diferentes puertas que daban acceso á la habitación de su ama. En suma, dadas las condiciones de oportunidad, nadie más que Le-Brun podía ser el autor del delito; y así fué sentenciado en primera instancia el 18 de Enero de 1690 en París, á ser descuartizado vivo. Mientras la apelación se sustanciaba, sometido á tormentos ordinarios y extraordinarios, y bajo el peso del dolor del alma, Le-Brun murió.

En el mes de Abril siguiente descubrióse el asesinato; y no era Le-Brun, sino Juan Gerlat, llamado Bery, lacayo meses antes de la señora de Mazel, y el cual se había introducido á escondidas de día en la casa, ocultándose bajo el lecho de la víctima. El reo mismo refería los detalles todos de su atroz delito. Entonces fué condenado Bery, siendo declarado inocente Le-Brun. ¿Pero cuándo? ¿Cuando el pobre Le-Brun ya no existía! ¡El indicio de la oportunidad para delinquir lo había ya asesinado!

Artículo 2.º—*Indicio causal de la capacidad moral de delinquir por la genérica disposición de ánimo de la persona.*

El hombre, como ser racional, no puede realizar una acción en general sin una razón suficiente, siendo esto cierto aun respecto de las mismas acciones criminales. Mas para la acción criminal se requiere todavía algo más.

El alma humana siente natural repugnancia hacia

el delito. Esta repugnancia hállase fortificada por el temor de la reprobación y del desprecio social, con más, el miedo hacia la sanción penal de ultratumba y de la justicia terrena. Y, pues, el hombre, como ser racional, necesita siempre de un motivo para una acción cualquiera, cuando se trata de una criminosa; necesita un motivo más poderoso, capaz de vencer toda la repugnancia del ánimo.

Ahora bien; es preciso notar que la repugnancia hacia el delito de que hablamos no es igual en todos los hombres. En algunos, especialmente, hállase debilitada por la corrupción espiritual y el hábito del mal, siendo evidente, que en este caso los motivos particulares criminosos tienen más fácil el triunfo. Según estos, la adaptibilidad de la voluntad al delito, ó en otros términos, la capacidad moral para delinquir, tienen dos causas: de un lado, el motivo concreto que obra sobre el alma de un modo particular; de otro, la débil resistencia que ésta opone por sus condiciones generales. El hecho de plegarse la voluntad al delito no es más que el efecto de estas dos causas: una necesaria; el móvil particular criminoso, en el cual no puede haber delito; la otra contingente; la disposición general criminosa, que puede ó no haber contribuido á la efectuación del delito.

Cuando en una persona determinada se encuentra una de estas condiciones generadoras de la voluntad criminosa, y más aún, cuando coinciden varias de aquellas y unen la persona al delito como causa á su efecto, con una probabilidad más ó menos limitada, se atribuye el delito á aquella persona determinada en la cual se han comprobado las causas morales. En esto está el indicio causal de la capacidad moral para delinquir.

Del móvil particular para delinquir hablaremos en el capítulo siguiente. Aquí sólo hablaremos de la genérica y personal inclinación hacia el delito. Esta inclinación puede provenir de dos fuentes: de las acciones de la persona hasta el momento del delito, ó de las condiciones de su organismo físico.

En cuanto á las acciones de la persona anteriores al delito, las cuales arguyen en pro de la disposición criminosas, se concretan, bien en delitos anteriores, bien en acciones simplemente reprobables, ó bien en manifestaciones verbales de la persona, reveladoras de su ánimo criminoso; claro es que al comprender como acciones estas últimas manifestaciones verbales, es que consideramos la palabra acción en un sentido generalísimo.

Naturalmente, se comprende que lo que mejor revela la índole criminosas son los delitos anteriores; tanto mejor cuanto más numerosos, y siempre mejor si son de la misma especie del delito imputado. Y también se comprende que la índole criminosas se revela menos bien por las acciones reprobables, y menos aún por las simples manifestaciones verbales.

Estas tres especies de manifestaciones de la disposición criminosas, se aseveran de ordinario por medio de testimonios públicos y privados. Pero cuando se trata de delitos anteriores, hay una forma especial de aseveración, cual es la sentencia judicial (antecedente). De todos modos, cuando se quiere considerar las acciones de una persona como manifestación de la índole criminosas, sea cual fuere el medio empleado, la aseveración ha de resultar cierta.

Es aquí oportuna una observación probatoria de gran importancia. Ya hemos dicho que la ventaja de nuestra clasificación de los indicios en de causa á

efecto y de efecto á causa, está en la necesidad de darse clara cuenta y razón de la sustancia del indicio, en que obliga á determinar en qué consiste propiamente el hecho indiciario, el indicado y su relación. Ahora bien; desde el punto de vista de nuestra clasificación, hemos mostrado que el hecho indiciario del indicio de que hablamos, es la inclinación genérica á cometer el delito, y el hecho á que el indicio se refiere el delito cometido. Por nuestra parte, sabemos que para la legitimidad del indicio es indispensable que el hecho indiciario conste de un modo cierto. Ahora bien; el haber probado de un modo cierto que una persona ha pronunciado palabras malas, ó cometido acciones reprobables ó aunque sea criminales, no quiere decir que se ha probado de un modo cierto el hecho del indicio relativo á su disposición criminosa. Tales palabras y acciones deben ser capaces de probar á su vez la disposición criminosa; sin esto, el indicio no tiene valor alguno legítimo; es sólo un indicio dubitativo de indicio dubitativo. No suele repararse en ello, pero débese precisamente á que los indicios suelen hacerse valer de un modo vago é indeterminado, sin darse cuenta de lo que es propiamente el hecho que indica y el indicado, sin fijarse en la naturaleza de la relación que une al uno con el otro. Nuestra clasificación tiene el mérito de imponer semejantes determinaciones.

Es preciso, pues, que las acciones aseveradas sean tales ó en número tal, que provoquen la certeza de la disposición criminosa, para que se haga valer legítimamente dicha disposición, como hecho indiciario del delito cometido. La prueba de acciones criminosas ó perversas, podrá á veces servir para debilitar la alegada incapacidad moral para delinquir ó para rechazar

la posible afirmación, sin que por ello valga para hacer constar la inclinación para delinquir

Hemos dicho que la propensión al delito puede inferirse también de las condiciones físicas de la persona. Es tan íntima la relación entre alma y cuerpo, que parece razonable que entre ellos haya un influjo modificador; por esto es por lo que del examen del hombre externo se quiere deducir el hombre interno, queriendo encontrar en las apariencias exteriores visibles la revelación de lo interior invisible.

El cuerpo, ante todo, puede servir á la indagación moral, en cuanto la actividad espiritual se refleja en él. Los rasgos del rostro, el modo de vestir, de andar, de hablar, de escribir; todo aquello, en suma, que puede tener un sello particular en virtud de las especiales condiciones del espíritu, puede servir para revelarlo. En esto estriba la razón justificante y la materia de la fisonomía, comprendiendo en este concepto general la craneoscopia, siempre que las conformaciones del cráneo, en que se cree ver la revelación de disposiciones especiales del espíritu, se consideren más como efecto que como causa de este.

Pero el cuerpo préstase también á la indagación del espíritu en cuanto influye á su vez en él. El físico del hombre, en ciertos términos, puede revelar lo moral, no sólo en cuanto lo traduce y expresa, sino también en cuanto tiene, por sus materiales condiciones, necesidades y hábitos que se imponen al espíritu. Con este criterio es como procederían las doctrinas craneoscópicas, si se considerasen las aptitudes especiales antes que como causa como efecto de las materiales conformaciones del cráneo. Con este mismo criterio es como la edad y el sexo pueden ser reveladores de tendencias morales varias. Así, en el joven se supo-

nen tendencias eróticas con más probabilidad que en el viejo; en la mujer se supone más fácilmente tendencias al delito consumado con engaño, que al consumado con violencia abiertamente agresiva y luchadora.

El arte de percibir la índole moral del hombre á través de su criterio físico, y de indagar las recónditas disposiciones, ofrece, sí, ancho campo á la charlatanería, pero esto no obsta para que haya sido objeto de las severas meditaciones de los sabios. Y á la verdad, si la fisiología en general, y la craneoscopia en especial, hubieran alcanzado un grado tal científico que autorizaran á sacar conclusiones infalibles de los datos que presentan, sería esto un gran paso para la humanidad. No se trataría tan sólo de una conquista desde el punto de vista de la ciencia, sino que lo sería desde el punto de vista de la vida. El malvado no podría ya ocultar siempre, de modo seguro, su ánimo; el bueno podría en cambio ponerse en guardia contra la maldad latente, en cuanto ésta se revelaría con datos perceptibles para la vista humana; y el arte del buen gobierno, consistente en la policía preventiva, habría encontrado su camino seguro y fácil. Y también la teoría de las pruebas encontraría el modo seguro de leer en el alma de los sometidos á la acción de la justicia, sus pasiones y tendencias, no pudiendo, en su virtud, gozar el malvado de la posible y probable impunidad.

Pero, hoy por hoy, todo eso no es más que un arte equívoco é incierto de investigación: reduce á una tentativa científica, más ó menos racional, y prácticamente á un hábito, más ó menos conscio é instructivo. Y hablo aquí de hábito práctico, porque de él hacemos nosotros mismos en la vida diaria una aplicación continua é inconsciente de los criterios fisiónó-

micos. Nuestro grado de estimación respecto de aquellos á quienes apenas conocemos, se determina por tal camino. Cuando, después de nuestro primer encuentro con un hombre, del cual ignoramos todo cuanto es y vale, nos dejamos llevar á la afirmación clara y desnuda de: «es antipático», no hacemos otra cosa que afirmar instintivamente una opinión desfavorable sobre el hombre moral, infiriéndola de la observación del hombre físico. Y cuando en cambio decimos ¡«es simpático», nuestra opinión favorable sobre el hombre interno é invisible se infiere siempre, del propio modo, de la observación del hombre externo y visible. Pero ¡qué de errores en tales criterios! Frecuentemente, almas buenas y sanas, vense calumniadas por un exterior repugnante, ó á lo menos desgraciado, mientras almas malvadas se ofrecen bajo exteriores de bondad y de gracia. Los criterios físicos, para el juicio del hombre moral, son pues aún muy inciertos, por lo que la prueba no puede hacer en ellos gran hincapié. La indole criminoso, no puede ser aseverada por la simple observación del hombre externo. Las observaciones de esta clase, pueden servir sólo de guía para la investigación de las pruebas sobre el hombre moral. Así, admitido que el exterior de un hombre acuse ó indique cierta violencia de carácter, antes que tener esta por demostrada, será preciso dirigir la indagación á comprobar tal violencia por otros medios, violencia, que una vez demostrada, deberá servir como *hecho de indicio* del delito cometido.

Hasta aquí hemos hablado de las dos fuentes de donde mana la convicción de la propensión á delinquir; y se ha visto que estando ésta llamada á funcionar como hecho causal, indicador del delito cometido, debe ser *afirmada*, como todo otro indicio, para que lo

sea legítimo. Ahora, observaremos que aunque se logre la certeza de la propensión moral á delinquir, el indicio que entonces resulta no es de una gran eficacia.

La capacidad moral para delinquir, en general, no es más que un indicio de inculpación, simplemente verosímil. Más eficaz, es en cambio, el indicio de disculpación de la genérica incapacidad moral para delinquir. Pero antes de nada, veamos en qué sentido hablamos aquí de incapacidad moral para delinquir.

Si hubiere una incapacidad genérica, absoluta é imprescindible y si se llegase á asegurarla, no habrá ya posibilidad de delito, y toda imputación caería por tierra. Pero tal incapacidad absoluta, no existe; únicamente puede ser relativa respecto del hombre: el libre arbitrio, que tiene, puede hacerle siempre pasar por encima de toda convicción y de todo hábito honesto de su vida. Bajo este aspecto relativo es bajo el que consideramos el indicio disculpante de la incapacidad. Ahora bien; considerado así, diremos que el indicio de la incapacidad para delinquir es un indicio de disculpación, siempre más eficaz que el inculpador de capacidad.

En efecto, no se pasa de un salto de la vida honrada al delito. La fuerza probatoria de la incapacidad genérica moral como indicio de disculpación, se funda en la experiencia común, que enseña que los hombres que tienen un pasado honrado, ordinariamente no cometen delitos; así, pues, si el acusado presenta un pasado honrado, lógicamente puede concluirse en favor de su probable inocencia.

Pero ¿cuál es en cambio la base del indicio de inculpación de la genérica capacidad moral para delinquir? Pues que de ordinario los delitos se cometen por

aquellos cuyo pasado ofrece hechos de hombre malvado. Así, pues, la conclusión lógicamente probable que se puede sacar es, que el acusado cuyo pasado no es honrado, es *uno de los que* probablemente han cometido el delito. Se tiene un indicio probable *para la clase* de los malvados: respecto del individuo, sólo puede ser un indicio simplemente verosímil.

Artículo 3.º—*Indicio causal de la capacidad moral para delinquir por impulso particular hacia el delito.*

En el precedente artículo hemos dicho ya que el hombre, como ser razonable, necesita siempre de una razón determinante para realizar una acción, y que la necesita en mayor medida cuando se trata de realizar una acción criminosa, por sentir naturalmente el ánimo del hombre una ingénita repugnancia hacia el delito, fofificada por las penas sociales, religiosas y legales.

La razón determinante para delinquir se denomina *motivo*, considerada sobre todo desde el punto de vista de la potencialidad, pero además puede ser considerada como móvil desde el punto de vista del acto. Ahora bien; fácilmente se comprende que en este último respecto, esto es, en cuanto la razón ó móvil hace que la voluntad se acomode á la realización de un delito determinado, tal razón es la causa moral particular del mismo. Así se explica que cuando se observa en una persona un motivo particular, la mente lo refiere al delito realizado como causa de un efecto; atribuyéndose así con una mayor ó menor probabilidad el delito á aquella persona determinada, en la que se hubiese encontrado la causa particular moral, esto es, el motivo

determinante; y he ahí el indicio causal del motivo para delinquir.

Antes de pasar adelante en el desenvolvimiento de este asunto, conviene hacer notar que el móvil puede ser considerado bajo dos aspectos que dan lugar á la distinción del mismo según es *interno* ó *externo*, ya se le contemple como afecto del ánimo ó como causa externa que aquél produce. La causa inmediata del delito está siempre en el móvil interno; pero el externo sirve para determinar, no sólo la naturaleza del primero, sino también su medida, y por tanto su fuerza probatoria. *Es preciso, pues, tener presente este doble aspecto del móvil para delinquir, si se quiere proceder de un modo claro y preciso en el estudio del mismo.*

El alma humana es naturalmente buena; no sabría plegarse al mal y al delito sin el influjo perverso de las pasiones. *El estudio, pues, de los motivos para delinquir se resuelve en el estudio de las pasiones.*

Es pasión fundamental del alma humana el amor; de él nace el odio, como la sombra de la luz. Entre la fuente de la luz y su esfera de irradiación póngase un obstáculo material, y se producirá la sombra, pues bien, póngase entre el amor de un objeto y el objeto mismo un obstáculo, y pronto surgirá el odio. El odio, según esto, es el hijo tenebroso del amor. En otros términos, y con lenguaje lógicamente severo, el odio tiene por objeto el mal; el mal es la privación del bien; por tanto, el odio hacia el mal nace del amor al bien. La tendencia, pues, predominante de la voluntad es la tendencia hacia el bien; y así, aun cuando el hombre realice acciones malas y criminosas, no es porque ame el mal por el mal, y odie el bien por ser bien, no; va hacia el mal, porque las pasiones malas le dominan y le ofuscan.

Las pasiones humanas no dominan la voluntad, llevándola á la acción, sin un impulso exterior; la actividad humana determinase siempre por influjo que del exterior viene.

Los impulsos exteriores que obran sobre el alma humana son, según lo dicho, de dos especies: unos obran con la fuerza de la atracción, otros con la de la repulsión; bienes ó apariencias de bienes, los primeros; males ó apariencias de males, los segundos. Analicémoslos rápidamente, comenzando por los impulsos provenientes del aspecto del mal.

Hemos dicho que el sentimiento de repulsa que el alma experimenta hacia el mal se llama odio. El odio, en este sentido, comprende todo sentimiento de repulsa, que, en general, se tiene hacia el mal. Pero el odio se entiende también en un sentido específico, que conviene determinar, junto con las otras formas específicas que reviste la repulsa hacia el mal.

El mal puede ejercer su influjo repulsivo en el ánimo del hombre de dos maneras, ya recayendo sobre el hombre efectivamente, ya amenazándolo; *mal sufrido* en el primer caso; *mal que se puede llegar á sufrir* en el segundo.

El *mal sufrido*, en cuanto se sufre actualmente, hace nacer, ante todo, respecto del mal en sí mismo, el *deseo violento de rechazarlo* y librarse de él; deseo que suponemos violento, admitiendo que él sea de cierta gravedad; pero en el supuesto contrario, el deseo de rechazarlo, se resuelve, más que en nada, en un deseo del bien, clasificándose entonces la pasión impulsiva entre las que nacen del aspecto y contemplación del *bien*. El mismo *mal sufrido*, considerado respecto del *autor*, llámase *ira*, si el mal es actual ó reciente; y llámase *odio* en un sentido específico, si el mal es remoto.

El *mal* que amenaza, despierta en el ánimo del hombre otra pasión: el *temor*, el cual, para ser completo, podemos distinguir como *temor de un mal inminente* y de *mal no inminente*. Ahora bien; del mal y de la apariencia del mal, surgen cinco pasiones: deseo violento de rechazar el mal, ira, odio en sentido específico, temor del mal inminente, temor del mal lejano, esto es, cinco móviles para delinquir, en cuanto se consideran como influjos criminosos.

Del bien, ó de la apariencia del bien, no surge más que una pasión, que es el deseo inmoderado, que como móvil del delito, consiste en el deseo desordenado y potente hacia aquello que nos parece como bueno. Este móvil es mayor ó menor, según la grandeza del bien anhelado de un lado, y la privación del mismo en el que lo anhela del otro.

Considérense, pues, los motivos particulares que pueden determinar la tendencia al delito; siempre se encontrará que todos se reducen á las seis pasiones genéricas indicadas.

Pero los impulsos externos no obran siempre del mismo modo en el ánimo del hombre. Ora obran de un modo rápido y violento, provocando pasiones ciegas y no razonadas; ora obran con acción más lenta, provocando pasiones, criminosas sí, más razonadas y reflexivas. En cuanto estas pasiones impulsan al delito, se tienen en el primer caso los *móviles impetuosos*, y en el segundo los *móviles reflexivos*.

Resuélvense en móviles impetuosos las pasiones originadas en la contemplación del mal próximo, próximo pasado ó futuro, reciente ó inminente, la pasión de la *ira* al igual que la del *temor del mal inminente*, temor que, por su gran intensidad, determina el *miedo*. Fácilmente se explica cómo la vivacidad del

dolor del mal sufrido, ó la agitación repentina producida por el mal inminente que amenaza, deben trun-car la lucidez del juicio y la calma de la razón.

Pero si el *mal próximo* sufrido y el que amenaza, dan lugar á dos móviles impetuosos, con mayor razón debe dar lugar á un móvil de esa clase el *mal presente* de cierta gravedad. Cuando se está bajo la acción de un mal difícilmente soportable, el espíritu ya no razona con serenidad; siente violentamente la necesidad de librarse de él, aunque sea á veces á costa de un delito; de este modo se produce lo que yo llamo de un modo general el *impetu de la necesidad*, en cuanto consiste en la necesidad violenta de librarse del mal. Cuando el mal que nos atormenta da vida á una tendencia dirigida á sublevarnos contra el atormentador, el movimiento del ánimo entonces es de *ira*; pero cuando el alma se dispone á obrar eventualmente en perjuicio de tercero, para librarse de un mal que sufre, esta disposición ya no es de *ira*, siendo preciso designarla con otra forma especial. El náufrago que arrebató la tabla á otro náufrago para salvarse, no la arrebató por *ira*, sino por necesidad imperiosa de salvarse á sí propio. Este impetu de la necesidad de que hablo, no debe confundirse con la concupiscencia ó deseo inmoderado. El ladrón que acosado por el hambre roba un pan, no roba por codicia; no es un simple deseo de alejar de sí un mal fácilmente soportable, ni el de obtener un goce más lo que le mueva, sino la necesidad poderosa de librarse del tormentoso mal del hambre, tan difícil de soportar.

Cuando esta *necesidad*, por la fuerza del mal que se sufre, alcanza un grado tal que no puede resistirse, se tiene el *majoris rei impetus cui resisti non potest*, cesando toda imputabilidad; lo cual ocurre, tanto por la

fuerza de un mal actual, cuanto por el miedo invencible del mal próximo. En esta hipótesis, ya no se tiene delante el caso de *impetu* en sentido estricto, sino el de la *coacción* que domina la voluntad; no se trata ya de *excusa*, sino de *justificación*. Por lo demás, este último punto de vista no cae dentro de los límites de nuestro trabajo; bastaría, para el caso, indicar que los móviles impetuosos se convierten, con relación á la imputación en excusas ó justificaciones de la acción materialmente criminosa.

Resumiendo: los móviles de impetu son aquellos que nacen del mal presente, reciente ó inminente, á saber: el deseo violento de rechazar el mal, la ira y el temor del mal próximo; ímpetus de la necesidad, de la ira, del miedo.

Si el *mal sufrido* es un mal remoto, entonces aquel violento y ciego sublevarse del alma que se produce ante el mal que se sufre, cede el puesto á un sentimiento más quieto y más razonado de aversión; á la violencia ciega de la *ira* sucede la calma razonadora del *odio* en sentido específico contra el autor del mal. El *odio*, pues, es un móvil reflexivo hacia el delito.

Y también, cuando el mal que se teme no es inminente, sino lejano, desde luego se comprende que no puede determinar el impetu pronto pasional; viendo el espíritu ante sí tiempo suficiente para contener el golpe del mal que amenaza, no pierde su calma. En lugar del miedo impetuoso y ciego del mal inminente, surge el temor calculador y sereno del mal lejano. La amenaza de un *mal lejano*, da, pues, lugar á otro móvil reflexivo para delinquir.

Por tanto, si del *mal presente y próximo* nacen tres móviles que son: el ímpetu de la necesidad, el de la ira y el del miedo, del *mal lejano* nacen, por el contrario,

dos reflexivos: el odio en su sentido específico y el temor del mal lejano.

Ahora bien; el móvil que resulta de la contemplación de un *bien* puede considerarse siempre como reflexivo. El deseo vivo de una cosa, el cual induce á ordenar previamente los actos encaminados á conseguirla, antes de ofuscar el espíritu, suele aguzar el ingenio. La *codicia* es realmente, de un modo general, una pasión razonadora; su móvil es un móvil reflexivo.

No nos detenemos en mas amplias consideraciones, porque en rigor estarían fuera de nuestro asunto. Lo que queda dicho hasta aquí tiene por objeto tan sólo ilustrar y aclarar la distinción entre el móvil impetuoso y el reflexivo, distinción que, si tiene una importancia suma en materia de imputación, no es inútil en materia de pruebas.

En efecto, habiendo en las pasiones constitutivas de un movimiento impetuoso un impulso más fuerte que en las del reflexivo, se infiere lógicamente que la relación de causalidad entre el móvil impetuoso y el delito, es más eficaz; y por esto la existencia de un móvil del primer género constituye un indicio más vehemente que el que resultaría de uno del segundo género. He ahí, pues, una primera verdad probatoria, derivada de esta clasificación.

Debe añadirse, además, que para que un móvil reflexivo tenga una cierta fuerza de indicio, es preciso que haya proporcionalidad entre él y el delito, porque el alma humana bajo la acción de un móvil reflexivo, no pierde, según queda dicho, su calma razonadora, por lo que una causa pequeña y desproporcionada no puede, hablando en general, determinar el delito. El móvil reflejo, para funcionar como indicio, debe ser, pues, proporcionado al delito, más aún que cuando se

trata del impetuoso. He ahí una segunda verdad probatoria que se colige de esta misma clasificación. A propósito de esta segunda verdad, debe advertirse que la proporcionalidad de que hablamos se considera siempre con relación á la disposición subjetiva de la persona, en la cual se juzga que el móvil ha obrado; para impulsar á un homicidio á un camorrista pendenciero, se necesita siempre menos, que si se tratase de un hombre de temperamento y ánimo tranquilos.

Pasemos ahora á una última clasificación que conceptuamos importante para nuestro asunto, y que se funda en la consideración de la persona sobre cuyo ánimo, en razón de su naturaleza, obran los impulsos criminosos.

Hay motivos de delincuencia que consisten en una relación particular entre el supuesto delincuente de un lado, y el paciente ó sujeto pasivo de la consumación del delito de otro. Así, si á propósito de un delito contra la persona del ofendido, se presentan como motivos indiciarios relativos á la persona del delincuente, la ira ó el odio por injurias sufridas, tales motivos consisten tan sólo en una relación particular entre el ofendido y el supuesto ofensor. Si por, ejemplo, habiendo desaparecido de una colección un objeto, se afirma contra Ticio, coleccionista entusiasta, el motivo ó indicio de querer completar la suya en la cual faltaba precisamente el objeto desaparecido, tal motivo consiste también en una relación particular entre la persona del supuesto ladrón y la cosa misma robada. Ahora bien; conviene denominar de alguna manera los motivos de esta clase, creyendo, que originándose como se originan en relaciones especiales de una persona dada pueden llamarse *personales*.

Hay, además, otros motivos que obran sobre el es-

píritu humano, abstracción hecha del sujeto pasivo individual y del paciente de un delito dado; por lo que se encuentran en todos los hombres ó en una gran parte de ellos; tales motivos llámanse *comunes*. Así, la codicia manifiesta ó latente, es general en los hombres, excepto en aquellos que se elevan al supremo desinterés en virtud de influjos morales y religiosos. La concupiscencia sexual, manifiesta ó latente, es también general en los hombres; sustrayéndose á ella pocos, bien por debilidad física bien por influjo moral. El odio de partido que, en caso de luchas violentas, se presenta como móvil ó indicio contra Ticio por la muerte de Cayo, es común á muchos otros ciudadanos, á todos aquellos que militan en el mismo partido de Ticio.

Hay, por último, motivos en los cuales, si la pasión fundamental es común, el grado, esto es, la intensidad pasional, es personal. Tales motivos pueden llamarse *comunes personales*. Así, por ejemplo, la codicia puede ser común, pero también puede alcanzar en un individuo determinado un grado tal de intensidad, que constituya una seña particular y característica de su persona. Lo mismo puede decirse de todo otro motivo común.

El motivo común lo es tan sólo con relación á su intensidad media. Desde el momento en que alcanza un grado de intensidad superior á la media, grado propio de determinada persona, se hace personal, convirtiéndose en un motivo de carácter mixto.

A estas nociones de los motivos comunes, *comunes-personales* y *personales*, refiérense muchas verdades importantes que conviene indicar.

Dado un delito y dada la existencia de un motivo para cometerlo, en una persona, nace naturalmente la

cuestión de si este motivo tendrá siempre la misma fuerza probatoria. Ahora bien; la respuesta encuéntrase en las nociones precedentes. Los motivos comunes no pueden tener valor alguno probatorio, porque lo que es común á una gran parte de los hombres, no puede servir para indicar á ninguno en particular. Los motivos comunes personales tienen valor probatorio de indicios débiles, simplemente verosímiles; porque aun cuando consisten en una particular intensidad de la pasión, supuesta causa del delito, intensidad atribuida á una persona dada, sin embargo, quien conoce el corazón humano y sabe el espontáneo desenvolvimiento que las pasiones pueden alcanzar en los hombres, dudará siempre, temiendo que aquella misma intensidad pudo fácilmente producirse en otros, los cuales tendrían así la pasión causa del delito. Precisamente esto es lo que dificulta la determinación causal de tales indicios. Son sin duda indicios de una probabilidad más eficaz los motivos personales, porque consisten en una relación concreta, y exclusivamente individual, de una persona dada.

No será inútil hacer notar aquí que, si bien los motivos de delinquir, como prueba de la delincuencia, ó no tienen valor alguno ó tienen un valor más ó menos débil como indicios, en cambio la falta convenientemente aseverada de motivos, tiene un valor decisivo, como prueba de la inocencia.

Si no se admite un motivo criminoso en el acusado respecto del delito que se persigue, su acción no puede considerarse como *humana*, porque el hombre tiene siempre un fin en sus acciones; y al no poder considerarse como acción humana, toda responsabilidad desaparece, con lo cual no cabe dictar legítimamente una condena.

¿Se necesitará, por tanto, ofrecer siempre una prueba particular del móvil del delito? Aquí también la respuesta está relacionada con la anterior clasificación, siendo importante atender á otros distintos correlarios.

Cuando un delito se explica por un móvil común, no es preciso aseverarlo con una prueba especial; basta la simple presunción para admitirlo en el acusado. Si está probada, por ejemplo, en contra de Ticio la materialidad de un hurto, ¿será necesario probar de un modo especial el fin del lucro? No; el deseo del lucro es común á todos los hombres, bastando la simple presunción para admitirlo en Ticio, cuya acción material de hurto está averiguada. Si, por el contrario, se quiere asignar como fin de la acción de Ticio, al recoger una cosa ajena, el de recobrarla como propia, ó el de inferir un daño, como tales objetivos se resuelven ya en motivos personales, entonces se necesitará probarlos de un modo especial, antes de llegar á una condena. Y pido aquí al lector fije su atención sobre los ejemplos indicados, para que advierta de qué modo la diferencia de móviles, puede resolverse en diferencia sustancial de delito; la misma acción material de apoderarse de una cosa puede ser hurto, ó bien daño causado, según el motivo impelente. Ahora, prosiguiendo, supongamos que se haya averiguado la materialidad de un estupro cometido por Ticio; ¿será preciso probar con pruebas especiales, en él, el fin libidinoso? ¡He ahí un motivo *común*! Basta, pues, la simple presunción para admitirlo en Ticio. Si, por el contrario, se quisiera asignar al hecho material del estupro, el fin de inferir deshonra, como se trataría ya de un motivo *personal*, la prueba especial sería necesaria. En suma, pues, el móvil común no requiere una prueba especial.

Pasemos ahora á la comprobación de los móviles comunes-personales. Hemos visto que éstos tienen un valor probatorio superior al de los *comunes*, por lo que los primeros se distinguen de los segundos, como hechos probatorios. Ahora conviene observar que, en cuanto á la comprobación del móvil, que es preciso para condenar, los comunes-personales se confunden con los simplemente comunes; por más que puedan aquéllos tener una cierta fuerza, no común, como móviles, en cuanto al delito que se persigue, sin embargo, el fácil y tácito desenvolvimiento que las pasiones pueden tener en todos los hombres, hace que se presume en el acusado, como cosa normal, desde el momento en que resulta demostrada, por otros medios de prueba, la materialidad del acto criminoso. Por esta razón, cuando para explicar un delito se requiere un móvil común-personal, no es necesario demostrarlo con una prueba especial como subsistente en el acusado: basta para admitirlo la simple presunción. El haber muerto á un hombre, para robar, exige una codicia no común por su intensidad; pero no por esto habrá obligación de probar particularmente este móvil común-personal, cuando está demostrada la materialidad del homicidio y del robo, consumados por Ticio.

Mas, para ser exactos, conviene hacer notar que en estos casos, en que la presunción basta para afirmar la existencia del móvil en el acusado, tal presunción está favorecida por un indicio eficacísimo. La materialidad criminoso, una vez atribuida con certeza al acusado, es un hecho indiciario de gran valor, para admitir la realidad del influjo del móvil en él. Tal indicio llega á ser *necesario*, cuando rechaza todas las hipótesis, hasta no quedar en pie más que la hipótesis del móvil dado, que explica el hecho material.

Por esto, es necesario no olvidar nunca, que si el móvil común personal, se considera, no en cuanto resulta de los hechos criminosos probados, sino en cuanto debe á su vez probar los hechos; si se quiere, en suma, que sirva como indicio de criminalidad, entonces es preciso una prueba especial, encaminada á demostrar la particular intensidad en que consiste la individualidad del móvil, y por tanto, su fuerza como indicio causal.

Pasemos ahora á la prueba del móvil puramente personal. Cuando el delito no se explica por móvil alguno común ó común-personal, cuando se atribuye á un móvil simplemente personal, entonces, para afirmar determinadamente la existencia de éste en un individuo, es preciso procurar una prueba especial: no se trata ya de motivos comunes ó comunes-personales, que pueden ser admitidos por simple presunción, en la forma dicha. La muerte de Ticio, por ejemplo, se imputa á Cayo. ¿Por qué habrá muerto á Cayo? Pudo ser por codicia, por lucro, fundado en una relación personal que se necesita probar, como si aquel hubiese tratado de apoderarse de una suma prestada: pudo ser por ira producida en virtud de una injuria reciente, ó por odio suscitado por injuria antigua; pudo ser por miedo á Ticio. De todos modos, en la causa supuesta trátase siempre de motivos personales, que no pueden admitirse por simples presunciones, no siendo indicadas particularmente por la materialidad del delito. Es preciso, pues, probar en cada caso el motivo personal del delito, y cuando resultase demostrada la falta de todo motivo, tal falta, según ya se dijo, será una gran prueba de inocencia.

Quizá parezca á algunos que en los delitos contra las personas, esta prueba á que nos referimos de la

inocencia, se resuelve más bien en prueba de mayor delincuencia. Se hará observar que la agravante del impulso de brutal perversidad consiste precisamente en la ausencia ó falta de causa; se dirá que, en efecto, los Códigos, al hablar de tal impulso, han añadido; sin causa, ó bien del *solo* impulso de brutal perversidad; alegaráse, en fin, la autoridad de los escritores, los cuales, á su vez, han afirmado explícitamente que para que un impulso exista, debe estar *demostrada la falta de toda causa* (1). Por mi parte, pido, en verdad, perdón á los sabios legisladores y á los escritores sapientísimos; pero no soy de su opinión, á lo menos en la forma con que la exponen. Comprendo la mayor imputabilidad del impulso, cuando se parte del supuesto de motivos mínimos, desproporcionados, insuficientes, que encuentran su eficacia impulsiva en la general disposición para delinquir, que por modo natural provocaron especial alarma en la sociedad. Pero si se parte del supuesto, de la *total ausencia de causa*, no la admito. ¿No parece más exacto que, en tal caso, el agente sea un hombre responsable de sus actos?

Háse llamado al homicidio inmotivado *homicidio bestial*; pero, pido perdón: me parece que ahí se calumnia á las mismas bestias. Las bestias, en verdad, no matan *absolutamente* sin motivo. Una bestia mata á otra porque lucha por la vida, por hambre, por concurrencia de apetitos, por rivalidad de amor; y si es un macho, puede matar á la hembra por satisfacer instintos sexuales no satisfechos. En suma, hay siempre un motivo para obrar.

El homicidio sin causa no es bestial; es de un loco. Dada la ausencia *absoluta y averiguada* de todo moti-

---

(1) Véase Pessina, *Diritto Penale*, vol. II, § 24.

vo, por mínimo que sea, una de dos: ó la imputación del homicidio es una cosa moralmente imposible, ó aquel se ha cometido en un acceso de locura. La voluntad que se determina á una grave y criminosa acción, sin motivo alguno, y desafiando, no obstante, la reprobación y el desprecio sociales, tiene que ser una voluntad extraviada; trátase de voluntad enferma, por estar enferma la inteligencia, de un caso patológico, no de un caso penal, que pide el manicomio y no la cárcel. Pero debemos detenernos aquí, so pena de salirnos de nuestro propio asunto.

Volviendo atrás, es preciso resumir las clasificaciones hechas de los motivos criminosos. Hay tres especies.

Considerando los motivos internos en cuanto á su naturaleza *sustancial*, derivada de la diferencia del impulso externo generador, los hemos clasificado en deseo violento de rechazar el mal, ira, odio, miedo de un mal inminente, temor de un mal lejano y codicia; los primeros cinco, son hijos del odio en sentido genérico, ó sea del sentimiento repulsivo del ánimo hacia lo que le parece un mal; el último viene á ser la genérica determinación del sentimiento de atracción del ánimo, hacia lo que reputa un bien. Total, seis motivos para delinquir.

Considerando luego los motivos internos con relación á su naturaleza *modal*, derivada del modo concreto cómo el impulso obra en el ánimo, los distinguimos en impetuosos y reflexivos. De los seis posibles móviles son impetuosos, el ímpetu de la necesidad, el de la ira, y el del miedo; y reflexivos, el odio, el temor del mal lejano, la codicia.

Considerando, por último, los motivos con respecto al *sujeto* que parecen modificar, esto es, en cuanto se

presentan obrando, bien sobre muchas personas, ó sobre una en particular, los hemos diversificado como motivos comunes, personales y comunes-personales.

No podemos terminar el presente capítulo sin dirigir una última ojeada á la naturaleza genérica de los motivos criminosos. Ya hemos dicho que el *motivo*, en acto, esto es, en cuanto realmente obra sobre la voluntad, es más propiamente ya móvil, (es ya movimiento). Ahora bien; conviene notar que el *interno* se resuelve con relación á la voluntad que tiende al delito en la *intención*. En efecto, la intención no es más que *un esfuerzo de la voluntad hacia el delito*; según dice Carrara, ó bien es tendencia efectiva de la voluntad hacia el delito. Esta tendencia tiene por punto de partida y por punto de llegada, el móvil; de partida, en cuanto de él procede el primer impulso de la voluntad hacia el delito; de llegada, en cuanto por él se determina la meta hacia la cual se dirige la voluntad, *meta optata criminis*.

Dado esto, para la integridad y precisión de las teorías, es importantísimo notar que la intención no es *elemento* del delito, sino en cuanto es concomitante con la acción. La intención precedente al delito, si no aparece sin solución de continuidad unida al acto criminoso, es un hecho distinto del delito, que puede probarlo de modo indirecto. Así, las manifestaciones, aunque sean indirectas, de la intención anterior al delito, consideradas aparte del delito, tienen siempre *contenido de prueba indirecta*; son otros tantos indicios causales, que sirven para indicar como la causa al efecto, la intención, determinada y sucesiva concomitante con la acción y constitutiva de verdadero elemento criminoso. La amenaza dirigida al ofendido, por ejemplo, antes del delito, ó los consejos pedidos á otro sobre el

modo de consumarlo, aun cuando por su determinación sean una revelación directa de la intención, presentadas como manifestaciones de una intención anterior al delito y desligada de éste, no son más que sub-indicios causales de la tendencia moral, particular y efectiva á delinquir, en la cual consiste propiamente el elemento subjetivo del delito, que se llama intención criminosa.

Todos aquellos hechos que arguyen la tendencia especial criminosa, en cuanto son una consecuencia más ó menos probable, son indicios de *efecto* de la particular tendencia criminal; revelan tal tendencia como el efecto la causa. Así, ciertos actos que se consideran simplemente preparatorios del delito: adquisición de armas, por ejemplo, son indicios de efecto de la tendencia hacia el delito. Conviene, sí, notar que tales indicios, considerados como reveladores de una tendencia á delinquir anterior al delito, y desligada de éste, son de efecto á causa de tal *tendencia* y no del *delito*, porque aquella no constituye el elemento criminoso de la intención, sino considerada unida al delito sin solución de continuidad. Son, pues, indicios de efecto de la intención criminosa, y por tanto, del *delito* en su elemento subjetivo, aquellos hechos tan sólo que se consideran capaces de argüir la intención dicha, como perseverante en la verificación del acto.

Artículo 4.º—*Indicio de efecto por las huellas materiales del delito.*

Una causa no revela su efecto sino por su modalidad natural, extrínseca ó intrínseca: modalidad moral ó física. Por la modalidad de la causa es como siempre se arguye en cuanto al efecto. Un efecto, en cambio,

revela su causa por diversa razón; pero siempre que una cosa sirve para indicar otra, presentándose como su efecto, el indicio resultante es de los indicios *de efecto*. En el capítulo siguiente hablaremos del modo cómo un efecto puede indicar *moralmente* su causa; en el presente trataremos de la diversa manera con que un efecto puede indicar *físicamente* su causa.

Un efecto puede revelar físicamente su causa, bien sea por su modalidad natural, bien por cambio en la modalidad.

Un hecho revela su causa por la propia modalidad natural, cuando se produce generativamente, cuando puede considerarse en sí mismo, como teniendo vida propia distinta de las demás cosas, sin consistir exclusivamente en modificaciones de otra cosa. En estas condiciones es como un hecho puede revelar su causa, no por modificaciones sufridas, sino por su misma natural modalidad, extrínseca ó intrínseca. Así, el niño, que por sus condiciones naturales de recién nacido, revela el parto reciente de una mujer, lo revela, no sólo por cambios en su natural modalidad, sino por su mismo modo natural de ser.

Por otra parte, esta manera de revelar las cosas no tiene, en general, importancia respecto del delito. El delito no es un hecho que tiene vida propia ó autónoma en medio de los demás hechos. La materialidad del delito consiste siempre en modificaciones de las cosas ó de las personas, y en esto estriba su ilegitimidad: en la perturbación del legítimo modo de ser de las cosas y de las personas, conculcando el derecho de la persona respecto de sí propia, respecto de otra ó respecto de las cosas.

Mas hay, decíamos, otra manera por la cual puede el efecto indicar físicamente la causa: por las modifica-

ciones experimentadas. Para que materialmente una nueva realidad coexista con otras realidades, se requiere una especie de adaptación física de las primeras, al medio de las segundas, en perjuicio de ellas. Todo acontecimiento en general, y todo delito, por tanto, en especial, en el curso de su realización material en el espacio, choca con las demás realidades existentes, produciendo modificaciones físicas. Estas modificaciones no pueden ser más que de dos especies: cambio en cuanto al *modo de ser*, cambio en cuanto al *lugar*, alteración y traslación. He ahí la gran fuente de las pruebas reales directas é indirectas.

En cuanto la *alteración* y la *traslación*, se verifican en el sujeto pasivo de la consumación (1), realizando el evento criminoso, resultan las pruebas *directas*. El cadáver, la lesión, la casa quemada, y otras análogas, son pruebas directas por alteración. La persona secuestrada en prisión arbitraria por un particular, la cosa robada encontrada en casa del ladrón, etc., son pruebas directas por traslación. No debemos tratar aquí de pruebas directas; pero sí debemos llamar una vez más la atención del lector, acerca de una verdad antes indicada. El elemento criminoso, constitutivo de la prueba directa en cuanto á sí, puede funcionar de prueba indirecta con respecto á los demás elementos del delito. Así, las modalidades que presentan el cadáver, la lesión, la casa incendiada, pueden ser un *indicio* del matador, del que ha herido y del incendiario. El lugar en que ha estado prisionero el secuestrado, ó el en que se encontró la cosa robada, puede ser indicio de la persona del secuestrador ó del ladrón.

---

(1) Es, repito, sujeto pasivo del delito, la cosa ó persona sobre quien recae la acción consumadora del mismo.

Pero la alteración y la traslación pueden recaer sobre cosa distinta del delito. Entonces la prueba resultante es simplemente indirecta; trátase de una distinta del delito, que prueba el delito, lo que tiene cosa siempre efecto por una de aquellas dos maneras.

No habiendo, pues, más que dos especies de modificaciones materiales reveladoras del delito, derivanse también de ellas dos especies de indicios por modificaciones de las cosas; indicios por alteración y por traslación. Si se someten á un examen todos los indicios del delito consistentes en modificaciones materiales de las cosas, se verá siempre su sustancia probatoria en la alteración ó en la traslación. Digamos algunas palabras que sirvan como aclaración y ejemplo.

No sólo del desenvolvimiento de la acción criminal propiamente dicha, sino también de lo que la precede inmediatamente, de lo que la acompaña y de lo que la sigue, puede nacer la modificación por alteración, que puede funcionar de prueba indirecta de efecto del delito. Mil y mil son los hechos concretos que pueden coordinarse en esta categoría.

Un individuo ha sido muerto de una cuchillada en pleno campo; en el terreno, cerca de la huella del pie del muerto, hay otra que corresponde á la del pie del procesado.

Se ha verificado un robo en una casa de campo abandonada; sobre una mesa cubierta de polvo, se ha encontrado la huella de una mano que ha debido de apoyarse abierta: tal huella es exactamente igual á la de la mano del procesado.

En casa del procesado por las lesiones se ha encontrado un arma salpicada de sangre.

La huella del pie, la de la mano, el arma ensan-

grentada, son otros tantos indicios de efecto ó causa, consistentes en una alteración de la cosa.

Y es un indicio del mismo género el del material *cambio de estado económico*, en los delitos que implican lucro; cambio que se revela en gastos excesivos ó en el pago de antiguas deudas después del delito, y el cual cambio se hace depender como de su causa, del delito.

Recordando ahora que la persona misma es *cosa* en cuanto es objeto de modificaciones físicas, síguese de ahí que en los indicios por alteración de cosas, se comprenden los que nacen de alteraciones particulares en la persona de la víctima: así, en el caso de estupro, la sífilis contagiada á la estuprada, prueba directa como efecto del delito sobre el sujeto pasivo, es indirecta respecto de la persona del delincuente á quien por indicación se refiere. Por la misma razón se comprenden en la general nomenclatura los indicios originados en las alteraciones de la persona del delincuente, sea por reacción de la víctima, sea por accidente consecuencia del delito. Así encontrando al muerto con una porción de cabellos en el puño, la falta de aquellos en la cabeza del acusado es un indicio en contra del mismo, que se origina en una reacción de la víctima; si hubiera habido lucha, otro indicio de análogo origen sería la herida que se encontrara en la persona del procesado. La herida esta, puede también ser consecuencia de un accidente; como cuando el delincuente hubiera caído, por ejemplo, al huir.

Al igual que por la alteración, por la traslación pueden señalarse infinitos hechos concretos que tienen en ellas su fuerza como indicios de efecto. La modificación, en cuanto al lugar, es la que da fuerza de tal

indicio, al hecho de encontrar en poder del procesado una cosa perteneciente al delito, ó el de encontrar una cosa perteneciente al primero en el lugar del delito. Y he ahí dos grandes categorías de indicios. En el primer supuesto, se razona de este modo: ¿cómo podía un objeto del delito encontrarse en poder del procesado, si éste no hubiera cometido tal delito? En el segundo se dice: ¿cómo explicar que un objeto del procesado se encuentre en el lugar del delito, si aquel no lo hubiese dejado allí al perpetrar el hecho criminoso?

Creemos inútil detenernos á hacer una enumeración más detallada de los indicios de esta clase, provenientes de las huellas materiales del delito; el lector puede fácilmente suponerlos. Lo que aquí nos conviene sobre todo, es fijar los conceptos genéricos y superiores de las pruebas, valiéndonos de la indicación de los detalles, sólo en términos suficientes para hacer comprender de qué modo, en nuestra opinión, están aquellos coordinados.

No hemos hablado de la relación de mayor ó menor valor probatorio, que respectivamente tienen los indicios por alteración y por traslación, porque no hay razón alguna general que lleve á decidir el mayor valor probatorio de los unos frente de los otros.

La fuerza probatoria de cada indicio de estos relativo á las huellas físicas, ya pertenezcan á esta ya aquella categoría, debe, pues, ser estudiada tan sólo en la concreta realización del indicio mismo, según el influjo de las particulares que lo acompañan, y á la luz del descargo personal que ofrezca al acusado.

Y conviene notar á este propósito la gran importancia del descargo en la recta evaluación de los indicios en general. Por graves indicios que abstractamente supongamos acumulados en contra de un hom-

bre, siempre será posible un descargo que los aniquile. Veámoslo:

Ticio paseaba en su jardín; un desconocido le ataca, se defiende. Sigue una lucha cuerpo á cuerpo; ambos caen estrechamente cogidos por el suelo; el agresor logra librarse del agredido, y puesto ya de pie, con un estoque le mata. Se encuentra el cádaver con una herida, y encima de ella la punta del estoque, que se había roto al chocar con un hueso. No sólo esto: por tierra se encuentra una cartera, que no se demuestra ser del muerto y se supone sea del delincuente.

Ahora bien; supongamos que la cartera lleva las iniciales de Cayo, y que se reconozca de otro modo también como suya. Supongamos que en casa de Cayo se haya encontrado el resto del estoque, el cual se adapta completamente á la punta recogida en la herida. Supongamos, en fin, que en la misma casa de Cayo se encuentra una prenda de vestir suya, cubierta de tierra y manchada de sangre. ¿Qué se diría del valor probatorio de semejantes indicios contra Cayo? La conciencia de todos gritaría sin duda: Cayo es el reo.

Pues no; el terrible indicio de la cartera se desvanecerá en cuanto Cayo pruebe que le había sido robada días antes del crimen, según él mismo había denunciado: el no menos terrible del pedazo de estoque, se desvanecerá también, cuando Cayo demuestre de un modo indubitable, que lo había encontrado y recogido en la calle, un día después del crimen; y en cuanto al tercero, se desvanecerá igualmente, cuando Cayo pruebe que lo de las manchas de tierra y sangre se explica porque antes del delito, y estando de caza, fué agredido y echado al suelo por un jabalí, al cual él había herido; cosa que afirmarán los amigos que le

acompañaban. Y véase cómo tres indicios abstractamente formidables pueden perder en un caso concreto todo su valor, por el descargo del acusado.

Es preciso no olvidar jamás que la fuerza probatoria particular de todo indicio, debe apreciarse *en concreto*; la consideración de las circunstancias particulares en las cuales aquél se determina, y en que en descargo ofrece el procesado: he ahí lo que es necesario tener presente para fijar el valor del indicio, cualquiera que sea su género.

Artículo 5.º—*Indicio de efecto por las huellas morales del delito.*

Un suceso cualquiera, al realizarse en el mundo, no sólo puede dejar huellas en los cuerpos, sino también en las almas: son materiales las primeras, y morales las segundas.

Las huellas morales nacen de la percepción del suceso y se resuelven en impresiones de recuerdos.

Los recuerdos, consciente y voluntariamente revelados por la persona, dan lugar á las pruebas subjetivas llamadas testimonios personales ó pruebas personales. Ahora bien; el testimonio personal puede tener contenido de prueba, bien directa, bien indirecta, según que tiene por objeto el delito ó una cosa distinta del delito, pero que lo arguye. Mas no se trata aquí de considerar las pruebas morales desde ese punto de vista. Y si los tratadistas confunden la prueba *indirecta* con la *imperfecta*, y al hablar de indicios hablan de las confusiones extrajudiciales y de otras formas imperfectas del testimonio personal, no habremos de seguirles por tan equivocada vía, ya que á su tiempo combatimos semejante confusión.

Prescindamos en este caso de las huellas morales que voluntaria y conscientemente se ofrecen, para fijarnos en las que se revelan de un modo involuntario é inconsciente. La conciencia del delito cometido despierta en el ánimo sentimientos que á veces se manifiestan en un dicho ó en un hecho de la persona; esos sentimientos así manifestados se enlazan, como el efecto á su causa, con la conciencia criminal, y desde el momento en que los indican ó arguyen su existencia, constituyen indicios en razón del efecto. Tal es el campo y la materia de los indicios de efecto á causa, de las huellas morales del delito. Detengámonos unos instantes á analizarlos.

De la conciencia del delito cometido nace en el ánimo de todos los delincuentes el *temor* de la pena; en muchísimos el *remordimiento*; en los más perversos la *complacencia* por haber logrado el fin del crimen. El temor y el remordimiento se originan del delito considerado como mal; la complacencia originase en cuanto el delito se le considera como bien. Examinemos cada uno de estos sentimientos, para ver de qué modo se manifiestan en dichos ó hechos exteriores, constitutivos de otros tantos indicios, comenzando por el *temor*, rica fuente de indicios criminosos.

Con el ánimo agitado por el temor de la pena, el delincuente adopta por lo común medidas para sustraerse á la misma; dos clases de medidas se le presentan para lograr tal fin: mediatas é inmediatas.

Como ante todo sabe que la verdad averiguada del delito es lo que necesariamente conduce á la pena, el delincuente intenta á menudo oscurecer y ocultar de frente tal verdad: quiere contenerla en su origen para que no surja y se extienda hasta el ánimo del juez. Así, pues, para huir de la pena, acude al medio mediato de

ocultar al juez la verdad criminosa: intenta esto *por su parte*; intenta ocultarla *por parte de las demás personas* atestantes; lo intenta, en fin, también *por parte de las cosas* que la pueden revelar.

1.º Por su parte, acude á las dos maneras con las cuales se puede ocultar lo verdadero: ó dice lo contrario á lo verdadero, ó se calla la verdad; mentira y falsedad propiamente dicha, ó silencio.

El acusado que en el juicio llega á afirmar á sabiendas lo falso, ó á negar lo que le consta como verdadero, revelando interés en ocultar la verdad, despierta la sospecha de que esta verdad le es contraria y que es culpable: he ahí el indicio de la mentira. Las *contradicciones* y las *inverosimilitudes* se clasifican equivocadamente por algunos tratadistas, como indicios especiales: no son sino formas de aparecer la mentira, y de esto proviene su fuerza indiciaria. Al incurrir el acusado en contradicción con lo mismo que ha dicho, demuestra que ha mentido antes ó después; al caer en inverosimilitudes, puede *sospecharse* que miente, si por inverosímil se entiende lo probable, y provocar la *certeza* de la mentira, si lo inverosímil se toma como increíble. Las contradicciones del acusado y sus inverosimilitudes, tomadas como indicios, reducen, pues, á la mentira.

Debe notarse, sin embargo, que la simple sospecha de la mentira, que nace de la inverosimilitud tomada como improbabilidad, no puede funcionar legítimamente como indicio de delincuencia; lo improbable del dicho del acusado arguye de sospecha el dicho; pero ¿cómo llegar de ahí á la delincuencia admitida y aceptada?

La *mentira* del acusado, ya resulte de su contradicción ó de lo increíble de su aserto, ya de otras fuentes,

como el testimonio de terceros, para que pueda legítimamente funcionar como indicio de delincuencia, es preciso que sea cierta. Sólo entonces se tiene un indicio legítimo.

Pero aun entonces es preciso no dar á tal indicio una importancia excesiva exagerando su valor. 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 le perjudican y condenan. Otras veces, lo que cree mentira es una equivocación, y otras, en fin, los peligros y los padecimientos que siempre imponen 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. He ahí, ciertamente, no pocos motivos que debilitan la fuerza del indicio de la mentira.

Hemos dicho que la verdad se oculta, no sólo mintiendo, sino también simplemente callando. Ahora bien; el acusado que calla, demuestra también tener interés en ocultar la verdad; y esto lleva á sospechar que la verdad le es contraria, y que por tanto es culpable; he ahí el indicio del *silencio*, indicio más débil aún que el de la *mentira*.

El *silencio* puede ser total ó parcial.

Cuando el silencio es parcial, cuando no se calla más que una circunstancia dada, es preciso penetrarse bien de que tal circunstancia era conocida por el acusado, y que no podía haberla olvidado, ni prescindir de ella casualmente en su deposición, bien sea por la naturaleza de la misma, bien por la índole y forma del interrogatorio; todo esto hace falta antes de admitir que el silencio parcial sea un medio de ocultar la verdad.

Pero el silencio puede ser también total, como cuando el acusado se niega sistemáticamente á contestar ó contesta con evasivas; mas no importa, será siempre el silencio un muy débil indicio, aun cuando haya habido un tiempo en que se le ha considerado como una tácita confesión.

A menudo el acusado, aunque inocente, calla ante el temor de un peligro desconocido, en el hecho de pronunciar tales ó cuales palabras; calla, por el abatimiento que le domina, y que le hace ver como inútil toda defensa ante una acusación formidable; á veces enmudece de estupor, otras de cólera.

Y ¿cómo olvidar que el acusado inocente puede callar por un sentimiento nobilísimo? Desprecia su salvación con tal de evitar la condena ó simplemente la deshonra de la persona querida. Francisco Majenc 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 Majenc era inocente, y había callado por evitar que condenasen á su padre, que era el verdadero asesino (1).

¿Quién no conoce la triste historia del noble veneciano Antonio Foscarini? Reuníase todas las noches con su amada en una casa próxima al palacio del embajador de España. Sorprendido una noche disfrazado por aquellos lugares, fué acusado de estar en secretas maquinaciones con un embajador extranjero, delito de muerte en la república veneciana. Podía justificarse nombrando á de dama que le recibía en sus citas nocturnas; pero cubriendo la ignominia el nombre de su amada. Prefirió callar; fué condenado

---

(1) Brugnoli, *Certeza e prova criminale*, § 567.

por el Consejo de los Diez, y fué degollado en la cárcel.

Antes de pasar adelante, conviene advertir que la *rebeldía*, como indicio de delincuencia, es un indicio por razón del silencio, del cual es una forma especial. El rebelde no se oculta, no huye; se limita á no presentarse en juicio cuando ha sido citado en forma. No podría la rebeldía argüir en pro del delito, si no se se viese en ella la voluntad del rebelde de callar por su parte la verdad á los jueces. En vez de presentarse y callar, el rebelde calla no presentándose, es una manera como cualquier otra de callar; y el indicio no se funda sino en el silencio deliberado y total del rebelde.

2.º Pero á veces el delincuente, comprendiendo que su mentira y su silencio son medios débiles para que la verdad del delito no llegue al juez, en cuanto hay otras personas cuyo testimonio puede darle luz necesaria, recurre al medio no difícil de intentar que la verdad quede oculta por parte de esas otras personas. El delincuente puede dirigirse á este fin por dos caminos. Puede intentar impedir la presentación material del testigo ante el juez, ó inducir al testigo á ocultar la verdad, ó sea puede intentar que el testigo no comparezca, ó que compareciendo mienta.

Para que el testigo no comparezca, puede el testigo recurrir á la violencia material ó al engaño. Recurriría al primer medio, matando al testigo temido, ó bien secuestrándolo. Recurriría al engaño, creando artificialmente un motivo que induzca al testigo á alejarse, hasta el punto de resultar imposible su presentación; como si, por ejemplo, hiciese llegar al testigo un falso llamamiento para que se presente en América á recoger una herencia, á fin de que, ausentándose aquél,

no le fuera posible presentarse ante los tribunales italianos. Se comprenderá sin gran esfuerzo que la gravedad indiciaria de tales hechos debe, como nunca, juzgarse en cada caso particular.

Pero podemos en general decir, que los indicios fundados en violencias sobre la persona, son de una gravedad grandísima y superior á la de los que se fundan en el engaño. El que llegue hasta el extremo de emplear una violencia criminosa para ocultar la verdad, es probable, en sumo grado, que sea reo. El indicio del engaño tiene en contra un motivo infirmante que no tiene valor en el caso de violencia : se puede acudir á la estratagema de alejar á un testigo, porque el acusada lo cree su enemigo y capaz de mentir en su daño. Se comprende que este motivo infirmante no tenga valor alguno cuando se presenta para explicar una violencia criminosa ejercida; porque no hay proporción entre una simple sospecha del acusado y la violencia indicada.

El lector habrá advertido que no hemos tomado en cuenta la violencia moral y las lisonjas, como medios adoptados para hacer que los testigos no comparezcan. Lo hemos hecho de propósito, porque la violencia moral y las lisonjas, son medios débiles y frustrables, ante la fuerza de la ley que obliga al testigo á comparecer.

Pero realmente, de cualquier manera que sea, el intento para que un testigo no se presente es arduo siempre y de difícil logro. Más sencillo y más eficaz es procurar que el testigo comparezca y mienta.

Y á este fin puede el acusado servirse eficazmente del temor á un mal, ó de la esperanza en un bien, para dominar la voluntad del testigo y hacer que mienta : cabe entonces valerse de la violencia moral

y de las lisonjas, las promesas, etc., de donde resultan las *amenazas* y el *soborno*, que son otros dos graves indicios de efecto, en cuanto los inspira la conciencia criminosa, y se encaminan á ocultar la verdad haciendo mentir á los testigos.

Como, además, la acción del delincuente para ocultar la verdad, puede dirigirse, no sólo sobre el testigo, sino sobre el ofendido á fin de que calle, de tal acción resultan dos indicios análogos á los anteriores, en la *amenaza* contra el ofendido, y en la *transacción* con él.

3.º Pero la verdad no surge sólo de las personas: con frecuencia resulta directamente de las cosas.

Hay en las cosas apariencias físicas reveladoras del delito, pudiendo la acción del delincuente dirigirse para ocultarlas hacia ellas. En el presente caso, comprendemos en la genérica denominación de *cosas*, la misma forma material que puede revestir el testimonio personal; la forma material, distinta de la persona que testifica. Así, por ejemplo, el escrito, forma permanente de la deposición personal, considerado en sí mismo, y en las modificaciones que puede experimentar, se comprende en la denominación genérica de las cosas.

El delincuente puede, pues, para ocultar la verdad, dirigirsu acción sobre las cosas en general á fin de alterar las apariencias reveladoras: en tal supuesto, resulta el grave indicio de la *adulteración* de las cosas, la cual puede naturalmente ser en cuanto al *modo* y en cuanto al *lugar* de las mismas.

El acusado de quien se sepa y conste que ha ocultado, distraído ó alterado el cuerpo del delito, v. gr., arrojándole al mar, desfigurando ó quemando un cadáver, ó bien quemando ó alterando un documento inculpador, ó llevando maliciosamente á casa de otro

un objeto perteneciente al delito y que tenía en la suya, ó arrojando á un pozo el arma homicida, da lugar siempre al grave indicio contrario de querer con la adulteración de las cosas ocultar la verdad de su delito.

Es sin duda grave, como decimos, este indicio; pero es necesario no olvidar que el hecho en que consiste, puede también ser obra de un inocente, en virtud del temor de ser tomado como reo á causa de fatales apariencias de las cosas, por donde se muestra un motivo infirmante que se debe tener en cuenta según los casos.

Hasta aquí hemos hablado de la ocultación de la verdad al juez como medio mediato de eludir la pena. Pero el delincuente puede acudir á un medio de otro género. Ante la imposibilidad de lograr oscurecer la verdad en su origen, y viendo que ésta fatalmente llegará hasta el juez, puede el delincuente dirigir su acción sobre el ánimo del juez mismo, para que se haga el sordo á la voz de la verdad, ocultándola á la sociedad, no procesando ó no condenando. Así nace el gravísimo indicio de la *corrupción* del magistrado, indicio que se funda también en el temor de la pena.

Hay, por último, un medio propiamente inmediato para eludir la pena, y que se resuelve á su vez en otro indicio. El delincuente, prescindiendo de toda acción para detener en la marcha triunfal á la verdad, que empieza en la prueba y acaba en la imposición de la pena, intenta sustraerse á la material ejecución de ésta y se esconde.

No trata de ocultar la verdad para que la pena no se dicte: trata de ocultar su persona para que la pena no se ejecute.

He aquí el último indicio originado en el *temor* de

la pena; indicio de la *ocultación* de la propia persona, el cual puede concretarse en la *fuga*, ó en el simple hecho de *esconderse* en un lugar secreto, aunque sea en el lugar mismo del delito.

El indicio de la ocultación de la persona no siempre es completamente eficaz en pro de la delincuencia. El inocente también huye ó se esconde por natural perturbación del ánimo, ó por sentimiento de su debilidad frente á la gran fuerza de una acusación: sobre todo, si sabe que para defenderse debe combatir contra un prejuicio, contra un partido, contra un fanatismo religioso ó político. El inocente huye y se esconde también por miedo á las vejaciones personales, á pesar de su inocencia; y este motivo infirmante tendrá tanta mayor fuerza, cuanto mayor sea la fuerza preponderante concedida á la acusación, cuanto más arbitrarios sean los jueces, cuanto más amenazadores sean las prisiones preventivas, tormento de inocentes y de reos.

Hasta ahora hemos tratado de los indicios originados propiamente en el *temor* de la pena. Pasemos ya á los indicios originados en el *remordimiento*, que es el segundo sentimiento, como queda dicho, que surge de la conciencia del delito cometido, considerado como un mal.

A propósito del remordimiento, como de toda huella moral, no nos fijemos en las manifestaciones concisas y voluntarias del acusado, las cuales equivaldrían á una prueba directa, sino en las involuntarias é inconscientes. Hay signos físicos de la persona, reveladores del sentimiento interno; estos signos son los que queremos considerar aquí, como hechos indiciarios de la delincuencia.

El llorar, palidecer, temblar, suspirar, las exclama-

ciones involuntarias, el balbucear y demás, son manifestaciones físicas, referibles tanto al remordimiento como al temor de la pena; pero preferimos clasificarlas como expresiones del remordimiento, para no confundirlas con aquellos indicios consistentes en el temor, y de los que ya hemos hablado.

Ahora, todas las manifestaciones físicas antes expuestas y las análogas, ya se consideren como manifestaciones del remordimiento, ya como manifestaciones del temor de la pena, tienen, en general, un valor debilísimo de indicio. Por otra parte, además de los dos sentimientos supradichos, pueden ser producto de una causa física, como en el caso de una simple agitación nerviosa; pueden ser producidos también por el dolor que se experimenta, al verse víctima de sospechas criminosas, ó nacer de la cólera que provoca el hecho de verse injustamente objeto de una falsa acusación. ¿Qué es lo que válida y lógicamente puede concluirse en vista de semejantes hechos? Son hechos, hablando en términos generales, coordinables con causas distintas, por lo que como indicios se prestan á conclusiones opuestas. He ahí por qué se ve al mismo público acusador decidirse, unas veces contra un acusado, *por su turbación* al verse detenido, otras contra otro por *su serenidad imperturbable* ante la fuerza pública, encontrando indicio de criminalidad en dos hechos ó manifestaciones tan contradictorias. Retórica perjudicial, en verdad, la de tal modo de argumentar, que si puede consentirse en disertaciones académicas, cuando no está en juego la libertad de un hombre, implica ignorancia y ferocidad, cuando se usa en un juicio.

El delito se presenta, antes cometerlo siempre, y después cometerlo algunas veces, como un bien á la

vista del deliciente, esto es, como cosa que responde á sus propios deseos; he aquí otro indicio, el indicio de la *complacencia* por el delito cometido.

Pero, á la verdad, este indicio no tiene casi valor alguno. Se puede estar contento por un delito cometido sin ser autor de él; antes bien, semejante contento no se revela de ordinario más que en los extraños al delito. Para el verdadero delincuente, la satisfacción de haber logrado su propósito criminal, no puede jamás ser tan plena y tan violenta, que prorrumpe involuntariamente en dichos que lo revelén; porque tal satisfacción vese en él siempre constreñida y dominada, por el grave peligro de la condena; la más elemental y común prudencia la enseñará más bien, á ocultar la propia satisfacción.

Por todo lo dicho, puede afirmarse que este indicio es uno de aquellos de que pocas pruebas puede obtenerse.

Hemos, pues, hablado del *temor de la pena*, del *remordimiento* y de la *complacencia*, como de sentimientos nacidos de la *conciencia criminal*, y que más ó menos sirven para indicarla, con sus varias manifestaciones, al modo que el efecto indica la causa, constituyendo así los diversos indicios efectuales de las huellas morales.

El lector habrá notado que, en esta rápida exposición, nos hemos referido siempre al presunto autor del delito. Ahora bien; fuera del remordimiento, que es un sentimiento incommunicable, tanto el *temor de la pena*, como la *complacencia del delito*, son sentimientos en que pueden participar terceros. Se puede temer y manifestar el temor, no sólo por la pena que amenaza á la propia persona, sino por la pena que amenace á un pariente, á un amante, á un amigo. Se puede, parti-

cipando estrechamente de los amores y de los odios de una persona querida, que se sabe es autor de un delito, tomar parte en sus manifestaciones de contento, por haber logrado el fin criminoso.

Todo esto es cierto; pero también lo es que las manifestaciones de semejantes sentimientos, no pueden legítimamente ser indicios de criminalidad á cargo de otro. Que se muestra complacido por el delito cometido el pariente, el amante, el amigo del procesado; ¿y qué? Tal complacencia puede ser personal: no hay razón para que deba estimarse una participación en la satisfacción del delincuente. El pariente, el amigo, el amante, intentan acaso sobornar á los testigos, ó bien transigir con el ofendido, ó adulterar las pruebas reales, ó corromper á los jueces en favor del acusado. ¿Y qué significa esto? Todas esas acciones pueden haber sido inspiradas, no en la certeza, sino en la simple duda de su criminalidad, hasta salvarlo á toda costa, y en cualquier supuesto.

El acusado, si es inocente, sabe que no ha cometido delito alguno: en su virtud tiene una gran fuerza y seguridad para conocer por entero sus actos. Para quien lo ama intensamente, la dificultad es mayor; aun sabiendo que es inocente, no conoce nunca de un modo completo todos los actos de su vida, y acude con su imaginación exaltada á suponer hechos que lo hacen aparecer como reo á pesar de su inocencia; entonces, es cuando procura librar de la pena á la persona querida, como si realmente fuese delincuente. Fácilmente se comprenderá, que semejantes hechos del tercero, nunca pueden ofrecer un indicio de la criminalidad del procesado.

## CAPITULO IV

### Pruebas indirectas «*juris et de jure*»

Queriendo la ley determinar la fuerza probatoria de algunas pruebas indirectas, ya les concede la virtud de imponer su fe, *salvo pruebas en contrario*, ya les concede la de imponer su fe, *á pesar de las pruebas en contrario*. Llamando á las pruebas indirectas *presunciones*, los antiguos doctores denominaban presunciones *juris tantum* á las primeras, y *juris et de jure* á las segundas.

Realmente, tal nomenclatura no es indiscutible, pero está tan admitida en el lenguaje común científico, que es preciso aceptarla. De la presunción legal *juris tantum*, no vale la pena ocuparse de un modo especial: es una prueba legal como cualquier otra, contra la cual basta la contra-prueba general admitida contra la prueba legal.

No se puede, sin embargo, menos de hablar de las llamadas presunciones *juris et de jure*, por la gran importancia que han tenido en el juicio criminal, y que disimuladamente á veces pretenden tener hoy todavía. Sólo que al tratar aquí de este punto, no hablaremos<sup>s</sup> de *presunciones*, sino de *pruebas indirectas juris et de jure*: y no hablaremos de presunciones, porque éstas

tienen en nuestro concepto un sentido especial, como advertíamos al combatir su confusión con los indicios. Hablaremos en general de pruebas indirectas, porque entre las mismas que se llamen presunciones *juris et de jure*, hay, al lado de verdaderas presunciones, indicios más ó menos numerosos.

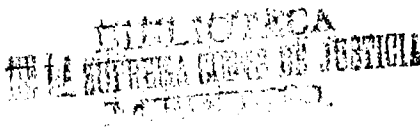
Cuando la costumbre de Beauvoisis estableció que el que hubiese amenazado con un mal, se debía considerar necesariamente como su autor, si el mal sobrevenia, no daba valor *juris et de jure* á una *presunción*, sino á un *indicio*; afirmaba como necesaria la relación de causa á efecto entre la tendencia particular á delinquir de un individuo dado, manifestada en la amenaza, y el delito realizado.

Cuando la misma costumbre establecía que el acusado que se evade de la carcel durante el proceso, se debe considerar necesariamente culpable, afirmaba otro indicio *juris et de jure* : elevaba por ministerio de la ley á indicio necesario, el contingente de la fuga.

Del propio modo, cuando en algunas antiguas legislaciones se afirmaba que las que ocultan su parto, se debían considerar necesariamente infanticidas, dábase también valor *juris et de jure* á otro *indicio*; se elevaba, por la ley, á indicio necesario de delito cometido el contingente de la ocultación de parto.

No puede, pues, limitarse esta materia á las presunciones en sentido propio; es preciso tratarla bajo una denominación más general, que abrace las presunciones y los indicios. He ahí por qué el epígrafe de este capítulo dice : *Pruebas indirectas juris et de jure*; y he ahí por qué tratamos de este asunto después de haber tratado especialmente, de las presunciones y de los indicios.

Al hablar de la certeza, hemos demostrado lo ab-



surdo de la certeza legal; al hablar de las pruebas, hemos demostrado lo inadmisibile de las legales: ahora bien; esto supuesto, podríamos aquí, en virtud de un simple corolario, como ya hicimos con la prueba indirecta *juristantum*, rechazar sin más las *juris et de jure*, pues que no son éstas más que pruebas legales, elevadas á la máxima potencia, absolutas é incontrastables. Mas teniendo en cuenta su importancia, es preciso decir algo, aunque sea para mostrar, cuál es la especie de pruebas indirectas *juris et de jure*, que aún amenazan con invadir el campo de las pruebas criminales.

En época lejana á la nuestra, cuando empezaba el arte de recoger las pruebas, y apenas si existía una policía judicial, la dificultad de reunir las pruebas directas de la criminalidad, y la superstición, hicieron que alcanzaran valor absoluto de pruebas, hechos que no tenían relación alguna con el delito. Al propio tiempo, introdujeron en la probatoria las extrañas pruebas indirectas *juris et de jure*; pruebas artificiales y arbitrarias, consistentes en someter al acusado á experiencias, cuyos resultados debían mostrar claramente la criminalidad ó la inocencia. Estas experiencias, que se denominaron *ordalias*, se multiplicaron grandemente en la Edad Media.

Indicaremos alguna.

Se obligaba, v. gr., al acusado á poner su mano al contacto de un hierro candente, ó á sumergirla en agua hirviendo; tal mano se envolvía después en un saquito. Si pasados tres días, descubierta la mano, tenía huellas de quemaduras, el acusado se consideraba sin más reo; si la mano estaba ilesa, se le declaraba inocente. La inocencia ó la delincuencia se aseveraban de ese modo con la prueba del fuego ó del agua hirviendo: pruebas indirectas *juris et de jure*.

Otra : cuando un hombre había sido muerto, y no se conocía al matador, se obligaba á aquellos sobre quienes recaían sospechas, á presentarse y á tocar el cuerpo de la víctima, colocado en un féretro. Si al contacto de un hombre el cadáver dejaba caer una gota de sangre, aquel hombre era el reo: una prueba más indirecta *juris et de jure*.

De todas las experiencias probatorias, la que más importancia tuvo en la Edad Media, no sólo en lo penal, sino en lo civil, fué el duelo judicial. Se combatía, según los casos, entre acusador y acusado, entre acusado y juez, y hasta entre acusador y testigo. El vencedor tenía siempre razón, el vencido no.

Todas estas experiencias se resolvían propiamente en otros tantos *indicios juris et de jure*, consistentes en cosas que, aun siendo distintas de la delincuencia y de la inocencia, servían, sin embargo, para probar, indiscutiblemente, la una ó la otra. Nada importaba que no tuvieran relación alguna esas supuestas pruebas, con lo que se estimaba probado: la relación entre las experiencias de un lado, y la delincuencia ó la inocencia del otro, se consideraba obra de la Providencia. Establecidas y organizadas á su modo, por el bárbaro procedimiento de aquellos tiempos, las experiencias judiciales indicadas y otras más, se creía que Dios, suprimiendo las leyes naturales, debía intervenir á fin de que los signos correspondieran á la verdad de las cosas. Se pensaba que, tratándose de un inocente, no podía permitir que su mano, puesta en contacto con el hierro candente ó con el agua hirviendo, sufriera quemaduras, que dejasen huellas, ni que sucumbiera en el combate judicial. Y viceversa, si se trataba de un culpable, las quemaduras tenían que producirse, y en el duelo debía aquél resultar vencido.

Así, pues, en los resultados de las experiencias, veíanse otros tantos efectos *mediatos* y *sobrenaturales* de la criminalidad y de la inocencia. No se trataba de estimar aquellos resultados, como efectos derivados natural é inmediatamente de la criminalidad ó de la inocencia: se los consideraba más bien como derivados de la voluntad de Dios, que conformándose con las normas vigentes los producía diversos, según que se era reo ó inocente: de este modo se tenían los indicios de efectos mediatos, *juris et de jure*.

En suma, al ordenar una de estas experiencias, no se hacía más que intimar al Altísimo una comparecencia á hora fija: se le pedía hacer su atestado, no con un milagro cualquiera, sino con un milagro determinado y previsto en el procedimiento. Trátase, pues, de los llamados *juicios de Dios*, en los cuales Dios era llamado á presentar la prueba decisiva, en pro de la acusación ó de la defensa. Hoy ya estos juicios de Dios, no son más que un recuerdo histórico: ni á hacer su crítica nos detendremos para señalar las razones que los produjeron y que los hicieron desaparecer: esta crítica al fin se ha hecho admirablemente por otros: toda adición sería aquí superflua. Nos hemos referido á ellos para mostrar con el ejemplo de tan extrañas pruebas, la sustancia probatoria que, en nuestro concepto, ofrecen los indicios de efectos mediatos, *juris et de jure*: sustancia probatoria que de ese modo cae dentro del asunto que aquí tratamos.

Fuera ya de las extrañas y arbitrarias pruebas absolutas, que resultaban de las experiencias judiciales, pruebas indirectas *sobrenaturales* y fantásticas, pueden señalarse también pruebas indirectas *naturales*, á las cuales á veces la ley ha querido conceder valor

absoluto de pruebas indirectas, *juris et de jure*, en materia criminal.

Trátase, v. gr., de la *amenaza* anterior al delito, de la *fuga* de la cárcel durante el proceso, de la *ocultación* del parto con relación al infanticidio... y de otras por este estilo.

Pero también estas pruebas *naturales, juris et de jure*, son hoy un mero recuerdo histórico en la ciencia penal. En armonía con los argumentos lógicos antes expuestos, á propósito de la certeza y de las pruebas legales, debemos sentar la teoría de que no pueden admitirse pruebas criminales, *juris et de jure*; puesto que para que la certeza criminal sea legítima debe ser sustancial y no formal.

Ahora bien; merced á los progresos de la ciencia, el único campo en que pueden florecer las pruebas indirectas *juris et de jure*, es en el de la probatoria civil.

Pero sin esta esfera son admisibles, débese más á la consideración del derecho, que á la del hecho; las pruebas *juris et de jure* en lo civil tienen su razón de ser, especialmente, en ciertos motivos sociales, que aconsejan darles un valor absoluto. Veamos si no en breves términos lo que pasa con las pruebas concretas *juris et de jure*.

La ley civil determina una categoría de personas incapaces de recibir por donación ó por testamento. Ahora bien; las donaciones y las disposiciones testamentarias á favor de algunos parientes de aquellos, se reputan, por presunción *juris et de jure*, hechas en fraude de la ley, considerándolas como dirigidas á las personas de las incapaces, por intermedio de las personas indicadas; lo que es verdad en la mayoría de los casos. Pero si en lo civil sí procede de ese modo, no es en virtud de una ilusión lógica de las pruebas, no. La

lógica de las pruebas civiles no puede dejar de reconocer que la liberalidad á favor de un cónyuge del incapaz, puede, en caso dado, ser hecha de buena fe, sin idea de burlar la ley, ni de transmisión á favor del incapaz. Pero si la lógica de las pruebas lo reconoce así, la del derecho cree mejor afirmar indiscutiblemente, para todos los casos, la presunción del fraude legal, ya para evitar litigios, ya para no encontrarse siempre ante la fácil afirmación de la buena fe, que obligaría á la difícil prueba de la voluntad de burlarse de la ley. Y he ahí bien claro como el fundamento de la indicada presunción *juris et de jure*, no está en la real ó sustancial fuerza "probatoria de la presunción, sino más bien en el cálculo de la utilidad social.

Así también, cuando en lo civil se hace depender la propiedad ó la liberación, de una presunción *juris et de jure*, apoyada en determinadas circunstancias, no es que de hecho no se admita en absoluto la probabilidad concreta de lo contrario; es que se conceptúa mejor evitar la larga oscilación de los derechos, y la multiplicación de los litigios.

Por último, cuando en lo civil se presume que tiene un valor de verdad absoluto, en casos dados, la confesión ó el juramento, no admitiendo la prueba de su falsedad, no es que la lógica de las pruebas no reconozca la posibilidad de que una confesión y juramento sean en un caso falsos; lo que hay es que la lógica del derecho conceptúa mejor darles en ciertos casos, por presunción *juris et de jure*, un valor absoluto de verdad, bien sea para alargar indefinidamente los litigios, bien sea, porque tratándose de derechos privados que es lícito enajenar, la confesión, como el juramento, aunque no respondan á la verdad, pueden

no obstante valer en determinados casos, de medios de transacción ó de renuncia.

En suma, las pruebas indirectas *juris et de jure* en lo civil, tienen su razón de ser, no tanto en su real y sustancial eficacia probatoria, cuanto en motivos jurídicos, y en el calculo de la utilidad social.

Hemos considerado conveniente determinar la razón de ser de la prueba indirecta *juris et de jure* en derecho civil, para preparar la solución de un importante problema de crítica criminal.

Que en lo criminal no se deben admitir pruebas indirectas *juris et de jure*, cosa es, hemos dicho que no hay quien la impugne. Pero cuando se trata de pruebas *juris et de jure*, ya establecidas en el derecho común, no se siente repugnancia para afirmar que deben tener fuerza también en lo criminal. ¿Y por qué? Por la unidad, se dice del sistema probatorio, toda vez que no deben las pruebas cambiar con el cambio de jurisdicciones.

¿Pero tiene esto razón de ser?

Parécenos que no.

Esta pretendida unidad del sistema probatorio, tomada en sentido general y literal, está contradicha por todas las legislaciones, en razón de la distinta y específica organización de las pruebas en lo penal y en lo civil. Pero en tal sentido, la oposición no tendría importancia, y por esto no se toma de ese modo.

Los opositores quieren decir que *una misma cosa* no puede probarse de dos modos diferentes, según las distintas jurisdicciones, y que cuando para la averiguación de una relación jurídica, se ha afirmado como suficiente en lo civil una prueba dada, *esta misma prueba*, no puede considerarse insuficiente en lo penal, para averiguar *aquella misma relación*.

Ahora bien; esto es verdad; pero con una condición que los adversarios no tienen en cuenta. Es verdad, á condición de que la declarada suficiencia de la prueba civil no sea *sustancialmente* contraria al fin de la probatoria penal. Y precisamente, tal es el caso de las pruebas indirectas que se declaran *juris et de jure* en lo civil. En lo civil, según hemos visto, se declaran tales, no sólo por razones de eficacia intrínseca probatoria, sino por razones de derecho y por cálculo de utilidad social; consideraciones accesorias estas que no tienen el mismo valor en lo criminal. En lo civil aquellas pruebas se declaran absolutas, porque no se busca en lo civil sino una certeza artificial correspondiente á una verdad formal é hipotética; en cambio, en lo penal el fin de la prueba es la certeza natural, correspondiente á la verdad real y efectiva de la delincuencia. He aquí por qué las pruebas indirectas *juris et de jure* según el derecho civil, no pueden considerarse tales para la imposición de las penas en lo criminal.

En materia penal no puede afirmarse la delincuencia si ésta no se presenta como real y efectiva. Ahora bien; la prueba civil indirecta *juris et de jure*, no es la expresión de la verdad real y efectiva; por lo que no puede servir de base de una condena penal.

Veamos esto con relación á un caso concreto. Resultará así más claro. Tomemos una prueba indirecta *juris et de jure*, y del campo civil transportémosla al criminal.

En lo civil, admitida la prueba del matrimonio no impugnado entre Ticio y Casia, el hijo habido de ésta, fuera de algunos casos determinados de impugnación de la legitimidad, debe considerarse hijo de Ticio; es un indicio *juris et de jure*, originado en el hecho indicado de la relación matrimonial entre un hom-

bre y una mujer; y no es lícito probar lo contrario, absolutamente, en manera alguna. En tales casos no puede ni aun valer siempre el recurso de impugnar el acta de donde surge la prueba indirecta; el acta ó documento puede ser muy verdadero, y como tal inatacable; pudiendo la falsedad encontrarse por entero en la prueba indirecta que se supone, y que no puede ser combatida.

Ahora, ¿podría esta prueba *civiljuris et de jure*, aplicada en materia penal, legitimar una condena? De ningún modo.

Supongamos en el supuesto que estamos examinando que Sempronio, hijo de Casia, considerado civilmente como hijo de Ticio, porque *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, no sea realmente hijo de Ticio, sino hijo adulterino de Casia. Supongamos que acusado Ticio de haber dado muerte á su presunto hijo, aunque no se encuentre en los casos que le permiten impugnar la legitimidad, tenga pruebas para producir en el ánimo del juez la certeza moral de que Sempronio sea hijo adulterino de su mujer, y que el odio entre él y éste su supuesto hijo, había sido originado en la notoriedad de la filiación adulterina. ¿Se deberá imponer silencio al acusado, y tomando como buena la paternidad ficticia de las leyes civiles, castigarle con los rigores propios del Código penal? ¿Puede en verdad una filiación supuesta en virtud de las normas y criterio del derecho civil generar un parricidio putativo en materia penal? Preguntádselo al sentido común libre de los prejuicios académicos, y el sentido común responderá resueltamente que no. La conciencia social no sabrá nunca admitir la imposición de una pena en virtud de una ficción jurídica. Cuando tal se haga, considerará víctima al condenado y delincuente á la ley.

Pero si sostenemos que la prueba civil *juris et de jure* no puede servir en daño del acusado, es preciso, sin embargo, añadir que debe hacerse valer en su favor. Y se comprende por qué. Si para la condena se niega valor *juris et de jure* á la prueba legal civil, es porque se requiere la averiguación de la delincuencia efectiva, cosa que no da la prueba civil. En cambio, para la absolución no hay esta dificultad; basta para absolver la simple duda. Las pruebas civiles *juris et de jure* están sustancialmente en contradicción con la justicia penal para la condena, y por esto, deben ser rechazadas; como no están en contradicción sustancial con la absolución, deben ser admitidas. Esto en cuanto á los principios superiores de la organización de las pruebas.

La misma tesis debe sustentarse respecto del derecho escrito que no acoge ni rechaza expresamente las pruebas civiles *juris et de jure*. Para la legitimidad de la condena, no basta que esté dictada *secundum jus scriptum*, debe ser también *secundum justitiam*. Ahora bien; condenando en virtud de una prueba indirecta *juris et de jure*, no es seguro que se proceda *secundum justitiam*. En cambio, se debe dictar la absolución legítimamente cuando se presenta conforme al simple *jus scriptum*. Así, pues, cuando la prueba indirecta *juris et de jure* es favorable al acusado, no se puede prescindir de ella para condenar, sin dictar una sentencia arbitraria, infringiendo una norma general probatoria que el Código de procedimiento penal *no ha rechazado expresamente*.

Veamos un caso concreto referente á esta segunda parte de nuestra tesis.

Aludiremos á la misma hipótesis anterior, en la cual Sempronio se reputa hijo legítimo de Ticio, por el in-

dicio *juris et de jure* del matrimonio; supongamos que Sempronio ha robado á su supuesto padre, y que éste, por no haber acción penal por hurto entre padre é hijo, quiere probar que Sempronio no es su hijo para que sea castigado. ¿Podrá admitirse la prueba de Ticio? No: se opone la relación civilmente inalterable de la filiación: *pater is est quem justae nuptie demonstrant*. La ley civil reconoce como prueba inatacable de la filiación el legítimo matrimonio; no está permitido proceder contra esta disposición absoluta no rechazada expresamente por la ley penal, para imponer una pena que sería arbitraria é ilegal.

En suma, siendo el fin supremo del juicio penal la verdad real y efectiva, no caben en él pruebas indirectas *juris et de jure*; y las establecidas en el civil pueden, y en su caso deben, tener eficacia en favor del acusado, pero no en contra.

Sólo al fin del juicio cabe, dentro de ciertos límites, como legítima una prueba indirecta *juris et de jure*; tal es la presunción de verdad que resulta de la cosa juzgada. La cosa juzgada en razón de las garantías en que se elabora, se presume verdadera con presunción *juris et de jure* que la hace inatacable. No se trata de una simple presunción de verdad material intrínseca ó extrínseca, sino de una presunción de verdad ideológica, consistente en presumir de un modo absoluto que lo que *se ha juzgado* es conforme á la verdad objetiva: *res judicata pro veritate habetur*.

Lejos de ser esta presunción contraria al fin de la justicia, es necesaria para su consecución.

Dado un campo libre á todas las pruebas en el curso del juicio, permitiendo probar todo lo que se quiera para la propia inocencia, preciso es que alguna vez se cierre este debate, entre el acusado y la socie-

dad, de un modo completamente definitivo. Si la justicia penal no tuviere una sentencia última, segura y definitiva, á cuya sombra pueda descansar tranquila la conciencia social, lejos de ser instrumento de tranquilidad, sería causa de interminables perturbaciones.

Pero también aquí conviene distinguir. Si las razones políticas expuestas inducen á considerar absoluta é inquebrantable la presunción de verdad de la cosa juzgada, en cuanto á la *absolución*, no tiene, sin embargo, la misma fuerza para rechazar todo límite en cuanto á la condena. Que por razones políticas se deje impune, aunque sea al reo, cuando ha sido legítimamente absuelto, cosa es que no repugna la conciencia social, que ve en todo ello el fin de la tranquilidad civil y de la estabilidad del derecho. Pero que se deba seguir atormentando con una pena á aquel que es evidentemente inocente, sólo porque ha sido condenado por error, no puede admitirse tranquilamente por la misma conciencia social. Las razones políticas pueden legítimamente valer, cuando se trata de la absolución, nunca, cuando se trate de la condena. No puede haber condena legítima sin justicia intrínseca.

Si, pues, la presunción de verdad conviene que sea absoluta para la cosa juzgada absolutoria, debe en cambio tener límites cuando es condenatoria. Estos límites racionalmente originanse de la *evidencia de la verdad real*, en contradicción con la *presunción de verdad* de la cosa juzgada condenatoria.

Cuando la verdad real y evidente, es contraria á la verdad presunta de la cosa juzgada condenatoria, obstinarse en sostener la inviolabilidad de ésta, sería contrariar los fines mismos de la justicia penal. La verdad presunta debe ceder entonces su puesto á la

verdad real; la ficción jurídica debe en ese caso, ser sustituida, por la verdad del derecho.

La verdad presunta de la cosa juzgada condenatoria, puede aparecer evidentemente insostenible, bien porque su contenido resulte en contradicción con el de otra cosa juzgada, lo cual hace que uno de los dos sea falso, bien porque resulten falsas las pruebas en que se hubiere apoyado el convencimiento generador de la sentencia, ó bien todavía, porque resulte falsa la conciencia de que la misma sentencia emanare ó el hecho sobre cuya existencia se basara la decisión judicial.

1.º Cuando una sentencia definitiva de condena se encontrare en contradicción directa con otra, si sus respectivos contenidos son inconciliables, resultarán dos presunciones iguales y opuestas de verdad, las cuales se destruyen. Una de las dos sentencias debe de ser necesariamente falsa (1).

2.º Cuando una de las pruebas que hubiese contribuido á la formación del convencimiento resulte evidentemente falsa, como no se sabe qué eficacia ha podido tener cada prueba en el ánimo del magistrado, la condena preséntase como resultado posible de la prueba falsa, y en su virtud la presunción de verdad de la cosa juzgada cae por tierra.

Para que no falte la estabilidad necesaria de las co-

---

(1) Nuestro procedimiento al admitir como caso de revisión la contradicción de las sentencias definitivas, se limita á la contradicción entre dos sentencias condenatorias. Esta limitación es arbitraria é irracional, porque la contradicción directa é inconciliable puede darse también en las sentencias absolutorias. Si Ticio es condenado como autor de un delito dado, y posteriormente, procesado Cayo como autor de aquel mismo delito, se declarara no haber lugar al procedimiento por no haber delito, ¿podrán acaso conciliarse las dos sentencias?

sas juzgadas, es preciso que la *falsedad* de la prueba esté bien averiguada; sólo así podrá destruir la presunción de verdad inherente á toda ejecutoria. El arte judicial aconseja que no se considere á este propósito como averiguada la falsedad de la prueba, sino en virtud de sentencia judicial (1).

3.º Pero si la falsedad de las pruebas destruye la presunción de verdad de la cosa juzgada, con mayor razón la destruirá la falsedad de la conciencia del juez.

Si la conciencia del juez que dictó la sentencia resultare evidentemente falseada por corrupción, la presunción *juris et de jure* de la verdad de su sentencia, no puede ser ya admitida (2).

Pero aquí también, para no perjudicar la estabilidad necesaria de la cosa juzgada, es preciso que la falsedad de que tratamos conste de un modo irrefutable, cual es por una sentencia judicial.

Admitido procesalmente que la falsa prueba, como la falsa conciencia del juez, debe resultar de otra sentencia, para que tengan fuerza en contra de la presunción *juris et de jure* de la verdad de la anterior sentencia condenatoria, siguese de ahí que tanto en un caso como en otro, la cuestión se resuelve en contradicciones entre cosas fundadas. Son estos dos casos de contradicción *indirecta*, mientras que el examinado en el núm. 1 es un caso de contradicción *directa*.

---

(1) Aquí también impone nuestro procedimiento una limitación ilógica. No considera para la revisión más que el caso de falso testimonio. Si se trata de un documento falso ó de un dictamen pericial falso, ¿no hay una razón igual para revisar la sentencia condenatoria?

(2) Nuestro procedimiento no admite este como caso de revisión.

4.º Por último, la presunción de verdad de la cosa juzgada, no tiene tampoco razón de ser, cuando los hechos sobre cuya existencia se hubiese fundado, aparecen evidentemente como falsos.

Ticio fué condenado por homicidio en la persona de Cayo: posteriormente se averigua que Cayo está vivo y sano. Sempronio fué condenado por haber sustraído un objeto dado de Mevio: luego se sabe que Mevio ha tenido siempre en su poder dicho objeto, ó bien un tercero declara que fué él el autor del robo. La presunción de verdad, en tales casos, conceptuaráse vencida ante la evidencia de los hechos. Verdad es que en estos dos últimos casos puede haber engaño, colocando maliciosamente el objeto en manos del robado, ó confesándose falsamente autor del delito para salvar al condenado. Pero no es esta razón suficiente, para que la lógica de las pruebas no deba considerar también, semejantes casos, como comprendidos en la evidente falsedad de los hechos, propia para destruir la presunción de verdad de la cosa juzgada. Al arte judicial corresponderá en todo caso, buscar y apreciar los medios oportunos, para que la justicia social resulte garantida contra los engaños posibles (1).

Y basta á nuestro parecer con lo dicho acerca de la presunción *juris et de jure* de la cosa juzgada penal.

Réstanos tan sólo una última observación complementaria.

Sabido es que también la cosa juzgada civil se presume verdad por presunción *juris et de jure*. Ahora bien; desde luego se ocurre preguntar si esta cosa juz-

---

(1) Nuestro procedimiento considera como capaz de revisión únicamente el caso en que después de una condena por homicidio, resulta viva la persona que se creía muerta.

gada civil debe ó no tener fuerza completa en materia penal. La respuesta es fácil, en vista de las consideraciones precedentes.

El juicio civil atiende á un fin distinto del que es propio del juicio penal: el primero conténtase con alcanzar la verdad formal; el segundo busca la verdad sustancial. El juicio civil se funda así sobre pruebas que no siempre pueden tener el mismo valor en el penal; según hemos visto precisamente que pasa, con las pruebas indirectas *juris et de jure* civiles. La diferencia de fines y de valor de las pruebas en los dos juicios, lleva claramente á afirmar, que la presunción *juris et de jure* de la verdad de la cosa juzgada civil, no puede tener en lo penal más fuerza que cualquiera otra presunción civil del mismo género.

## CUARTA PARTE



**División subjetiva de las pruebas.**

**Prueba real.—Prueba personal.**

## ÍNDICE DE LA CUARTA PARTE

---

PREÁMBULO.

CAPÍTULO I.—División subjetiva de la prueba en real y personal.

CAP. II.—Presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba: Originalidad.

## PREAMBULO

---

Al hablar de las pruebas en general hemos dicho que tanto con relación al *sujeto* como con relación á la *forma*, no es posible determinar la naturaleza de las pruebas, á no ser refiriendo éstas, como á su punto fijo, á la conciencia sobre la cual deben obrar, conciencia que en el juicio penal es la del juez sentenciador. Ahora bien; el *sujeto* de la prueba no puede concretamente presentarse al conocimiento del juez, como al de cualquier otra persona, sino bajo una forma particular, que es *la forma* de la prueba. Ya se trate de testimonios personales, bien de atestaciones de cosas, no se podrá ofrecerlos al juez, si no bajo una forma determinada: la *persona* testificante no podrá presentarse á la conciencia del juez, si no en cuanto manifiesta su declaración, bajo la forma del *testimonio* ó del *documento*, que son las dos únicas especies formales de la declaración personal; la cosa no podrá probar ante la conciencia del juez, sino ofreciéndose bajo la forma de *prueba material*, que es la única especie formal de la atestación real.

Por tanto, pues, si de un lado no se puede, en la  
*Lógica*.—TOMO I.

prueba concreta, concebir un *sujeto* de prueba, sino en cuanto se revela en una forma determinada probatoria, de otro sujeto y forma deben ser estudiados y determinados en la lógica criminal con relación á la conciencia del juez del debate. Por esto el estudio de la prueba, en cuanto al sujeto, no puede separarse completamente del estudio de la prueba, en cuanto á la forma. La división, pues, de las pruebas con relación al sujeto es una división abstracta, que tiene su desenvolvimiento en la división concreta de las pruebas, con relación á la forma: ahora bien; esta parte del libro que trata de la división subjetiva de la prueba no tiene propiamente más que un valor preparatorio, para el estudio de las pruebas bajo su aspecto formal. Y valga esto para explicar, por qué en esta parte nos contraemos á los más reducidos límites, reservándonos más amplias consideraciones, para la parte siguiente de este trabajo.

## CAPITULO PRIMERO

### **División subjetiva de la prueba en real y personal.**

Se produce un acontecimiento cualquiera; una vez producido y realizado en el mundo exterior, desaparece. Ya no es posible posteriormente percibir el conjunto íntegro de los elementos que constituyen tal acontecimiento; pero es preciso de todos modos averiguar la realidad de su pasada existencia, haciéndole, por decirlo así, revivir á los ojos del espíritu. ¿Cómo será esto posible?

Ante todo, cualquier acontecimiento, producido en medio de otras realidades subsistentes todavía, puede haber dejado sobre ellas, huellas más ó menos patentes de su paso, huellas reales y huellas morales: estas huellas son las grandes reveladoras del acontecimiento que ya no existe: ahora bien; siguiéndolas es como se suele llegar á la deseada certeza, estando ahí la rica fuente de las pruebas.

Según hemos dicho, las huellas que un suceso puede dejar tras de sí son de dos clases: reales y morales. Las huellas reales consisten en las modalidades efectuales, que se presentan como adheridas á la inconsciente realidad de las cosas; estas modalidades dan

lugar á una especie de pruebas que se llaman *reales*. Las huellas morales consisten en las impresiones producidas en el espíritu humano, y las cuales pueden ser de dos clases, según que se revelan consciente é inconscientemente: la revelación inconsciente de la impresión en el recuerdo, no puede dar lugar más que á una prueba real, puesto que el espíritu inconsciente se reputa más bien cosa que persona; la revelación consciente, en cambio, da vida á otra especie de pruebas que se llaman *personales*.

El sujeto de las primeras es la *cosa* misma, en sentido general, á quien las modalidades se refieren, siendo la prueba que resulta de la percepción de estas modalidades, inconscientemente manifestadas, verdadero testimonio de cosas, ó, en otros términos, prueba real. El sujeto de las segundas es la persona, cuyo espíritu recibe la impresión y la revela conscientemente, resultando un testimonio de persona, ó, en otros términos, una prueba personal.

Desde el punto de vista de las huellas, que un suceso puede haber dejado detrás de sí, hay, pues, dos sujetos posibles de prueba: ó una cosa ó una persona que lo testifiquen; por lo que, desde el punto de vista del sujeto, la prueba se divide en dos especies: testimonio de cosa ó prueba *real*, y de persona ó *personal*. La cosa produce testimonio, presentando inconscientemente á la percepción de quien se quiere convencer, las modalidades reales que ha sufrido, relativas al suceso que se trata de averiguar. La persona produce testimonios, revelando conscientemente el recuerdo de la impresión psíquica recibida, con relación al sujeto investigado.

Hasta aquí hemos considerado, tanto las *cosas* como las *personas*, desde el punto de vista de los efectos que

un suceso pudo haber causado en ellas, y del modo cómo cosas y personas pueden revelarlo en virtud de los efectos sufridos, distinguiendo, desde este punto de vista, las pruebas en *reales* y *personales*. Pero es preciso notar, que todo suceso debe considerarse, no sólo como una causa con relación á sus efectos, sino como un efecto con relación á sus causas. Todo suceso, además de producir efectos, tiene una causa que lo ha producido, causa física ó moral; y esta causa, considerada en su modo natural de ser, como potencia causal, puede llevar al pensamiento á afirmar el suceso como su efecto. Ahora bien; importa observar que, si las pruebas, como consecuencia del suceso probado, se distinguen en *reales* y *personales*, son, en cambio, *reales* siempre, en cuanto consisten en una causalidad del suceso.

Es prueba real siempre, sin excepción, la que resulta de la percepción de la modalidad de un sujeto (sea cosa ó persona), cuando las modalidades se perciben y consideran, no como huellas propiamente dichas: efectos, sino como revelando una eficiencia causal en el sujeto, físico ó moral, á que se refiera, eficiencia causal que lleva á pensar en el sujeto como en un efecto. Dan vida, pues, á una prueba real, no sólo las modalidades de la cosa, que revelan una eficiencia causal en la cosa material misma, sino también las del espíritu humano, que revelan en éste la causalidad del suceso. En este último caso, aunque se trate de modalidades simplemente morales, la prueba que de ellas se deriva, no consiste en un testimonio de la persona, sino en un estado del alma, considerado en sí mismo como una cosa causante de un efecto, que es el suceso que se trata de averiguar.

Este estado del alma que se considera como causal,

por ejemplo, de un delito, no puede percibirse directamente en el alma misma: es preciso percibirlo á través de la materialidad de un hecho exterior que lo manifieste, hecho que puede ser hasta la palabra de la persona misma, en cuya alma se afirma la causa moral del delito. Ahora bien; es necesario advertir que en esta última hipótesis cabe que con la palabra revele la persona *conscientemente*, la existencia del motivo propio para delinquir en su alma; y en tal hipótesis conviene notar también, que será personal *la prueba de la existencia del motivo causante*; pero el motivo causante *como prueba del delito cometido* será siempre prueba real; preséntase aquí la palabra consciente de la persona, como destinada á dar fe de la verdad de la existencia del motivo, y no de la supuesta relación que tal motivo tiene con el delito cometido; esta relación se admite por el juez, no sobre la fe de la consciente atestación de la persona, sino por la propia percepción del motivo (de cuya existencia está cierto ya por prueba personal) como una cosa ligada al delito cometido, cual causa á efecto; por lo que el motivo causante, considerado en sí como prueba del delito cometido, es respecto una prueba real. En su consecuencia, un estado del alma que, considerado como causal del delito, funciona de prueba del delito cometido, considerado en sí mismo como prueba, se presentará siempre como prueba real, manifiéstese consciente ó inconscientemente por la persona. Pero, según lo dicho, un estado semejante del alma, considerado como causal de un suceso dado, cuando resulta conscientemente revelado por la persona-sujeto, preséntase, no como una prueba real *pura*, sino más bien como mixta de personal y real: en rigor, es una prueba personal con contenido de prueba real. En suma, lo que nos

proponíamos demostrar, y que nos parece haber demostrado, es que *de la consideración de las causas* (que en cuanto han producido un suceso pueden servir para probarlo) no se obtiene más que la noción de las pruebas *reales*.

A esta especie de pruebas reales, consistentes en las modalidades que revelan en el sujeto á que se refieren una eficacia causal, pertenecen todas las pruebas indirectas, que desde el punto de vista del juicio penal llamamos indicios causales del delito, ya consistan en una realidad física, ya en una moral percibida como causa del delito realizado.

Resumiendo: la distinción de las pruebas en *personales* y *reales*, se deriva de la consideración de las huellas que un suceso puede dejar tras de sí, y del modo cómo tales huellas pueden revelar el suceso; en cambio, la consideración de las causas, que habiendo producido un suceso pueden revelarlo, nos recluye siempre en el campo de las pruebas *reales*.

Ahora bien; volviendo nuevamente á la distinción de las pruebas en personales y reales, procuraremos aclarar su noción determinando el contenido.

Ante todo, al hablar de pruebas personales se recordará, que hemos dicho que la prueba personal de un suceso, consiste en la revelación consciente hecha por la persona, del recuerdo que el suceso ha impreso en su espíritu. Ahora bien; es preciso advertir que por suceso no se entiende tan sólo un hecho externo. La persona produce también prueba personal, revelando conscientemente un hecho interno propio; como, por ejemplo, revelando la intención criminal de cometer una acción. Se debe notar además que la persona produce prueba personal, no sólo cuando revela conscientemente un hecho interno de su espíritu como he-

cho pasado, sino también cuando lo revela como hecho *actual*, por ejemplo, sus actuales convicciones y su actual voluntad: en tal caso parecerá que no se trata de revelaciones de recuerdos, y que en su virtud no es bastante comprensiva la fórmula que hemos usado como noción de la prueba personal. Pero si se tiene en cuenta que el mismo fenómeno actual del espíritu, no puede revelarse sino en cuanto la conciencia tiene la visión y una consiguiente impresión ideológica, se comprenderá, que en este caso, se trata también de revelación de recuerdo en sentido lato; y lo es con relación á la función originaria de la memoria, que consiste en recibir conscientemente la impresión ideológica, y no con relación á las funciones sucesivas, en virtud de las cuales las impresiones se conservan para lo porvenir. De todas suertes valga, esta indicación para completar y determinar la noción de la prueba personal.

De la rápida noción anteriormente expuesta acerca de lo que es prueba personal y prueba real, se deduce también claramente que la persona misma, en cuanto presenta modificaciones corporales, es *cosa*. Así, la herida que presenta la persona física no es más que una prueba real: lo que se comprende fácilmente.

Pero importa notar que la persona da lugar á pruebas reales, no sólo por las modificaciones corporales sufridas. Hay casos en que se trata de modificaciones psíquicas producidas en la conciencia de la persona, y por esta manifestadas, las cuales sin embargo, no son sino pruebas propiamente reales. Para distinguir claramente cuándo las manifestaciones del ánimo internas por parte de la persona, constituyen prueba personal y no real, es preciso tener presente las dos condiciones esenciales, necesarias, para que la mani-

festación del ánimo sea una prueba de la primera clase : es esencial, de un lado, la conciencia de tal manifestación, y de otro, que tal manifestación se presente como destinada á hacer fe de la verdad de los hechos por ella afirmados. Si las manifestaciones del espíritu humano no son *conscientes*, y no se consideran como *destinadas á hacer fe* según queda dicho, no se tendrá la prueba personal, sino la real.

Sin la conciencia de los propios actos, el espíritu humano se consideraría como cosa, y no como persona. Tal conciencia se requiere, no sólo en la manifestación del *hecho humano como hecho* (voluntario), sino también con respecto á *la revelación* del ánimo. En su función de prueba del estado interno del alma, son pruebas reales y no personales, no sólo el palidecer, el temblar, ó cualquier otro hecho involuntario de la persona, sino también todos aquellos otros hechos voluntarios humanos, que, aun cuando *realizados conscientemente como hechos, se verifican inconscientemente como revelaciones* concretas del estado del alma; todos estos hechos, voluntarios é involuntarios, en cuanto funcionan de pruebas, como revelaciones no conscientes del alma, constituyen pruebas reales; y en tal concepto, son pruebas reales en el juicio penal, las que denominamos indicios de efecto de las huellas morales del delito.

La misma palabra, no puede considerarse como prueba personal, si no se dirige *conscientemente* á revelar el estado del alma. Cuando es una *inconsciente expresión* del espíritu, no puede ser sino una prueba real. Es prueba real, no sólo el frotar de manos de lady Macbeth, para hacer desaparecer aquella mancha que el remordimiento le hace ver, sino también sus terribles delirios. No producía para quien la escu-

chaba más que una prueba real, cuando escondiendo su mano sanguinaria de nuevo, exclamaba:

«¡Siempre el olor de la sangre! Todos los perfumes de la Arabia no bastarian para quitar de esta pequeña mano mía ese olor.»

Y por la misma razón, hasta la confesión escrita del propio delito, hecha por el acusado, en un momento de somnambulismo, será una prueba real; porque al fin es esencial para la personal la conciencia de la propia manifestación. Sin la conciencia en rigor, ¿qué queda? La manifestación de un estado espiritual que no puede ser sino enfermedad. En la mayoría de las pruebas reales, que son las reales-corpóreas, trátase de modificaciones materiales, inmediatamente percibidas en la cosa; aquí trátase de modificaciones espirituales percibidas por vía mediata en la persona. Pero ¿qué importa eso? Una y otras, se presentan del mismo modo por sus respectivos sujetos á la consideración del juez. Suprimase la diferencia accesoría, nacida de la diversa naturaleza de los sujetos, por la cual el espiritual necesita expresar sus modificaciones para que se perciban, mientras el material las presenta ya manifiestas; suprimase, repito, tal diferencia, y quedará siempre la misma naturaleza probatoria; modificaciones, en suma, inconscientemente ofrecida por sus sujetos á la percepción, y que por esto se comprenden entre las pruebas reales. Sin conciencia, sólo se tiene la *cosa*, aun en la parte espiritual de la persona; la manifestación inconsciente del fenómeno espiritual por parte de la persona-sujeto, redúcese á una evolución fatal del fenómeno mismo, que se resuelve en una prueba real.

Mas no sólo constituye prueba real la palabra articulada ó escrita *inconscientemente*, sino que no toda

palabra conscia es prueba personal. La palabra conscia para ser personal debe presentarse como *destinada á dar fe de la verdad de los hechos con ella afirmados*.

Ya hemos visto antes que el motivo para delinquir, considerado como indicio causal del delito cometido, es sólo prueba real; hemos notado, además, que la existencia de un motivo semejante, puede ser *conscientemente revelada* por la persona misma, en cuyo ánimo se afirma; y hemos demostrado que, en tal caso, se tendrá una prueba personal *de la existencia del motivo causante*, pero que éste *como prueba del delito cometido* es prueba real: ahora bien; la razón de esto, está precisamente en que la supuesta palabra conscia de la persona, no se presenta como destinada á hacer fe de la verdad de los hechos que afirma, sino *en cuanto á la existencia* del motivo, y no en cuanto á su relación con el delito. He ahí por qué tal prueba se presenta, no como real *pura*, sino como mixta de personal y real, ó sea personal con contenido de prueba real. Y, dicho sea entre paréntesis: en este sentido y bajo este aspecto, todas las atestaciones indiciarias personales, son pruebas personales con contenido de pruebas reales, aun cuando tengan propiamente por contenido indicios *de efecto* (1). Así, cuando un testigo llega conscientemente á referir que ha visto, después del delito, huir al acusado, se tiene una prueba personal en cuan-

---

(1) Respecto á los testimonios directos de personas, *en cuanto son directos*, no tienen propiamente por contenido una *prueba* real del delito, sino la realidad del delito mismo. La realidad del delito considerada en sí, no puede en razón llamarse *prueba*, en sentido específico del delito, en cuanto es la evidencia misma de la verdad criminosa, según se dijo en la parte segunda de este libro (cap. I).

to á la verdad de la fuga, y real en cuanto la fuga se refiere como indicio de efecto al delito cometido. Y basta de paréntesis.

Ahora importa notar que la palabra consciente, no puede considerarse como destinada á hacer fe de la verdad de los hechos con ella afirmados, cuando se presenta, no como una simple *revelación* del alma interior, sino como una forma concreta de la realidad; y por esto, en tal caso, es una prueba real y no personal. En los delitos que consisten en la palabra, como injurias ó amenazas, la palabra constitutiva del delito, si suponemos que sea pronunciada ante el juez, no será sino una prueba real. Trátase de delitos cuya esencia de hecho está en la material manifestación de los pensamientos; y así la palabra injuriosa, ó la de amenaza, no es sino el delito mismo, en su material existencia, que se somete al juez, y no una conscia atestación personal, destinada á convencer de la verdad de los hechos testificados; la palabra en tales casos se considera como concreción del delito, y eso desde el punto de vista de su *destino para hacer fe* de los hechos por ella afirmados, punto de vista esencial para la prueba personal. Al igual que la palabra articulada, la escrita es prueba real, cuando se la considera como constitutiva de delito. Así, el documento falsificado, el libelo injurioso, la carta amenazadora, cuando se someten al juez son pruebas reales, en cuanto representan la concreción material del delito, y no la revelación de un hecho dado, destinada á hacer fe.

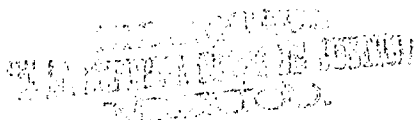
Resumiendo, pues; las dos condiciones esenciales de la naturaleza del testimonio personal, son la *conciencia* del testimonio de un lado, y de otro el *destino* del mismo *para hacer fe* de la verdad de los hechos que con él se afirman. Por tanto, prueba personal es toda

manifestación consciente y personal del recuerdo, destinada á hacer fe de la verdad de los hechos con ella afirmados. Más brevemente, llamando *testimonio personal* á la manifestación del recuerdo por parte de la persona, puede decirse que es prueba *personal* toda manifestación personal consciente, destinada á dar fe de la verdad de los hechos con ella afirmados. Toda otra prueba es *real*.

En cuanto á las pruebas puramente reales, que consisten en manifestaciones inconscientes, podrían llamarse pruebas *reales psíquicas*. Pero no ocurre lo mismo con aquellas otras pruebas puramente reales, que consisten en manifestaciones del espíritu, que se presentan como una forma concreta de la realidad, y no destinadas á dar fe de la verdad de los hechos por ella afirmados; estas últimas no son, y no pueden llamarse sino pruebas *reales-corpóreas* (físicas), como todas las demás pruebas propiamente reales.

Siempre que falta la conciencia en la palabra hablada ó escrita, lo que la palabra revela, es una impresión de recuerdo del espíritu inconsciente, en su manifestación del espíritu en cuanto cosa, no como persona; la palabra entonces es una prueba real. Pero si, por las razones dichas, la prueba es real, sin embargo, no se trata de una prueba material, sino espiritual; por lo que esta prueba puede llamarse prueba *real-psíquica*.

No ocurre lo mismo con la palabra articulada ó escrita que constituye el delito; confúndese entre todas las pruebas reales-físicas. La palabra articulada ó escrita constitutiva de delito, se considera también como prueba *real*, no porque se presente como manifestación inconsciente del espíritu: muy al contrario, si fuese inconsciente, no podría constituir delito. Si la



palabra constitutiva de delito se considera como prueba real, es porque se presenta, no como simple *revelación* de una modificación, sino como *acción* de un agente espiritual, violador del derecho ajeno. Trátase de una *acción externa y material* que viola el derecho ajeno, y la cual se ha manifestado bajo forma de palabra hablada ó escrita; trátase de una exterioridad material constitutiva de un delito. La palabra, como sonido ó como signo gráfico, no es en ese caso más que el medio de concreción material del delito mismo, como el puñal que hiere, como la mecha que incendia. Nos encontramos precisamente ante la materialidad del delito; no estamos, pues, en el caso de una prueba *real-psíquica*, sino en el de la *real-física*. Y si tal palabra, aun como delito, se refiere siempre á la persona de quien se deriva, es, no como á sujeto cuyas modificaciones revela—prueba,—sino como á *autor* moral responsable, ni más ni menos que cualquier otra materialidad producida por el delincuente, y que constituye el delito.

Parécenos, pues, fuera de duda que pueda llamarse prueba real-psíquica toda palabra inconsciente, y cualquier otra manifestación inconsciente del espíritu; no es ni puede llamarse más que prueba real-física, como cualquier otra, la palabra constitutiva del delito. Y he aquí aclarado el concepto, de la subdivisión que de las pruebas reales cabría hacer, en físicas y psíquicas.

Hasta ahora hemos procurado determinar la naturaleza sustancial de las pruebas reales y de las personales. Mas para completar las nociones, es preciso determinar también con relación á quién se considera la naturaleza de estas dos especies de pruebas.

A este propósito, recordaremos una vez más lo que

antes decíamos: la distinción subjetiva de las pruebas, en personales y reales, se considera con relación á la conciencia del juez del debate ó sentenciador. Si no fuese así, si se considerasen las pruebas con relación á sus fuentes originarias, sólo habría pruebas reales. No hay testimonio de propia ciencia, testimonio de donde toman su fuerza probatoria todos los testimonios no originales de la persona, que no implique una prueba (en sentido general) real, con relación al mismo, que originariamente atestigua desde el punto de vista del sujeto que se la ha presentado como probatoria. Resulta siempre una prueba real con relación al que testimonia, en cuanto ha tenido la percepción directa de las cosas que refiere; la voz de las cosas ha hablado en él, y él la trasmite al juez. En este sentido, toda prueba comienza por ser real. Se divide después en personal y real, según el sujeto que en definitiva se presenta ante el juez, para producir la certidumbre en su ánimo, siendo este el momento en el cual se ha estudiado la naturaleza subjetiva de las pruebas, y se ha diferenciado la naturaleza subjetiva de las pruebas en las indicadas clases.

Por lo demás, si para distinguir la prueba personal de la real, atendemos al sujeto que en definitiva se presenta, para producir en el ánimo del juez la certidumbre, no es porque para tener la prueba personal exijamos la presencia material en juicio de la persona del testigo, no. Hay formas del testimonio personal que se separan materialmente de la persona, quedando sólo moralmente ligadas; el escrito, como declaración consciente, encarna en sí el testimonio de la persona, aun después de separado de la persona física del testificante; por lo que, siempre que el escrito es una conscia manifestación personal, destinada á dar fe de

los hechos por ella afirmados, es una prueba personal, aunque la persona física no comparezca. El juez, en tal caso, tras de la materialidad del documento, verá siempre la persona moral del testigo, debiendo advertir, que el documento influirá como prueba en su ánimo, en concepto de declaración consciente personal.

Con esto, creemos haber aclarado la noción de las pruebas reales y personales, por lo que conceptuamos útil volver al examen de una de nuestras premisas, teniendo en cuenta que se puede llegar al conocimiento de un suceso ya pasado, por la consideración de sus causas y de sus efectos; del examen de los efectos, ó del examen de las huellas morales y reales que el suceso deja tras de sí, hemos deducido que siendo dos solos los sujetos posibles de la prueba: la persona consciente y la cosa inconsciente, las pruebas, desde el punto de vista del sujeto, se dividen en personales y reales. Ahora queremos volver á la consideración de *cómo* un suceso, que ya no existe, puede ser revelado por sus causas y por sus efectos.

En cuanto á lo que indica el suceso referido á sí propio como la causa al efecto, no tenemos por qué tratarlo aquí más detenidamente. Una cosa no puede revelar su efecto más que por su modo natural de ser. El puñal triangular que se ofrece como indicio causal, respecto de la herida que presenta el ofendido, no aparece como causa de aquel efecto, sino por su modo natural de ser; no por una modificación súbita.

Los efectos del suceso hemos dicho que se resuelven en huellas morales y reales.

Las huellas morales, dicho queda que nacen de la percepción del suceso por el espíritu humano, y se concretan en el recuerdo: en cuanto estas modificaciones del espíritu se revelan conscientemente por la perso-

na, resultan las pruebas personales; siendo inconscientemente, resultan aquellas especies de pruebas reales, que denominamos reales-psíquicas.

Conviene aún detenerse un poco á considerar la naturaleza de las huellas físicas, de los efectos reales físicos que el suceso deja tras de sí.

Un efecto puede revelar físicamente su causa, bien sea por su *modalidad natural*, bien por los *cambios* sufridos en su modalidad.

Prescindiendo del caso, por lo demás rarísimo, de que una cosa revele su causa por su modalidad natural, parécenos útil insistir aún sobre lo que ya hemos dicho, respecto del supuesto de que una cosa revela su causa por un cambio experimentado en su modo de ser, por una modificación física (1).

Para que una realidad nueva, entre materialmente en coexistencia con otra realidad, es preciso una especie de adaptación física de la primera en el medio de la segunda. Todo suceso en general, y por lo mismo, todo delito en particular, en el curso de su realización en el espacio, *tropieza* en las demás realidades existentes, produciendo modificaciones físicas. Estas modificaciones no pueden ser más que de dos especies: modificaciones en cuanto al *modo* de ser, modificaciones en cuanto al *lugar*: alteraciones y traslaciones. Examinense todas las pruebas reales, directas é indirectas, consistentes en modificaciones físicas: sólo se encontrarán ó cosas alteradas ó cosas movidas.

El cadáver, la lesión, la casa incendiada y otras por el estilo, son pruebas *directas* por *alteración*. La persona secuestrada, la cosa robada encontrada en casa del ladrón, etc., son pruebas *directas* por *traslación*.

---

(1) Véase en la parte tercera el cap. III y el art. 4.º

El sombrero del acusado, encontrado cerca del lugar del delito, es una prueba *indirecta* por *traslación*. El agua sucia con brasas encontrada en la cubeta del acusado por incendio, es una prueba *indirecta* por *alteración*.

Así, pues, las modificaciones materiales físicamente perceptibles, no consisten más que en alteraciones y traslaciones de la cosa.

Es importa también observar que cuando se trata de cosas materiales, que el delincuente ha puesto en calidad de medios, dentro del orden de la propia actividad criminosa, y que por esto funcionan como indicios causales del delito, como en el caso de un puñal ó de una palanca, que se consideran como agentes causales de la herida y de la puerta forzada; importa, digo, observar, que esta especie de cosas materiales que se unen como causa ó efecto á un hecho dado, no encuentran su eficacia probatoria, sino, en su correspondencia con una alteración ó traslación producida.

El puñal la tiene con relación á la alteración que implica la forma de la herida: la palanca en cuanto se corresponde con la puerta forzada y con las huellas del forzamiento: alteración física de la persona en el primer caso, alteraciones físicas de las cosas en el segundo. La posesión de un veneno, sólo tiene eficacia acusadora cuando la alteración física del organismo del envenenado, alteración derivada de la naturaleza del veneno suministrado, esté en armonía con la naturaleza del veneno poseído. Si Ticio es acusado de haber robado cosa no transportable sino en un carro, y el carro se encuentra en su patio, este carro no tendrá eficacia acusadora contra Ticio, sino porque se armoniza con la supuesta locomoción ó traslación de las cosas.

Y basta acerca de este punto.

Ya hemos indicado en una de las partes anteriores, y en la parte segunda de este libro volveremos sobre el asunto, cómo el fundamento de la credibilidad de la prueba personal, está en la presunción de veracidad de la persona, esto es, en cuanto la persona ni se equivoca ó engaña ni quiere engañar: seguidamente veremos de qué modo se aprecia subjetivamente la prueba personal.

Antes ya hemos indicado, y pronto lo confirmaremos de nuevo, cómo el fundamento de la credibilidad real, es la presunción de verdad de las cosas, presunción que tiene por base la creencia de que las cosas son precisamente tal cual parecen ser, y que no están falseadas por obra maliciosa del hombre: seguidamente veremos cómo concretamente se aprecia de un modo subjetivo la prueba real.

Sólo nos resta dar fin á este capítulo; y parécenos útil terminarlo, con una consideración complementaria, respecto á una condición del sujeto probatorio, necesaria en ciertos casos, para que las huellas reales ó morales tengan eficacia de pruebas: esta condición descansa en la identificación material del sujeto de la prueba.

Empecemos por las pruebas reales.

Hemos dicho que las cosas modificadas no pueden ser reveladoras del delito, sino por traslación ó por alteración.

Ahora bien; cuando las cosas revelan por su *traslación*, para que tengan la eficacia de pruebas, es de ordinario, muy importante, identificarlas. Tratándose, por el contrario, de pruebas consistentes en *alteración* de las cosas, la identificación no tiene de ordinario, tanta importancia.

En otros términos:

Para que la cosa revele por traslación ó por altera-

ción, es preciso, que tanto la primera modalidad como la segunda, estén averiguadas. Ahora bien; para averiguar la primera es preciso, de ordinario, probar que la cosa que se encuentra en un lugar, es precisamente aquella que se encontraba en otro; necesitase, en suma, identificarla. Cuando, por el contrario, se trata de *alteraciones*, no se discute de ordinario la identidad de la cosa alterada; para la eficacia de la prueba, no es por esto, de ordinario, lo importante la identificación; más bien suele ser necesario lo contrario: esto es, probar que la cosa no tenía, antes del acto criminoso, tal modificación que se crea reveladora del delito. En su virtud, por lo común, cuando se trata de pruebas reales por alteración, sólo queda la observación de la alteración en sí misma, para ver si tiene aquella naturaleza acusadora que se le atribuye. Únicamente, si de un modo extraordinario, se pusiera á discusión la identidad de la cosa alterada, sería preciso recurrir á su identificación.

En cuanto á los testimonios personales concretados en la palabra hablada, nunca podrá ocurrirse la identificación, porque siendo dicha palabra inseparable de la persona física que la pronuncia, no se puede poner en duda su autenticidad. Cuando se concretan en la palabra escrita, entonces el escrito, siendo manifestación material que se separa de la persona física que lo escribe, síguese que ésta puede impugnar la autenticidad, imponiéndose la necesidad de la identificación respecto de semejante prueba personal.

Y damos fin aquí á esta indicación acerca de la identificación material del sujeto de la prueba, porque su mayor desarrollo en el estudio de esta cuestión, nos haría salir de nuestro campo, para introducirnos en el del arte criminal.

## CAPITULO II

### **Presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba: Originalidad.**

Supuesto que, en definitiva, no puede materialmente presentarse como prueba en juicio, más que una persona ó una cosa, las pruebas se han dividido en personales y reales, precisando el contenido respectivo de las mismas, con las determinaciones aconsejadas por la razón. Ahora bien; esta división subjetiva de las pruebas, refiérese al sujeto que la prueba puede presentar, considerada *extrínsecamente*, en la sustancia probatoria de su contenido. Pero la prueba puede además considerarse de otro modo; esto es, *intrínsecamente*, en la sustancia probatoria de su contenido. Conviene tener en cuenta, que el sujeto de la prueba intrínseca, no siempre coincide con el de la extrínseca; y si la simple consideración del primero nos lleva á dividir las pruebas en personales y reales, la del segundo nos lleva á dividir las, en originales y no originales.

Ticio, como persona consciente, refiere en juicio la escena del delito, según la ha contado Cayo, que lo ha presenciado. Considerando extrínsecamente el tes-

timonio de Ticio, encontramos que es un testimonio que tiene por sujeto una persona, la persona de Ticio, que material y conscientemente depone en juicio, lo que basta para considerar este testimonio como prueba personal. Pero si lo consideramos intrínsecamente en la sustancia probatoria de su contenido, nos encontramos con que la verdadera prueba del delito, es la afirmada presencia ó visión del mismo por Cayo, y que la deposición de Ticio, que refiere lo que Cayo le ha contado, no es propiamente prueba del delito, sino una prueba de la prueba del delito; el testimonio de Ticio, sólo sirve para probar la narración de Cayo, en la cual consiste sustancialmente la prueba del delito. El sujeto de la prueba extrínsecamente considerada es Ticio, que depone, como persona conscia; el de la prueba considerada intrínsecamente, es Cayo que ha percibido el delito, y cuya afirmación constituye propiamente la prueba del delito. Por la simple consideración del sujeto extrínseco, el testimonio de Ticio es personal; por la ulterior consideración del intrínseco no presente en juicio, su testimonio *no es original*. Sería *original*, si el extrínseco coincidiese con el intrínseco, si Ticio, que depone en juicio, lo hiciera respecto de lo que él mismo hubiese visto.

La *originalidad* de la prueba, pues, no es otra cosa que una condición subjetiva de la prueba, considerada en su sustancia; viene á ser la presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba, ó, en otros términos, la identidad del sujeto extrínseco y del intrínseco de la misma.

Veamos breve y distintamente, cómo se concreta la originalidad por el testimonio de las cosas y por el de las personas.

Con relación al primero, es preciso empezar recor-

dando nuestra subclasificación de las pruebas, como reales físicas y reales psíquicas, para ver claramente cómo en unas y otras se verifica la originalidad.

Para las reales físicas sólo hay un modo de percibir la modalidad material, como adherida al sujeto corpóreo; la presencia efectiva del cuerpo cuya modalidad probatoria se percibe. Así, el cuerpo muerto ó herido, el puñal ensangrentado, directa é inmediatamente percibidos, son pruebas reales físicas, originales. Y lo serán también el libelo injurioso, la letra de cambio falsificada, y otras en que se concretan los delitos.

Pasando á considerar las pruebas reales psíquicas, consistentes en las inconscientes manifestaciones del pensamiento, la originalidad puede concretarse de dos modos.

Ante todo, la palabra hablada, como prueba original, sólo puede considerarse en cuanto se pronuncia ante el juez. Ahora bien; tomando así la palabra inconsciente, y considerando del propio modo el escrito inconsciente presentado ante el juez, y, en general, considerando producida ante el juez, cualquier otra manifestación inconsciente del ánimo, se tiene una primer especie de originalidad, que es la más perfecta; la adherencia inmediatamente percibida de la manifestación material del pensamiento, sujeto el hombre, *en el íntegro conjunto ó compuesto de cuerpo y de alma*. Así, el palidecer del reo, sus temblores, sus palabras proferidas sin darse cuenta, producidas en juicio, constituyen otras tantas pruebas reales psíquicas, *originales* por la razón indicada.

Hemos dicho que la palabra hablada, como forma pasajera de manifestación, no puede presentarse como prueba original, más que en su inmediata conjunción.

con la persona física que la profiere. El escrito, en cambio, al igual que toda otra forma de manifestación del ánimo, que se fija de una manera duradera en algo material, distinto de la persona, puede presentarse, por este motivo, separada de la misma, resultando así, otra manera menos perfecta de la originalidad de la prueba real psíquica.

Después de haber dicho antes que la originalidad es la presencia del sujeto que prueba, no debe creerse que nos contradecemos al afirmar la posibilidad de una prueba original separada del sujeto. No hemos hablado más que de la separación del sujeto físico. Es preciso fijarse, en que por la naturaleza especial de las pruebas, consistentes en la material manifestación del alma, cuando el escrito ó cualquier otra forma permanente de manifestación, se presente separado del sujeto físico, resulta siempre unido al sujeto psíquico, que es su original sujeto, el que se presenta mediante él, en juicio; en el espíritu del que ha escrito, en su presencia ideológica, está la originalidad del documento que el juez examina. Y he ahí la segunda especie de originalidad de la prueba real-psíquica, que puede denominarse imperfecta, y que implica la adherencia de la prueba al *mero sujeto psíquico*. Un documento escrito inconscientemente fuera del juicio, y que se presente al juez, es una prueba original de la segunda manera.

Con lo dicho quedan casi indicados los modos de concretarse la originalidad de la prueba real, tanto física como psíquica.

Sobre la prueba real no original, sólo es preciso decir algunas palabras. Fundándose la clasificación subjetiva de las pruebas en la naturaleza que presentan ante quien debe juzgar, y no pudiendo presentarse la

prueba real propiamente dicha, no originariamente ante el juez, más que como contenido del testimonio personal, infiérese que en nuestro concepto no hay verdaderas pruebas reales no originales. Si la persona es quien acude á referir al juez sus percepciones de las cosas, la *prueba es personal*. Cuando, pues, se habla de prueba *real* en sentido específico, se quiere siempre hablar de prueba real *original*. No siendo posible tener un puro testimonio de cosa, sino en cuanto la cosa misma, en su inconsciencia, presenta una materialidad probatoria á la inmediata percepción del juez, resulta que en lo tocante á la prueba real propiamente dicha, el sujeto intrínseco y extrínseco de la prueba son siempre idénticos, por lo que tal prueba es siempre original.

Esta prueba esencialmente original, que llamamos *real* desde el punto de vista del sujeto, es la misma que llamaremos *material* desde el de su forma. Pero si desde el primer punto de vista, la prueba real se subdivide en real-física y real-psíquica, en cambio desde el segundo, esta especie de prueba, proveniente de la directa percepción de las cosas, es siempre tan sólo material; la misma prueba de origen espiritual, no es perceptible directamente, sino se concreta en una materialidad dada. La prueba real, física ó psíquica en cuanto al sujeto, será siempre *material* en cuanto á su forma. Desde el punto de vista de la forma, se hablará más adelante de esta especie de prueba.

Pasemos ahora á considerar, cómo se concreta la originalidad en el testimonio personal.

Precisamente, las pruebas personales son las que se dividen en originales y no originales. Como la persona del que testifica, en la conciencia de sus afirmaciones, puede afirmar distintamente, tanto sus percep-

ciones acerca del hecho que se trata de averiguar, cuanto las de otro que se le hubiesen referido, resulta que, en materia de testimonios personales, el sujeto extrínseco, que acude á presentar la prueba en juicio, no siempre es idéntico al extrínseco de la prueba misma. Ahora, cuando hay esta identidad, esto es, cuando la persona de quien proviene la atestación en juicio, afirma que ha percibido el hecho que se trata de averiguar, su testimonio es *original*, y *no lo es*, cuando la persona no afirma por directa percepción, el referido hecho.

El testimonio personal no puede, pues, considerarse original, sino en cuanto se refiere á un contenido percibido directamente por la persona declarante; el testimonio de propia ciencia; pues la persona no atestigua originalmente más que lo que personalmente ha percibido.

Esto dado, veamos las formas bajo que puede concretarse la originalidad del testimonio personal.

Como hemos visto al tratar de las manifestaciones inconscientes personales, el mismo testimonio personal consciente de propia ciencia puede tener dos formas de manifestación; ó la forma transitoria de la palabra hablada, forma fugaz, ó la permanente del escrito ó de cualquier otra materia. Estas dos formas dan vida á dos modos diversos de originalidad.

Cuando el testimonio personal de ciencia propia se manifiesta con la palabra hablada, se tiene la primera y más perfecta forma de originalidad; hay en tal caso la adherencia del testimonio á su sujeto intrínseco. El juez, percibiendo el testimonio, percibe al propio tiempo, directamente, su génesis de la persona física y de la moral; y he ahí en materia de pruebas personales, la superioridad de las pruebas personales sobre todas

las demás. Inútil es decir que aun cuando el testimonio de ciencia propia no fuese oral, sino escrito, ante el juez, tendría el mismo *valor de originalidad* que el oral.

Si el testimonio propio personal se manifiesta bajo la forma permanente del escrito, entonces fijo ya de un modo duradero, en una materialidad separada de la persona, puede presentarse al juez á partir de la persona de quien proviene; y así es como de ordinario se presenta. Tras la materialidad del escrito que se lee, percíbese el espíritu del autor, ó sea el sujeto intrínseco espiritual del testimonio personal de propia ciencia; porque por la complicidad del alma humana, no puede percibirse el pensamiento de una persona, sin percibir el espíritu pensante. Y tal presencia de la persona moral de este sujeto intrínseco espiritual, es lo que da originalidad á esta forma de testimonio personal. Pero trátase siempre de una originalidad menos perfecta; porque el sujeto de la prueba no está presente en su íntima unión de espíritu y de cuerpo; sólo está presente de un modo ideológico, en su parte espiritual.

Esta segunda manera de originalidad, determinada por la persona moral no unida con la física, la hemos considerado con relación á lo escrito, que es la más perfecta de las formas permanentes de manifestación del pensamiento. Pero no quiere esto decir, que sea esta la única forma posible de manifestación permanente del testimonio personal; hay otras: los signos blasónicos, un monumento sepulcral, una cruz puesta en el sitio donde fué enterrado un hombre, anunciando la forma defectuosa por la indeterminación de su significado; son, sin embargo, formas permanentes del testimonio personal; porque en todos esos casos no se

trata simplemente de cosas, de las cuales resulte espontáneamente una revelación, sino de cosas que en definitiva son *medios*, de que á sabiendas se sirve el hombre para producir de un modo permanente un testimonio claro. Así, pues, la segunda manera de originalidad del testimonio personal refiérese, no sólo al documento escrito, sino también á todas aquellas formas, menos perfectas, de testificar, que consisten en la manifestación ó fijación del pensamiento en una materialidad permanente cualquiera distinta de la escrita.

En cuanto al testimonio no original, personal, ya hemos dicho que no es propiamente una prueba, sino una prueba de prueba. Cuando Ticio acude para afirmar, no su percepción del hecho que se trata de averiguar, sino la de Cayo que se la ha referido, la verdadera prueba del hecho es la afirmación de Cayo; el testimonio de Ticio no atestigua el hecho, sino la prueba que sirve para atestiguarlo; no es, por tanto, prueba del hecho, sino prueba de prueba. Como la prueba no original, no es más que una prueba de prueba, presenta doble posibilidad de engaño; la inherente á la prueba misma, y la inherente á la prueba original que contiene. La no originalidad puede ser de un grado, de dos ó de varios; el testimonio de Ticio puede tener por contenido, no la declaración original de Cayo, sino el testimonio no original de Sempronio, que pudo recibir inmediatamente la declaración de Cayo, refiriéndosela á Ticio, etc., etc. A medida que aumentan los grados de la falta de originalidad, aumentan también las posibilidades del engaño; en el testimonio no original de primer grado, á la posibilidad de engañarse y de querer engañar del primer testigo, hay que añadir la misma posibilidad del segundo testigo, á esta 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 original; y á medida que aumentan los grados de la falta de originalidad, la mayor posibilidad del engaño, aumenta también la inferioridad de tal prueba, acentuándose hasta perder casi por entero su valor. Con respecto á la disminución del valor de las pruebas no originales á medida que aumentan los grados, es muy adecuado el símil de la visión á través de varios cristales superpuestos; según se aumentan éstos, la claridad con que los objetos se perciben va siendo menor, hasta poder perderse por entero la visión del objeto contemplado.

Pero veamos en qué especialidades puede concretarse la falta de originalidad del testimonio personal.

Las posibilidades de la falta de originalidad del testimonio personal son cuatro: dos referibles á la hipótesis de la originalidad en forma oral, y las otras dos á la de la originalidad en forma escrita. Si el testimonio original personal es oral, puede transmitirse su originalidad, ya por otro testimonio oral, ya por otro testimonio escrito. Y también, si el testimonio original es escrito, puede transmitirse, sin ser original, ya en forma oral, ya en forma escrita.

Veamos más especialmente cada una de estas especies de falta de originalidad:

1.º Si el testimonio original es *oral*, puede ocurrir, ante todo, que la transmisión no original sea oral también. Ticio ha tenido la percepción directa de un hecho; Cayo ha oído á Ticio contarle, y se presenta en juicio refiriéndolo: he ahí un testimonio no original de primer grado. A la posibilidad de engañarse, ó de voluntario engaño, del primer testigo, se añade la del segundo; si fueran más los grados, las posibilidades irían en aumento.

Por de contado, las posibilidades llegan á ser innumerables cuando la cadena del oír decir, se pierde en lo desconocido. Tal es el caso de la voz pública, ó de la pública fama ó notoriedad. El testigo primitivo original es una simple hipótesis misteriosa. En vano se interrogará á las mil voces particulares de que la voz pública se compone; los mil rumores, de origen desconocido, son el eco irresponsable de la opinión indefinida y vaga; todas esas voces, y todos esos rumores, nunca podrán revelar su filiación legítima y su derivación de un testigo de ciencia propia. He ahí, en suma, el colmo de la falta de originalidad del testimonio personal anónimo.

El primero en pronunciar la palabra aquella, que luego el eco popular repite multiplicándola hasta lo infinito, el primero en referir la historia que luego se difunde impunemente, el primero, en fin, que dice haber oído... no es muchas veces más que un testigo falso; los que propagan lo oído, gentes crédulas; la conjunción del delito de uno con la fácil credulidad de mil, tal es, no pocas veces, lo que llamamos voz pública, notoriedad... En tales casos, por la multiplicación epidémica del testimonio original, se verifica un fenómeno análogo al que ocurre con la moneda falsa; la fabrica el delincuente, y la pone en circulación la gente sencilla y de buena fe.

Mientras Ticio dice haber oído á Cayo, testigo de ciencia propia, ó bien si Cayo afirma á su vez haber oído á Mevio, testigo originario, el testimonio será de primero ó de segundo grado; pero al fin será siempre un testimonio que se transmite mediante personas determinadas, las cuales tienen su fuente fija en el testimonio original de una persona dada, como la de Cayo ó Mevio. Todo será cuestión de la confianza que me-

rezcan Mevio, Cayo y Ticio; una vez admitido que sus asertos, originarios y no originarios, son creíbles, lógicamente será necesario creer el delito ó el indicio del delito, según sea el contenido del testimonio. Supongamos que se hayan muerto Mevio y Cayo; el testimonio creíble, por sí, de Ticio apoyado en las referencias, por sí creíbles, de Mevio y Cayo, inducirá siempre á tener fe en el contenido del testimonio, según su diversa naturaleza, como prueba directa ó indirecta.

En cambio, cuando la falta de originalidad del testimonio se pierde en el anónimo, su contenido, sea directo sea indirecto, no tendrá más que un simple *valor* de indicio. Esta voz pública, cuya paternidad se ignora, este testimonio multiforme y sin perfiles determinados, que constituye la opinión pública, aun cuando llegara á afirmar directamente el hecho criminoso, no es suficientemente creíble, para poder generar una certidumbre completa. No es, en verdad, la autoridad de la pública opinión la que puede servir de base para el razonamiento de las pruebas directas, según el cual de la creencia en la prueba se infiere la creencia en lo probado. No se podrá ciertamente razonar si no de este modo; hay tal determinación ostensible de la opinión pública, determinación cuya fuente se ignora: ahora bien; dada ésta ¿qué se debe deducir en cuanto á la verdad del delito? La voz pública, cuando tenga por contenido el delito y tenga por tanto aspecto de prueba directa, no puede funcionar en la probatoria, sino como un simple y dudoso indicio. He ahí la razón que la cual no se habla por los tratadistas de la voz pública, sino inexactamente, á propósito de indicios, sin tener en cuenta que la voz pública no tiene importancia más que cuando tiene por contenido pro-

pio el delito. Si no tiene este contenido, si tiene un hecho distinto llamado á funcionar de simple indicio del delito, paréceme que la voz pública no tendrá derecho á ser tomada en consideración; porque el indicio, para presentarse entre las pruebas, no debe dejar lugar á duda alguna sobre la veracidad del hecho indicador. Ahora, ¿quién sabe si la opinión pública tiene su origen en una falsedad puesta en circulación ó en un aserto veraz del hecho indicador! ¿Qué medios hay para saber esto? ¿Cómo remontarse hasta la fuente original?

2.º Considerando como *oral* el testimonio original, puede tenerse, en segundo lugar, la transmisión no original por escrito. Ticio, testigo de presencia directa, refiere el hecho á Cayo: Cayo escribe como oída la relación del mismo: he aquí un testimonio no original escrito de primer grado, de un testimonio originariamente oral.

3.º Pasemos al supuesto del testimonio original, *escrito*. Puede, en primer lugar, ser transmitido no originalmente, en forma *oral*. Ticio refiere en juicio lo que ha leído respecto de un hecho, en un escrito que ha tenido á la vista, escrito redactado por un testigo original: he ahí un testimonio, no original oral de primer grado, de un testimonio original escrito.

4.º En el mismo supuesto del testimonio original *escrito*, puede surgir un testimonio no original también escrito. Ticio escribe lo que ha leído en un documento dado. El testimonio de Ticio, considerado en relación con el original que reproduce, constituye una copia en sentido general. Pero teniendo en cuenta el diverso modo particular cómo esta copia, en sentido general, reproduce el original, puede presentarse como una reproducción material completa, y se tiene la *copia en*

*sentido específico*, ó bien, puede presentarse una reproducción material, en la parte que se refiere á un objeto dado, y se tendrá el *extracto material*: ó bien, por fin, puede presentarse como una reproducción ideológica, sea en todo ó en parte, y se tiene el *extracto ideológico*. Si la reproducción del escrito se hiciese en otra lengua, la reproducción constituye la *traducción*: copia en sentido específico, extracto material ó ideológica, del original, en lengua distinta de la del original.

Y he ahí las diferentes especies de falta de originalidad de la prueba personal.

En cuanto á la prueba real, hemos demostrado cómo no puede ser no original. Las cosas no pueden atestiguar sino en cuanto con su inconsciencia, suponen la propia materialidad probatoria, sometida á la inmediata observación del juez: en tal supuesto, se comprende por qué la prueba real es siempre original. Cuando las cosas se someten á la inmediata observación de una persona distinta del juez, quien refiere á éste sus impresiones, el juez no tiene una prueba real, sino personal: la voz de las cosas ha hablado á la persona, y ésta ha transmitido aquella voz al juez. La prueba real, que no lo es en sentido específico, sino presentándose en juicio como tal, no puede suponerse sino original, á no ser distinguiendo su naturaleza: considerándola como contenido del testimonio de una persona, ya no es más que prueba personal. De todo lo expuesto resulta, no sólo que las pruebas reales, como tales, son todas originales, sino también que las personales son inferiores á las reales. Y lo son, porque mientras en las reales se tiene á la vista la cosa, en las personales, la voz de la cosa puede, por error de la persona, llegar desfigurada á oídos del juez. En el testimonio personal, el sentido del juez no percibe más que la exte-

rioridad de la *prueba*, la palabra ó el documento: en cambio, en el testimonio original de la cosa, el sentido del juez percibe la exterioridad de lo *probado*, el elemento criminoso en sí, ó el indicio en sí, con lo cual puede aquél llegar al conocimiento del delito, por obra exclusiva de su raciocinio.

Conviene, no obstante, advertir, que la verdadera prueba real, que es esencialmente original y superior á la personal, no puede obtenerse, como veremos en su lugar propio, sino muy rara vez en juicio.

Es necesario recordar aquí el canon sexto de la crítica judicial, expuesto al hablar de la prueba en general: en lo penal, es preciso siempre buscar las mejores pruebas. De este canon, aplicado al sujeto de las pruebas, derivanse varias reglas subsiguientes.

En primer lugar, divididas las pruebas en cuanto al sujeto extrínseco, en *reales* y *personales*, y siendo las reales superiores á las personales, es preciso no contentarse con éstas, cuando es posible obtener aquéllas.

En segundo lugar, divididas las pruebas personales, en cuanto al sujeto intrínseco, en *originales* y *no originales*, y siendo las primeras superiores á las segundas, es preciso, en general, no atenerse á éstas, cuando es posible obtener aquéllas.

En tercer lugar, como las pruebas personales originales pueden ser *orales* y *escritas*, y siendo las orales superiores á las escritas, es preciso, en general, no contentarse con éstas, ó, cuando menos, es preciso, generalmente hablando, comprobar las escritas con la oralidad de su autor. Hay, sin embargo, testimonios escritos que tienen tan alta su credibilidad, que son superiores á los orales, bien por la cualidad del autor, bien por el contenido ó las formas particulares del escrito. Pero de la especialidad de estas pruebas nos ocu-

paremos á su debido tiempo, cuando las consideremos con relación á la *forma* de su realización.

En cuanto á la indicada inferioridad de las pruebas no originales respecto de las originales, conviene decir una última palabra. No es inútil advertir que su inferioridad no se deriva sólo de las mayores posibilidades ordinarias del engaño, inherentes á la multiplicidad de personas testificantes, posibilidades 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 del juicio, la suele hacer frecuentemente á la ligera, sin pesar y medir sus palabras. De otro lado, el que hace esa declaración, no se encuentra frente á las graves penas de 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 podrá ser interrogado, ó que el testimonio escrito no podrá 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 posibilidades de engaños, derivadas de la multiplicación 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.

Sálvanse de la general reprobación de las pruebas no originales, algunas pruebas escritas, que por la cualidad del autor, por las solemnidades que las acom-

pañan, son dignas de crédito, no obstante su falta de originalidad. Pero repetimos que de semejantes especialidades probatorias trataremos en la división formal de las pruebas.

Por el momento, desde el punto de vista general, puede concluirse, reafirmando, que cuando sea posible obtener una prueba superior, es preciso no darse por satisfecho con la inferior; y respecto del sujeto, es superior la prueba *real* con relación á la *personal*; la *original* frente á la *no original*, la *original oral* frente á la *escrita*.

La producción de la prueba inferior no se justifica más que en dos hipótesis.

Justificase, en primer lugar, en caso de *imposibilidad*, en sentido relativo *de la prueba superior*; acéptase la prueba inferior, porque es la mejor que puede obtenerse.

Justificase, en segundo lugar, en caso de *oportunidad de la comparación* entre la prueba superior producida en juicio, y una prueba inferior relativa. Hay en un juicio una prueba real; surge la duda de que haya sido maliciosamente alterada por un tercero, y se llama á declarar acerca del estado de la cosa en el momento anterior á la supuesta alteración. En este caso, se tiene un testimonio original y oral personal; puede ser oportuno comparar esta declaración que el testigo original haga en juicio, con la declaración que hubiese hecho oralmente á otros fuera del juicio, ó que hubiese escrito y leído á otros antes del juicio; en tal supuesto, este testigo no original del hecho, se llama para que refiera las palabras oídas ó leídas al testigo original presentado en juicio. Por supuesto, en el caso de palabras leídas que se pronuncian en un juicio, nos referimos á la hipótesis de que el escrito del testigo

original no exista, ó no sea posible encontrarle, porque si existiese y fuese posible encontrarle, entonces se produciría el documento mismo, comparándose con esta forma menos perfecta del testimonio original personal, la declaración original subjetivamente más perfecta que el testigo ha hecho oralmente en juicio. Desde luego se comprenderá, que la producción de la prueba inferior, lo mismo cuando sirve para corroborar, que cuando se dirige á debilitar la prueba superior, su fin último será siempre el triunfo de la verdad.

Una última reflexión á propósito de originalidad y terminamos.

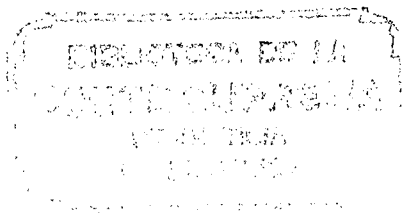
Hemos dicho que la originalidad es la adherencia de la prueba á un sujeto intrínseco, ó, en otros términos, la presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba. Ahora bien; es preciso advertir que la originalidad de las pruebas se tiene, no sólo cuando las cosas, ó las personas, se presentan directamente ante el juez, sino también cuando, no pudiendo las cosas ó las personas llegar ante el juez, el juez va hacia ellas; y digo que va el juez hacia ellas, entendiendo que va transportando, por decirlo así, el ambiente judicial, con la intervención de las partes, y en los límites de lo posible, de un modo público. El tribunal, con la inspección judicial en tal sentido interpretada, no haría más que trasladarse temporalmente, hasta colocarse frente á las pruebas.

Hay cosas que no pueden ser llevadas al juicio, y entonces se impone la visita *ad rem* del juez, que recoge de ese modo la prueba real en su origen. Hay personas que no pueden acudir al juicio para ser interrogadas, y el juez, con la visita *ad personam*, recoge también la prueba personal en su origen. En el procedimiento positivo, para la visita *ad perso-*

*nam*, se recurre con frecuencia al medio de la delegación en un juez extraño á la causa; presentándose entonces la prueba en juicio *no originalmente*, en la forma del escrito del juez delegado. En mi opinión, aún sería no original la prueba, cuando el juez del proceso recogiese la prueba, sin las garantías más ó menos firmes, de la publicidad; porque la originalidad de las pruebas es preciso considerarla con relación á la conciencia del juez del debate, pero debiendo tal conciencia ser integrada por la conciencia social. Sin esto, la prueba será original personalmente para el juez, y no original para la conciencia social. Es preciso no olvidar que las pruebas, como ya se dijo, refiérense á este doble tribunal que el juez debe representar concretamente.

Por supuesto, aunque no originales, estas pruebas recogidas por un juez delegado ó por el juez del proceso, pueden ser creíbles en extremo; pero no por esto podrán llamarse originales. Y también, aun cuando semejantes pruebas no originales, se consideren menos perfectas que las respectivas pruebas verdaderamente originales, posibles de recogerse, es preciso tener en cuenta que la necesidad de las cosas obliga, á veces, á contentarse con lo menos, cuando lo más presenta inconvenientes sociales superiores á sus ventajas.

FIN DEL TOMO PRIMERO



# INDICE DEL TOMO PRIMERO

---

	<u>Págs.</u>
DEDICATORIA.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7

## PRIMERA PARTE

### *Estados del alma con relación al conocimiento de la realidad.*

PREÁMBULO.....	17
CAPÍTULO I.—Certeza, su naturaleza y sus especies.....	20
CAP. II.—Certeza en cuanto al sujeto, y convencimiento judicial.....	51
CAP. III.—La probabilidad en relación con la certeza.....	66
CAP. IV.—La credibilidad en relación con la certeza y con la probabilidad.....	79

## SEGUNDA PARTE

### *De las pruebas en general.*

CAPÍTULO I.—Pruebas y reglas generales probatorias....	101
CAP. II.—Clasificación fundamental de las pruebas según su naturaleza.....	140
CAP. III.—Clasificación accesoria de las pruebas según sus fines especiales.....	150
CAP. IV.—Peso de la prueba.....	160

## PARTE TERCERA

*División objetiva de las pruebas.*

CAPÍTULO I.—Prueba directa é indirecta.....	181
CAP. II.—De la prueba directa especialmente.....	196
CAP. III.—De la prueba indirecta. Su naturaleza y clasificación.....	221
Título 1.º—Presunción.....	241
Tit. 2.º—Indicio.....	252
Párrafo 1.º del tit. 2.º—Del indicio en general.....	252
Párrafo 2.º del tit. 2.º—Indicios particulares.....	282
Artículo 1.º—Indicio causal de la capacidad intelectual y física para delinquir.....	283
Art. 2.º—Indicio causal de la capacidad moral de delinquir en virtud de la disposición genérica del ánimo de la persona.....	290
Art. 3.º—Indicio causal de la capacidad moral para delinquir por un impulso particular hacia el delito.....	298
Art. 4.º—Indicio de efectos por las huellas materiales del delito.....	314
Art. 5.º—Indicio de efectos por las huellas morales del delito.....	321
CAP. IV.—Pruebas indirectas <i>juris et de jure</i> .....	334

## PARTE CUARTA

*División subjetiva de las pruebas.—Prueba real.—Prueba personal.*

PRÓLOGO.....	353
CAPÍTULO I.—División subjetiva de la prueba en real y personal.....	355
CAP. II.—Presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba: Originalidad.....	373

