

## 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.

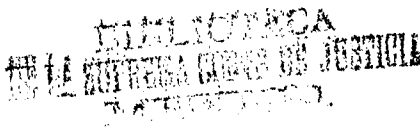
Cuando la costumbre de Beauvoisis estableció que el que hubiese amenazado con un mal, se debía considerar necesariamente como su autor, si el mal sobreviniera, no daba valor *juris et de jure* á una presunción, sino á un indicio; afirmaba como necesaria la relación de causa á efecto entre la tendencia 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 dejaran 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 bastarían 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 se pronuncia 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

LIBRARY OF THE  
BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA  
MADRID



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 testifica, 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 complicitad 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 similitud 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.

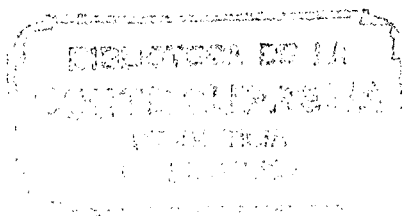
Hay cosas que no pueden ser llevadas al juicio, y entonces se impone la visita *ad rem* del juez, que recoge de ese modo la prueba real en su origen. Hay personas que no pueden acudir al juicio para ser interrogadas, y el juez, con la visita *ad personam*, recoge también la prueba personal en su origen. 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
Tít. 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

