

Leg 6

Caranderno 1

~~1296~~

514

Prueba en lo criminal.

Handwritten text in a cursive script, likely a signature or name, appearing as a faint reddish-brown ink smudge at the top of the page.

96

TEORIA DE LA PRUEBA

EN MATERIA CRIMINAL

DISCURSO

UNIVERSIDAD CENTRAL

D. Jaime Torres Sarago

Director de Estudios de Grado en la Facultad de Jurisprudencia
de la Universidad Central de Venezuela



UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

U/Bc LEG 6-1 n°514 HTCA



1>0 0 0 0 2 8 4 2 9 4

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

TEORIA DE LA PRUEBA

EN MATERIA CRIMINAL.

DISCURSO

LEIDO EN LA

UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

D. Julian Arribas Baraya,

al recibir la investidura de Doctor en la facultad de Jurisprudencia el 26 de Marzo de 1859.



MADRID:

IMPRENTA DE D. LUIS PALACIOS
carrera de San Francisco, núm. 6.

UVA. BHSC. 1859. LEG.06-1 n°0514

TEORÍA DE LA PRUEBA

BY NATEBA EROBZAL

DISCURSO

UNIVERSIDAD CENTRAL

D. Antonio J. J. J.

de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

EXCMO. E ILMO. SEÑOR:

Desde que las profundas consideraciones de Vico y Montesquieu principiaron á ejercer una influencia poderosa y eficaz en el estudio de la legislacion, jurisconsultos de todos los países buscan con avidez en los anales de la humanidad la base de sus meditaciones, y aun aquellos que mas se elevan á la region de las teorías nunca pueden olvidar que las leyes se ilustran por la historia y la historia por las leyes. Nada mas conforme á la razon que las prescripciones de la autoridad ó de la costumbre sean el vivo reflejo de la época que las dictara; pero si reflexionamos atentamente sobre las variadas y estensas ramas comprendidas en la ciencia del Derecho, no dudaremos en conceder la supremacia en este punto á las leyes que regulan el procedimiento criminal. La propiedad y la familia constituyen el objeto de la Ley civil; instituciones ambas de carácter sagrado, y revestidas en los países cultos de formas especiales que el legislador altera rara vez, temiendo socavar los firmísimos cimientos sobre que descansan. Mas modificable la Ley penal, se detiene con frecuencia en el curso de la civilizacion; ¿ha dado esta origen á nuevos delitos? ¿Algunos actos reprobados por aquella han perdido la gravedad que les atribuian nuestros antepasados? Dificiles cuestiones que, á ejemplo de las Dogmáticas, no obtienen resolucion definitiva sin el trascurso de mucho tiempo y de serios y prolongados debates!

UNIVERSIDAD DE CHILE, FACULTAD DE DERECHO, N.º 0514

En vano pretenderá encontrarse en las leyes relativas al procedimiento criminal esa fijeza de las que castigan los delitos, y mucho menos la marmórea solidez de las conclusiones en materia civil. El objeto de las leyes procesales en lo penal es trazar al juez el camino que debe seguir en el descubrimiento de los autores de un delito, usando de todos los derechos legítimamente atribuidos al poder social y sin menoscabar los que legítimamente competen al individuo: su fin la declaración de la inocencia ó culpabilidad del acusado. De aquí se deduce que cuando los representantes del poder consiguen despojar al individuo de algun elemento constitutivo de su libertad, ó el individuo logra sobreponerse al poder y amengua sus prerogativas, desaparece la union necesaria entre ambos para crear un buen sistema de procedimientos, el antiguo sufre graves é importantes variaciones, y si por desgracia no alcanza el problema una solucion conveniente, el Estado viene á ser víctima de la demagogia ó de la tiranía. Fenómeno siempre confirmado por la historia: á toda perturbacion política acompaña un cambio de mas ó menos trascendencia en el procedimiento criminal.

Atenas, primada algun día de la Grecia, sucumbe valerosamente en la nombrada guerra del Peloponeso y comienza á sentir el ominoso yugo de los hijos del Eurotas, treinta oligarcas obtienen por delegacion de Lisandro un poder absoluto, despótico; no era fácil empero dominar la ciudad de Pericles solo con el terror, para realizar tan execrables intentos debia unirse la maldad al artificio (1), y ¿cuál fué la primera de las venerandas instituciones de Solon que procuraron destruir los sicofantas de Critias? el Areopago; negándose á este célebre tribunal la facultad de fallar en secreto perdieron los magistrados la independencia y con sus veredictos, antes respetables, sacrificaron los mas virtuosos ciudadanos al capricho de tiránicos dominadores. El procedimiento de acusacion fué el único

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

(1) César Cantú.

dominante en Roma mientras vivió la República, y solo bajo la púrpura imperial tuvo su cuna el procedimiento inquisitivo; Inglaterra y Francia cambiaron de leyes procesales apenas hubieron subido al patíbulo Carlos I y Luis XVI, y en suma, Excelentísimo Señor, jamás ha dejado de resentirse la justicia criminal al impetuoso embate de las revoluciones.

Por este motivo prescindiré de los irrecusables datos consignados solemnemente en nuestra historia, y guardaré silencio respecto á ciertas épocas cuyo juicio crítico sirve hoy de pábulo á imaginaciones ardientes, épocas que unos maldicen y por las que otros suspiran. Hay una, sin embargo, digna de especial recuerdo, aquella en que nuestros padres redactaron la Constitución de la Monarquía española sancionada en 1812. El diligente esmero que consagran á la manera de proceder en el descubrimiento de los delincuentes justifica cuan penetrados se hallaban de la verdad que espusieron en el preámbulo: «la naturaleza de las causas criminales reclama con preferencia la atención del legislador.» No se contentan, en efecto, con simples indicaciones, no se limitan á establecer las bases cardinales de los procesos, no les basta eximir al acusado de la absurda obligacion de jurar, y proscribir la abominable institucion del tormento, sino que descienden á minuciosos y detallados pormenores, olvidando en su noble impaciencia las leyes secundarias. Tal vez se querrá empañar la inmarcesible gloria de tan insignes varones atribuyendo las reformas al espíritu de un siglo que imperiosamente las reclamaba; sin negar al siglo lo que le corresponde, la historia contemporánea dirá tambien que las leyes de la Novísima, promulgada siete años antes, permitian la aplicacion del tormento, y quince despues en una obra escrita para el estudio de la práctica forense leemos esta sombría proposicion: «Si el reo se resiste á confesar, se le obliga á ello con mas estrechas prisiones, y si absolutamente se niega á hacerlo se le declara por confeso en el delito.» Singular contraste que por sí solo esplica el rasgo mas caracteris-

tico del procedimiento por excelencia, en el cual ocupa un lugar preferente la materia de que me reservo tratar en este discurso: LA TEORÍA LEGAL DE LA PRUEBA.

TEORÍA LEGAL DE LA PRUEBA: estas palabras habrán despertado en vuestra memoria el recuerdo de una de las cuestiones mas capitales que envuelve la ciencia del procedimiento criminal, cuestion analizada ya bajo todos aspectos y que ha dividido en dos campos la Europa moderna, dando márgen á un debate que ha recorrido á la vez todos los tonos, desde el mas sublime hasta el mas vulgar, desde el mas serio hasta el mas ridiculo. «Sin la teoría legal de la prueba los fallos judiciales no ofrecen garantías de equidad;» dicen algunos criminalistas: «el juicio es obra del hombre;» dicen otros, teoría legal de la prueba es una expresion vacía de sentido: y hé aquí brevemente formulado el objeto de tan empeñada controversia.

Al afirmar que la moderna Europa ha iniciado esta gran discusion, emito un aserto que parecen desmentir los anales del mundo. ¿Acaso en la série de los siglos y en el vasto círculo en que se agita la humanidad, no vislumbramos pueblos que descansando en la imparcialidad de sus jueces les hayan concedido el derecho de fallar en las causas criminales sin atenerse á otra ley que á su conviccion? ¿No miramos en otros paises coartada la libertad del magistrado por reglas fijas é invariables en lo relativo á la apreciacion de la prueba? A pesar de que la afirmativa es incontrovertible, ha debido transcurrir mucho tiempo sin que los dos principios se chocaran en el órden de las ideas á la par que en la práctica de las naciones. Quizá podria tener esplicacion un hecho tan notable comparando el régimen político de los estados modernos y el de los antiguos, ya que el régimen político influye directamente en el procedimiento criminal; prefiero, sin embargo, abandonar este análisis superior en mucho á mis débiles fuerzas, y colocándome en terreno mas modesto, espondré algunas consideraciones históricas que cumplidamente le aclaran.

Remontándonos á la cuna de las legislaciones modernas, vemos un pueblo cuyo origen y primeras vicisitudes se pierden en la noche de los tiempos, sima profunda cubierta por inmensa roca, donde vienen á estrellarse la rica fantasía del poeta, la ávida mirada del historiador y la sombría meditacion del filósofo. El pueblo romano no por ser pueblo rey, estaba exento de un tributo como el que han pagado todos los demás pueblos idólatras á los inescrutables designios de la Providencia, sepultando entre supersticiosos mitos la biografía de sus fundadores. Llega, por fin, á constituirse de una manera permanente, imprimenle cierto carácter mas visible para nosotros las Leyes de las doce tablas, y observamos que desde entonces la potestad de juzgar en los asuntos criminales radica esclusivamente en el pueblo, quien casi siempre por sí, rara vez por medio de delegados le ejerce hasta finalizar la era republicana: no debe causarnos estrañeza, el ciudadano en aquella nacion se sacrificaba por completo en aras de la comunidad, justo era que la comunidad amparara sus preciosas garantías, y que nunca pensase en abdicar tan importante derecho.

En esta situacion era imposible legislar sobre prueba; ¿quién habia de imponer leyes al soberbio legislador del mundo? No le habéis de reglas de Critica, porque ó no las comprenderá ó no querrá comprenderlas; hablad á sus belicosas pasiones y no quedarán defraudadas vuestras esperanzas; separad de su vista el Capitolio, imponente emblema de la noble y generosa conducta de Manlio, y el ilustre caudillo perecerá víctima del dolo y de la perfidia; un fatal veredicto amaga la cabeza de Escipion, pero sus acusadores han elegido mal dia y es conducido en triunfo el vencedor de Cartago. Hé aquí porque el procedimiento penal debe muy poco á la república latina, aun cuando en su decadencia los jurisconsultos habian formulado con timidez algunos preceptos que admitidos respetuosamente por los emperadores facilitaron el desarrollo de

la teoría de la prueba. Nace entonces el procedimiento inquisitivo, y con él un medio probatorio de gran valía; la confesion del reo, que fué muy luego el blanco á donde el juez dirigió sus inteligentes tiros. Con tan poderosos auxiliares regularizase en breve la prueba testifical, adquieren verdadera importancia los indicios y los documentos, el juez se vé impulsado á indagar la existencia del crimen por medio de la propia inspeccion, y solo por una estraña anomalía los Códigos romanos guardan absoluto silencio acerca de la prueba pericial. La forma con que están redactadas las Constituciones imperiales, ha servido de base á los adversarios de la teoría legal de los medios probatorios, para sentar como un principio, que los romanos fueron siempre desafectos á tal sistema: el legislador, nos dicen, aconseja al juez, mas no emplea frases imperativas; le ilustra, le persuade, pero no intenta sojuzgar su razon. El hecho es hasta cierto punto evidente, la consecuencia ilógica. Cuando se escucha el consejo del legislador, el precepto no se hará esperar; ¿es de fácil improvisacion, por ventura, un cuerpo científico de reglas probatorias? Los juriscultos romanos hicieron cuanto les fué posible en la difícil empresa á que consagraran sus admirables trabajos, que vino á paralizar en Occidente el desbordamiento de las tribus septentrionales.

Renuncio á trazar el cuadro de aquella formidable invasion, de la cual habeis leído numerosas y galanas descripciones. Mientras derrocan el espirante imperio, mientras pierden su primitiva ferocidad las indisciplinadas hordas, mientras los vencedores se unen á los vencidos derogando las leyes de raza y abrazando el culto católico, observamos dos elementos que recientemente importados habian de imprimir una nueva direccion al procedimiento criminal: el individualismo y la barbarie. Sí, Excmo. Sr., la barbarie produjo el fanatismo religioso, y de aquí emanaron las siempre famosas ordalias. Consideremos ahora un hecho muy digno por cierto de meditacion. Cuan-

WVA BfSC 6FC06 1vº0514

do las pruebas vulgares iban desapareciendo, el combate judicial adquiere cada dia mas voga y no bastan para esterminarle las mas sábias precauciones; es que en el combate judicial no dominaban esclusivamente las exageradas creencias religiosas, es que el combate judicial tenia raices mas hondas y demasiado fuertes para resistir el primer choque de la civilizacion, es que el indomable atleta antes de decir bajo el sereno cielo de Occidente, «el noble no reconoce mas superior que Dios,» habia ya dicho en sus nebulosas comarcas, «el noble no depende mas que de su espada.» No por otra razon he visto en el individualismo una de las causas que contribuyeron á la creacion de las pruebas vulgares.

Este pueril y supersticioso sistema, variado, multiforme y contradictorio hasta el extremo de reputarse por unos indicio de criminalidad lo que para otros era indicio de inocencia, alentaba al abrigo de la barbarie, y era llamado á extinguirse á impulsos de la civilizacion: la Iglesia católica fué la primera á combatirle, porque solo ella contaba con ingenios esclarecidos que arrojar pudieran algun destello luminoso en aquella detestable oscuridad. ¿Cuándo se consumó la gran obra con tanto lustre iniciada por nuestros venerables concilios de Toledo? Dificil es contestar de un modo preciso á esta pregunta: el descrédito de las ordalías, el abandono de un principio que hace intervenir directamente á la Divinidad en las operaciones del hombre aniquilando el libre albedrío, significa que la humanidad ha dado un gran paso en la region de las ideas; y las progresivas conmociones del espíritu no se miden con un cronómetro. Por eso los criminalistas al estudiar la edad media, como el viajero que atraviesa un pantano y corre veloz hasta pisar terreno firme, saltan rápidamente de siglo en siglo, deteniéndose en el XIII, en el cual publica Gregorio IX las Decretales, siglo mas ilustrado, aunque no muy racional, pues el procedimiento rompe con el fanatismo religioso, pero se coloca bajo la égida del fanatismo escolástico.

Entre el sistema de las ordalías y el sancionado por las Decretales, creo descubrir un principio fundamental que les une en su origen; son dos rayos de luz que parten de un mismo foco. En aquel la Providencia divina ejerce el poder soberano de una manera misteriosa siempre, pero siempre segura; en este su intervencion es mas fácil de apreciar, mas perceptible: aquel reconoce la mano de Dios en el bote de lanza que derriba al caballero; este consulta las sublimes páginas de los libros sagrados y rebusca sentencias emanadas de la boca del Señor para regularizar el procedimiento, y sino lo consigue acude á los escritos de los grandes hombres, de aquellos que parecen haber recibido del cielo una inteligencia sobrenatural: ambos son el resultado de la misma idea; destruid los dos edificios y hallareis en sus basas clara y distintamente grabado el *Deus interest*.

El escolasticismo pugnando por apoyar sus tésis en espresiones bíblicas ó en dichos de célebres autores debia necesariamente retardar la progresiva marcha del procedimiento como retardó la de todas las ciencias experimentales. ¡Cuántas conclusiones deducidas las mas de las veces de un texto mal interpretado, y por otra parte qué enumeracion tan estensa de casos rarísimos en la práctica del foro! Dos testigos harán prueba bastante porque así lo exige la repetida frase del Deuteronomio: *In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum*. Las sospechas, siquiera sean vehementes, no autorizan una sentencia condenatoria; mas ¿cómo era posible olvidar el juicio de Salomon? San Raimundo le consigna esceptuándole de la regla y le llama *casus notabilis*. Avancemos en este camino y la conviccion del juez quedará sofocada bajo el peso de exclusivistas leyes que le abruman.

Imbuido en tales doctrinas D. Alfonso el Sábio, y desatendiendo los precedentes de nuestra legislacion pátria, formula una teoría de la prueba verdaderamente legal en la mas restringida acepcion de la palabra, puesto que con arreglo á las

Partidas solo la ley preside el fallo en las causas criminales y la mision del juzgador es poco menos que la de un autómeta: hablando con propiedad, se diria que quien juzga es la ley, no el magistrado. Trázase una línea divisoria entre lo que despues llamó un autor muy conocido prueba plena y semiplena, reservando la segunda categoría para los indicios, y colocando en la primera la confesion del reo, la prueba documental y la de testigos con la circunstancia exigida en las Decretales, y un largo apéndice de los que calificaron de *improbi* los latinos. Nada de observacion, nada de esperiencia; para los redactores de las Partidas significan muy poco estas inagotables fuentes del saber y el «ca fallaron los sábios antiguos» es el tema obligado de sus leyes procesales: aun tratando del combate judicial, considerado como prueba (pues como medio de vindicar ofensas privadas, ni D. Alfonso le estinguió, ni le han estinguido nuestras actuales costumbres), no se atreven á impugnarle con las solas armas del criterio racional, y aducen en corroboracion de su dictámen las palabras de Jesucristo á Luzbel: *non tentabis Dominum tuum.*

Vicioso era en verdad el método á la sazón preconizado, mas digna será de eterna alabanza la paciente laboriosidad de aquellos jurisconsultos, que con infatigable ardor se dedicaban al estudio de los clásicos antiguos, amontonando tesoros de ciencia que resistieron á la violenta sacudida del siglo XVI, en el cual, dice un ilustre abogado, la inteligencia rompe las trabas de la escolástica, y toma posesion del universo.

Repetiré al ocuparme de este siglo la indicacion que hice respecto al XIII; aparece una época fecunda en acontecimientos, sobreviene un grande hombre y quedan relegados al olvido las épocas y los hombres que les precedieron, cruje la tempestad y nadie recuerda las ligeras nubes que antes de estallar se han agrupado en la atmósfera. Mas dejando esto aparte, en el siglo de gigantescas luchas de pluma y espada, en el siglo que se remonta á los mas grandes problemas religiosos, políticos y

literarios y ninguna resolución le satisface, en el siglo que mira despreciada la autoridad del Estagirita en las escuelas y oye con asombro el entrecortado estertor de Bártulo en las universidades, ¿cómo no se coloca frente á frente de la teoría legal de la prueba el principio antagónico, la libre convicción del juez? Dentro de los estrechos límites que me he trazado, la contestación es muy sencilla: jurisconsultos y legisladores profesaban el tradicional axioma *negatio torture extinguít indicia*, y hubieran conceptualizado peligroso declarar al juez único apreciador de la prueba, cuando este por medio del tormento podría obtener la prefijada en las leyes, evitando una condena basada en simples indicios. No negaremos que aun en el sistema de las Decretales y de la Ley alfonsina, el magistrado debió hallarse revestido alguna vez de la facultad de estimar con su propio criterio el valor de las pruebas alegadas; el dicho de varios testigos podía ser desvirtuado por otros ó destruido por la comprobación judicial, y en estos casos al codificador le era indispensable dejar libre y desembarazado el camino al jurisconsulto. Asimismo Bártulo, Baldo, Bonifacio y Gandino en los siglos XIV y XV, Cujas, Mascardo, Covarrubias y Julio Claro en el XVI y XVII habían desenvuelto con su acostumbrada erudición la tésis que uno de dichos escritores formulara diciendo: *An sua conscientia contentus esse debeat iudex ad condenandum vel absolvendum reum*. Sin embargo, el giro que dan á su exámen basta para demostrar que no es esta la misma cuestión que se ha dilucidado posteriormente. Ellos ven en la persona encargada de administrar justicia dos entidades diversas, el juez y el hombre; si tiene noticia del acto criminal como juez, es decir, por las pruebas que constan en el proceso, podrá fallar con arreglo á su conciencia ilustrada siempre por las prescripciones legales, pues como dice Covarrubias citando á San Ambrosio: *Bonus iudex nihil ex arbitrio suo facit, sed juxta leges et jura pronuntiat*; si conoce el hecho tan solo como persona privada, tendrá que renunciar á su convicción y optar

por lo que del proceso resulte. Tan sutil distincion apenas mencionada por los modernos tratadistas de la prueba y el empeño de Cujas en establecer el grado de credibilidad que habrá de darse á la declaracion del juez cuando su aserto contradiga el de los testigos, nos convence de que el tema lacónicamente propuesto por el jurisconsulto francés no se debatía sino bajo una de sus fases menos importantes, pudiendo muy bien ser sustituido por este otro: ¿el juez á quien consta por algun medio directo, no por el raciocinio, la falsedad de las pruebas alegadas, deberá prescindir de ellas y fallar segun le dicte su propia conviccion? No pasó de aquí la controversia; y ved ahora por qué un un sábio profesor de la Universidad de Heidelberg afirma que Beccaria fué el primero que abrió el paso á nuevas investigaciones sosteniendo que «la certeza requerida en lo criminal no puede sujetarse á reglas científicas ó legales, y que descansa en el sentido íntimo é innato que guía al hombre en los actos importantes de la vida.»

Saluda la aparicion del criminalista italiano un clamor incesante que reclama la abolicion del tormento; Catalina en Rusia, Leopoldo en Toscana, José en Austria, la Asamblea del 89 en Francia, las Córtes extraordinarias en España, acogen favorablemente el *tolle, tolle*: la teoría legal de la prueba bosquejada en los Códigos romanos, sujeta despues al fanatismo religioso, acomodada mas tarde á las exigencias de la escolástica, y sostenida últimamente por la tortura, se desploma con estrépito; y en unas naciones el legislador, en otras los tribunales, abrazan llenos de entusiasmo el principio de Beccaria.

Tan solo una nacion de las mas adelantadas de Europa en los estudios legislativos no participa del movimiento general y, ¡cosa estraña! en nuestro país donde el racionalismo cuenta aun con escasos prosélitos el legislador autoriza con su silencio, y luego con su voz el fallo en las causas criminales basado en la Crítica racional del juez, al paso que Alemania, cuna del moderno racionalismo, se adhiere al opuesto sistema procu-

rando fortificar el criterio judicial con el criterio de las leyes. Aun no cejan en su propósito los Estados alemanes, sin atender á las sátiras que les prodigan nuestros vecinos jurisperitos; en la actualidad la ciencia, mas tarde la historia decidirán quienes proceden con mayor ilustracion; si el triunfo no coronase los esfuerzos de la Alemania le quedará al menos la satisfaccion de no haber roto bruscamente el hilo de sus tradicionales ideas, en tanto que otras naciones ofrecen el ejemplo palpable de una de esas evoluciones que han sugerido al filósofo español de nuestros dias el pensamiento de comparar el espíritu humano con un hombre ébrio que solicita ayuda para cabalgar, y el impulso que recibe por un lado le hace tocar la tierra por el opuesto. De todos modos la lucha es ardiente, como dice Dalloz; y España que redacta en este momento su Código de instruccion criminal no debe presenciaria con sangre fria.

Al lado de los dos grandes sistemas hallamos otro híbrido, efecto de la mas peregrina combinacion: no merece calificarse de ecléptico porque lejos de conciliar la teoría legal de los medios probatorios con la libertad del juez al emitir el fallo, admite ambos principios con todas sus consecuencias, y es además en extremo peligroso para que ni aun como sistema de transicion pueda aceptarse; me refiero al que consigna la regla 43 de la ley de procedimiento que acompaña al Código penal de 1850. No estriba el mayor de sus inconvenientes en conceder mas importancia á «la evidencia requerida por las leyes» que á «á la conviccion del magistrado», sino en obligar al juez á la imposicion de una pena extraordinaria cuando las pruebas no sean de la misma naturaleza que exige la ley de Partida. Este último requisito que caracteriza nuestro sistema influye lastimosamente en los fallos judiciales é imprime á los procesos una direccion absurda, por efecto del estado lamentable en que coloca á todo juez celoso del cumplimiento de sus deberes.

Antes de hacer referencia al castigo, los Códigos alemanes,

VVA. B. H. S. C. C. F. C. D. 6. 1. n.º 0514

escepto el prusiano, cuidan de regularizar todas las clases de prueba, y establecen que sobre cualquiera de ellas reuniendo las condiciones marcadas en la ley puede fundarse una sentencia condenatoria: así es que el magistrado noticioso del acto criminal procede á su averiguacion é indaga quiénes han sido los culpables, poniendo en práctica las reglas que juzga mas á propósito; ó recoge simplemente los indicios, ó examina los testigos, ó provoca sin violencia la confesion del reo, ó escucha el parecer de personas entendidas en alguna profesion; si dá la preferencia á uno ó á varios de estos medios es porque con ellos cree llegar mas pronto al descubrimiento de la verdad, no por una predileccion injustificable, y de este modo la hipótesis que al principio concibiera paulatinamente vá elevándose á realidad hasta en los menores detalles á medida que el proceso adelanta, como en el crepúsculo matutino y trás de espesas sombras el astro del día ilumina las torres y cúpulas de los mas encumbrados edificios, esparciendo despues sus rayos sobre los mas modestos, y desplegando á la vista del observador la populosa ciudad en su magestuoso conjunto; viene el momento del fallo, y no se atiende á la calidad sino á la cantidad de la prueba, importa poco que sea pericial, documental ó circunstancial; todas con ciertas condiciones son igualmente aptas para motivar una condena.

Mas en España y en Prusia ¿no es posicion verdaderamente anómala la del magistrado al incoar el procedimiento en los casos de averiguacion difícil? Disponiendo la ley que se aplique una pena menor á la que ella prescribe cuando la prueba es circunstancial, el instructor vacila ante dos sendas, los momentos son preciosos y cualquier retardo haria desaparecer los vestigios del crimen: si trata de que consten en el proceso los indicios que revelan la perpetracion de aquel se fatiga en vano porque jamás sufrirá el culpable la pena á que por su conducta es acreedor; y si acude á la prueba directa, si se apresura á interrogar á los testigos con el fin de evitar confabulaciones es-

quiva la observacion de los rastros que deja el delito, testigos mudos que parece haber colocado la Providencia á su alrededor, como dice elegantemente Mittermaier, y cuya importancia aun el mismo criminal desconoce. Por una senda, oscuridad las mas de las veces; y por la otra, perdida la esperanza de llegar al anhelado término; tal es la alternativa del juez instructor.

Al señalar este grave defecto de la regla 45 no se crea que abogo por la conservacion de la pena extraordinaria, ya se tenga presente la cantidad ó la calidad de la prueba cuando haya de aplicarse: *quæ non est plena veritas est plena falsitas*, dice Cujas, proposicion algo atrevida si se toma absolutamente, pero que restringiéndola al juicio criminal es de incontrovertible exactitud. Así lo ha reconocido la mayoría de las legislaciones alemanas que reservan únicamente este sistema para los reos de pena capital en el caso de que el crimen no conste mas que por indicios; y si atendemos á la fuerza probatoria que las mismas leyes dan el conjunto de circunstancias igual en un todo á los testigos y á los documentos, nos será forzoso convenir en que aquellos Estados sostienen la pena extraordinaria solo con el fin de evitar la de muerte, hácia cuya abolicion se notan ciertas tendencias. Esperamos que muy pronto desaparecerá en España la pena extraordinaria, y el legislador optará por cualquiera de los sistemas alemanes que organizan la prueba ó por el francés que no impone al juzgador ninguna traba al absolver ó condenar al acusado. En tan delicada materia haré algunas ligeras indicaciones.

Las ilustradas personas que me prestan su benévola atencion, y en particular las que se dedican al estudio de las leyes, habrán observado que de poco tiempo á esta parte los tratadistas de la prueba han introducido grandes modificaciones en el modo de esponer sus doctrinas. Detenidas investigaciones sobre la verdad, la certeza y la conviccion, paciente análisis de los mas árdulos problemas filosóficos, reflexiones profundas acerca de las causas de la humana ignorancia, ningún escritor

CC-0. B1. C. 6. 6. 06. 1. 20514

se hubiera creído dispensado de emitir y fundar su dictámen en estos puntos, y entre otros citaremos á Gabriel que dedica gran parte de su obra á la esplicacion del sistema que Laromiguiere profesara. En la actualidad ya no se ocupan los prácticos de tan elevados objetos, sino que se ciñen á mas superficiales nociones; sin duda que las escuelas disidentes han convenido en los principios y solo tratan del mejor modo de desarrollarlos. Cuando publicó su tratado el célebre campeón de la teoría legal de la prueba, sus adversarios confundian el sistema de las leyes alemanas con el antiguo de las Decretales: para deshacer tamaña equivocacion el jurisconsulto no exhumaba preceptos de otras épocas, no preguntaba si la Divinidad intervenia directa ó indirectamente en los juicios criminales, pero sí presentaba una duda en cuya solucion no han conseguido ponerse de acuerdo los filósofos: ¿la verdad histórica, último fin del procedimiento criminal, es objetiva ó subjetiva? La cuestion era ciertamente enojosa y así debieron comprenderlo los que opinaban por la libertad del juez al pronunciar el fallo. Contestando que la verdad es puramente subjetiva, asentaban un hecho que en el campo de la especulativa les llevaba al Pantheismo y en la práctica era tambien insostenible. Todos hablaban de jueces hábiles é ineptos, de hombres que descubrian y averiguaban con mas facilidad que otros la ejecucion de los crímenes y sus autores; lenguaje inconciliable con la nocion de la verdad subjetiva, pues son ideas contradictorias que vayan en descubrimiento de la verdad el mismo sujeto que ya la posee. Si contestaban que la verdad es puramente objetiva, y «que por tanto descansa en bases de tal modo fijas que deban imprimir iguales impulsos en todos los entendimientos,» necesario es investigar cuáles son esas bases y constituir con ellas una especie de tarifa (valiéndome de la expresion de Helie), adonde el juez acudirá siempre antes de imponer la pena ó absolver al acusado. Para superar ambos escollos Mittermaier se decidia por un sistema misto, lo cual si no esplicaba

cumplidamente la legislación alemana, por lo menos hacia comprensible su espíritu, evitando que se la conceptuase una nueva faz de las antiguas y desacreditadas doctrinas.

Los criminalistas actuales adoptan las conclusiones que les ofrece la mas sana filosofía de acuerdo con la tradición, dejando á esta última ciencia el cuidado de resolver qué es la verdad en sí misma y de dónde procede. Todos reconocen que la verdad histórica es independiente del sujeto que juzga, que este puede sin embargo elevarse á ella por medio del raciocinio, percibiendo la íntima relación existente entre un hecho que conoce con exactitud y aquel cuyos pormenores ignora, que al afirmar la concordancia ó discordancia del hecho conocido con el desconocido emite un juicio, y por último que este juicio presupone la aplicación de una regla basada en la experiencia. «El juicio es obra del hombre;» ningun tratadista lo niega; pero la regla que el hombre aplica al emitir el juicio puede ser producto de su experiencia, puede tambien ser producto de la experiencia de otro: el jurado ó el juez que no posea conocimientos universales tendrá que pronunciar un veredicto ateniéndose no pocas veces al precepto de alguna ciencia ó profesion cuyos rudimentos ignora.

El juicio criminal en sí mismo no contiene ninguna diferencia específica; lo que le caracteriza, lo que le distingue de todos los demás juicios que recaen sobre una verdad histórica es el punto adonde tienden sus consecuencias: la vida, la libertad, el honor del acusado. ¡Qué admirable sabiduría no encierran las leyes alemanas acogiéndose á un principio que en mi humilde concepto se explica perfectamente por la idea que tiene el jurista de la posesion! «Dichoso el que posee,» dicen los codificadores de todos los pueblos: dichoso el que goza buena reputacion, dice el legislador alemán; y así como manda al juez amparar al que posee mientras no se pruebe con arreglo á ciertas prescripciones que es poseedor injusto, del mismo modo le manda amparar, es decir, absolver al reo siem-

pre que su conciencia se lo dicte, pero no condenarle si las pruebas no reúnen ciertas circunstancias señaladas en la ley. Los preceptos que á los medios probatorios se refieren no constituyen una tarifa ni encadenan la libertad del juez; á la manera que este consulta su propia esperiencia, el legislador consulta la esperiencia de los siglos, y al exigir ese *minimum* de probabilidad, procura que sus reglas sean bastante amplias para que el verdadero criminal no eluda la pena con detrimento de los derechos sociales y suficientes para defender la inocencia contra la arbitrariedad. ¿Dónde encuentran la noción de la justicia y del derecho los partidarios de la libre convicción del juez? En la regla que este aplica es imposible, porque la idea de derecho supone siempre estabilidad, y la observacion nos enseña que en nuestros juicios y apreciaciones obramos frecuentemente impelidos por circunstancias del momento, y la esperiencia de un dia viene á rectificar la regla de Crítica que reputábamos infalible el anterior. Se me dirá que las reglas legales admiten modificaciones; nadie lo pone en duda, antes al contrario todos saben muy bien que la palabra Derecho en su noble acepcion no es sinónima de coleccion de leyes, todos conocen igualmente la gráfica espresion de Montesquieu; pero cualquiera que sea la base del Derecho, el legislador por la altura en que se encuentra y por la abstraccion que hace de los hombres y de las cosas, es y será siempre el llamado á formular los preceptos que sobre aquella descansan, y que las sociedades necesitan para su conservacion. O hemos de negar la ciencia del Derecho, ó nos será preciso reconocer que la idea de lo necesario, de lo fundamental ha de estar en las leyes; la idea de lo contingente, de lo variable en el magistrado. ¿Por qué los fallos en las causas criminales no han de sufrir las consecuencias de este principio como todas las materias que se analizan en el vasto laboratorio de la ciencia de la legislacion? Lejos de enervar la fuerza del argumento, los impugnadores de la teoría legal de la prueba vienen con su conducta á confirmarle. Ellos

son los primeros á demandar que se pongan obstáculos á la arbitrariedad de las autoridades judiciales ó administrativas por medio de una ley que proteja la inviolabilidad de la persona y domicilio del ciudadano: tanto dolor les causa ver detenido un hombre ó allanada su habitacion; y si les preguntan por qué un reo sube al patíbulo, dirán que los jueces le han creído culpable con arreglo á su conciencia. Ellos son los primeros á solicitar que el exámen de los testigos y de los peritos se verifique bajo determinadas y solemnes formas, que la confesion no se provoque con violencia, y llevarán sus escrúpulos hasta abolir la confesion con cargos, por creer que en este trámite lucha el juez á brazo partido con el reo, prevaliéndose de la fuerza moral é intelectual, como en el tormento luchaba con la fuerza física que la sociedad ponía á su disposicion: ¡tanta regla para sustanciar una causa y ninguna para condenar ó absolver! se parecen á un general que despues de dar excelentes disposiciones para la batalla, suena la hora del combate y ordena á sus soldados que avancen ó retrocedan del modo que estimen conveniente. ¿Qué motivo justificará tan palpitante contradicción? Uno solo y bien débil por cierto. «Es muy difícil organizar la prueba, y las prescripciones de la ley ó serán vulgaridades que ningun juez ignora, ó encadenarán su convicción en un estrecho círculo, obligándole muy á menudo á absolver acusados realmente culpables.» Nunca la dificultad de desarrollar un principio se ha reputado causa bastante para negar su evidencia. Las reglas desprendidas de la Crítica aplicada al procedimiento criminal, falsean alguna vez en la práctica; mas ¿no se hallan en el mismo caso las deducciones de todas las ciencias cuyo estudio principia por los elementos constitutivos de la libertad del hombre, y que por lo tanto no aspiran á la universalidad absoluta, sino á la universalidad moral de sus preceptos? La ley civil dispone que los bienes del que ha muerto abintestato se trasmitan en pleno dominio á los ^{UVA. BAFSC. 6.F.C. 06.1 p.º 514}mas próximos parientes! presumiendo que tal

era la voluntad del difunto propietario, y prefiere cerrar la puerta á la arbitrariedad de un juzgador, aun cuando este pudiera en varias ocasiones distribuir la herencia, interpretando fielmente los deseos de aquel, pues no siempre la predileccion y el cariño van unidos al parentesco. La ley alemana presume el interés que tiene el cómplice en desfigurar el hecho y prohíbe basar una sentencia condenatoria en su sola declaracion, si no está corroborada por otras pruebas: y ¿habia de renunciar el legislador á un precepto tan terminante de la Crítica porque los cómplices refieran alguna vez con exactitud los pormenores del crimen y no tengan interés en desfigurarle? «Trivialidades, replicarán, que únicamente olvidan los jueces en épocas revolucionarias.» No rebatiré con amplitud la objecion; para ello tendria que esponer detenidamente los sistemas adoptados en los Códigos de la Confederacion germánica; aun cuando sus disposiciones fuesen trivialidades, nada hubieran conseguido los que opinan por la libertad del juzgador; en esas que llaman trivialidades funda la humanidad sus mas notables adelantos, y deber es del que legisla consignarlas. «Al tomar la confesion al tratado como reo, no se usará nunca del tormento ni de los apremios;» hé aquí una trivialidad que ha costado al mundo moderno diez y ocho siglos de experiencia. Y no se diga que el juez solo desconoce los preceptos de la Crítica cuando la revolucion se apodera del santuario de las leyes; no necesitamos descorrer el velo que encubre espantosas iniquidades; separemos la vista de los juzgadores ante quienes el discípulo de Danton rompe su defensa y arroja los pedazos á la cara de Fouquier Tinville; suponed por el contrario el mas grave é independiente tribunal oyendo impasible la voz que acusa ó que defiende al reo, y mirando á sus plantas un numeroso público ávido de justicia: si por circunstancia casual se han cometido varios delitos de la misma especie que el que entonces se persigue y estos delitos han quedado impunes, ¿no será de temer que tanto aparato, tanta imparcialidad, tanto

sentimiento de justicia ceda el puesto á la idea de venganza y sea sacrificado cual víctima espiatoria el primero contra quien aparezcan vagas sospechas de culpabilidad? Hipótesis de tal naturaleza pudieran multiplicarse hasta el infinito: por lo demás prescindo de que apenas hay un hombre cuyo juicio sea superior á sus pasiones, como ha dicho Vauvenargues.

Erigida en principio la omnipotencia del juez, sus sostenedores acuden al jurado, á la publicidad del procedimiento, á las apelaciones como medios supletorios de la teoría legal de la prueba: inútiles é infructuosas tentativas. El jurado, lejos de ser incompatible con el sistema del criterio legal, encuentra en él su forma mas perfecta y acabada: Inglaterra y los Estados Unidos son dos ejemplos que no me recusará ninguno de los admiradores de aquella institucion, y esto por sí solo haria la apoteosis de la opinion que vengo sustentando. Al jurado inglés, á ese tribunal tan libre é independiente como el mas libre é independiente de Europa, ¿quién le ha trazado las reglas de prueba? Él mismo, supliendo la falta del legislador. ¡Ah! Es que el hombre cuando vá á condenar á otro hombre se siente débil, conoce lo poco que vale abandonado á sus propias inspiraciones, y busca para llenar el vacío que nota en su razon un punto de apoyo que fortifique y tranquilice su conciencia, y en hallándole esclama satisfecho: «Juzgo criminal al acusado y ved confirmada mi sentencia por este otro criterio superior al mio.» El jurado inglés, aunque no tiene ley escrita, posee una ley comun, sagrada é inviolable, hija de su propia esperiencia, y que sin alteracion se trasmite de unas á otras generaciones.

Y si el jurado no escluye, si necesita la teoría legal de la prueba para su perfeccion, ¿qué diremos de la publicidad del procedimiento, de la fundamentacion de los fallos y de las apelaciones? Excelentes garantías, en particular la primera, que con incontestables argumentos defiende el corifeo de la escuela del interés; pero garantías muy inferiores á las leyes que

son de todas las mas verdaderas, garantías aplicables á las cuestiones de hecho como á las de derecho, garantías en fin de que el juez procede con justicia porque falla con arreglo á la ley, no de que sea justo al fallar con arreglo á su conciencia. Sin duda esto último es muy cómodo para los legisladores que creen terminada su mision diciendo: «El juicio sobre la certeza de los hechos ha de formarse por las reglas ordinarias de la Crítica racional;» principio luminoso que si de una manera mas ó menos vaga no se desarrolla, vendrá á ser el mismo que debió tener presente Adan cuando decidia las contiendas suscitadas entre sus hijos.

No, Sr. Excmo., la negacion de las dificultades no es el mejor modo de vencerlas; imitemos, pues, la conducta de la reflexiva y prudente Alemania. Culpa será de nuestro pobre y deleznable espíritu que el procedimiento criminal luce eternamente con el doble problema en que le coloca por un lado «el interés de la sociedad, la necesidad de castigar á todo culpable,» y por otro «la proteccion debida á las libertades individuales y civiles.» La Teología, el foco de nuestros conocimientos, admitiendo lo que no podia menos de admitir, la infinita sabiduría de Dios y la libertad del hombre, llevaba en sí el germen de ese «dualismo trascendental» y le ha comunicado á todos los ramos del saber en que el prisma de la civilizacion la ha descompuesto, y que veo reflejados en los brillantes colores de vuestras mucetas. Al estudiar el Derecho público eclesiástico, el Derecho de las naciones, el civil y el penal, investiga el jurisconsulto cuáles son los límites del Sacerdocio y el Imperio, cómo los Estados han de formar un vínculo de union sin destruir su respectiva independendencia, hasta dónde llega el poder del ciudadano sobre su familia y sus bienes, y cómo las penas sin perder su carácter afflictivo y ejemplar han de ser proporcionadas; y desprecia la fácil cuanto peligrosa concepcion de refundir el Sacerdocio en el Imperio, crear una república universal ó una vasta monarquía establecida el comunismo y res-

taurar la legislación del inflexible ateniense. Los adversarios de la teoría legal de la prueba apelarán al ilustrado criterio, al desinterés, á la probidad nunca desmentida (podemos decirlo con orgullo) de la magistratura española, pero la série de los acontecimientos les demandará tarde ó temprano una explicación; que no se retrocede impunemente á las máximas de las sociedades patriarcales. = He dicho.



VVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0514

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0514

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0514

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 н°0514