

ing. h. m. s. 12

Federación Universitaria—Adherida a la F. I. D. E. "Corda Protes"

CENTRO ESTUDIANTES DE DERECHO



FILOSOFÍA

DEL

DERECHO PROCESAL

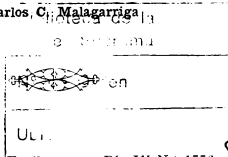
Ensayo de una teoría general de la prueba

LECCIONES DEL CURSO INTENSIVO DE FILOSOFÍA DEL
DERECHO DICTADO EN 1913

POR EL

Dr. Antonio Dellepiane

Extractadas por Faustino Infante, Daniel A. Infante
y Carlos, C. Malagarriga



83 084

2316

9330—Imprenta "El Comercio, Río 14" N.º 1776—

BUENOS AIRES

1913



LECCION I

OBJETO Y PROPÓSITOS DEL CURSO

- I.—El derecho procesal y la filosofía.
- II.—Inconvenientes del estudio esencialmente exegético de la prueba.
- III.—Posibilidad y ventajas de una teoría general de las ciencias reconstructivas.
- IV.—Vicios de las exposiciones fragmentarias hechas hasta ahora.
- V.—Propósito y utilidad del curso.

I.—No hay rama alguna del derecho que no tenga íntima conexión con la filosofía, y el derecho procesal, menos que otra cualquiera de las ciencias jurídicas, hace excepción a esta regla. El derecho de procedimientos se relaciona con la filosofía por múltiples partes; y esa anastomosis se hace especialmente estrecha, hasta revestir el carácter de una verdadera dependencia del uno a la otra, en todo lo que atañe á la prueba judicial. La teoría de la prueba judicial, puede decirse que es un mero capítulo de la lógica aplicada, y, como tal, entraña el conocimiento o la referencia de problemas de psicología y hasta de metafísica. Así lo reconocen, por otra



parte, los mismos tratadistas que la han considerado desde el punto de vista esencialmente jurídico, como Bonnier, que abre su clásica obra sobre la materia, con una introducción en la cual se esfuerza en sentar, según sus propias palabras, las bases filosóficas de la prueba judicial, tocando, aunque con suma sobriedad, algunas doctrinas metafísicas, para dar de ese modo una base sólida y racional al edificio que se propone construir.

II.—Establecida esta dependencia entre las normas procesales relativas a la prueba, por una parte, y la filosofía en general y la lógica aplicada en especial, por la otra, es curioso y sensible de notar que el estudio de las citadas normas se verifica en las facultades de derecho desde un punto de vista jurídico y exegético, antes que filosófico; como asimismo que se lleva á cabo el examen aislado de cada uno de los medios de prueba (confesión, testimonio, peritaje, etc.), determinándose las condiciones para que cada uno de ellos haga de por sí plena prueba, pero sin realizar, antes o después de esa investigación, un estudio de conjunto sobre la prueba en general.

Ahora bien, el estudio de la prueba, o mejor de las pruebas, en tal forma efectuado, deja en el espíritu lamentables vacíos y confusiones inevitables que el instinto o la razón natural salvan, generalmente, después, aunque a costa de grandes esfuer-



zos y no sin dejar puntos oscuros en la mente. El estudio de las pruebas, que se examinan siguiendo el orden de los códigos y no un método riguroso, científico o didáctico, tiene, además, la inmensa desventaja de no hacer comprender lo que sólo la experiencia profesional enseñará más adelante, esto es, que casi nunca es posible rendir prueba *simple*; que la prueba, en la mayor parte de los casos, es *compuesta* (combinación de pruebas simples insuficientes) y que, por lo tanto, además del estudio aislado y detallado de cada uno de los medios de prueba, se impone un examen de conjunto, un estudio de la teoría de la prueba judicial o de la prueba en general; estudio hecho, no con un criterio jurídico y exegético estrecho, sino con amplio espíritu crítico, científico, filosófico.

III.—Al emprender este curso intensivo sobre la filosofía de la prueba judicial, mi objeto es reaccionar contra esta tendencia rutinaria y nociva, colocándome en un punto de vista superior y especulativo, para elaborar una teoría general de la prueba judicial, a la luz de la cual sea después fácil y provechoso examinar los preceptos legales que intentan expresarla correctamente. A nadie escapará la conveniencia de este curso, que tiende a dar base racional a la ley positiva y a facilitar su exacta comprensión y su aplicación correcta.

IV.—No se limita a ésto mi ambición, sino que



va más lejos todavía. Es mi propósito, también, hacer ver que la teoría de la prueba judicial guarda relación estrecha con la llamada metodología de la historia y con los métodos de otras diversas ciencias afines, haciéndose así posible comprender todas ellas en una teoría más amplia, general y mejor fundada, que sería la metodología de las ciencias que pudieran llamarse *reconstructivas*. Propóngome, pues, reunir en un grupo, ciencias que hasta ahora han marchado dispersas, determinar sus rasgos de semejanza, mostrar la ayuda que pueden prestarse recíprocamente, hacer ver los procedimientos y precauciones que cada una de ellas emplea para la adquisición de sus verdades, en una palabra, fundir en una vasta síntesis, en una teoría general, procedimientos metodológicos que, hasta el presente, repito, han marchado por separado, y aclarar y completar los unos con los otros.

Crítica histórica, metodología de la historia, teoría de la prueba judicial, crítica del testimonio, prueba indiciaria, métodos comparativo o de las series en arqueología, en lingüística, etc.; todo esto está destinado a fundirse y a buscar su verdadera colocación y lugar respectivo, su científica significación y valor, en una teoría más amplia, rigurosamente lógica y exacta: la que, bajo el título de *método reconstructivo o metodología de las ciencias reconstructivas* me propongo elaborar.



V.—La teoría que intento construir no ha sido presentada todavía en tratado alguno, a lo menos en su forma más completa y general. No importa ello decir que no se la haya expuesto parcial, fragmentaria e insuficientemente con relación a alguna clase de hechos, por ejemplo, los históricos. Pero esas exposiciones se resienten no sólo de la particularidad de su punto de vista, lo que ya es una deficiencia, sino también, lo que es más grave, de su imprecisión lógica, de la falta de rigor en la demostración de sus fundamentos racionales; cosa que resalta, a primera vista, inmediatamente que se parangonan las diversas opiniones sobre una misma e idéntica cuestión y se observa la disparidad de los varios pareceres. Así, por ejemplo, en lo que atañe al procedimiento que sigue el espíritu para alcanzar la verdad en casos determinados, como cuando se trata de la prueba indiciaria, existe una completa anarquía de opiniones entre los autores, en cuanto, para algunos, se trata de un procedimiento inductivo, mientras que, para otros, de uno deductivo o de un raciocinio por analogía, etc. Poner orden en materia tan importante; conciliar autores discrepantes mostrando que todos tienen un poco de razón y ninguno la tiene en su totalidad; asentar, sobre bases filosóficas incommovibles, la metodología de un grupo importante de ciencias; unificar doctrinas y reducirlas a una amplia teoría



general; aclarar puntos dudosos y completar el conocimiento de otros imperfectamente estudiados; poner algunas disciplinas, desorientadas en punto a su método, en el recto sendero que las llevará a constituirse como verdaderas ciencias: tal es el propósito que me guía al emprender este curso.

Entiendo que la tentativa es loable; y si cumplo el programa que me impongo, creo que habré realizado labor útil. No es indiferente, para las ciencias, que principios ó teorías análogas se mantengan aislados. El saber tiende a la fusión de verdades, y, sin temor de errar, puede afirmarse que la unificación es un progreso, como lo es, asimismo, el conseguir ver más claro y conocer mejor lo que se conoce ya de una manera dislocada y quizá no del todo satisfactoria y suficiente.



LECCION II

CONCEPTO DE LA PRUEBA

- I.—Diversas acepciones de la voz prueba en derecho procesal.
- II.—La prueba en su sentido más amplio y general.
- III.—Acuerdo de este sentido con el judicial.
- IV.—Naturaleza y finalidad de la prueba judicial.
- V.—Carácter reconstructivo de la misma.

I.—La primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial, nace de la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el derecho procesal. Usásele, desde luego, en el sentido de *medio de prueba*, o sea para designar los distintos elementos de juicio producidos por las partes o recogidos por el juez a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndese por prueba la *acción de probar*, de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados:



actor probat actionem; con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la *certeza* acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

En este sentido se dirá que hay prueba o que no la hay. Con lo último se entiende significar, no que no existan en el expediente elementos de juicio acumulados (medios de prueba, primera acepción), ni tampoco que no se los haya rendido por los litigantes (segunda acepción), sino que dichos elementos son insuficientes para determinar la convicción, o, lo que es igual, que no existe en el magistrado el estado de conciencia llamado certeza, en razón de haber sido insuficientes, para provocar dicho estado de espíritu, los elementos de juicio que se reunieron.

II.—En el sentido ordinario, prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en re-



sultados. Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien, si llena su objeto, confrontando, en cierto modo, la teoría con la realidad práctica. Examinadas despacio las cosas, en el fondo de toda prueba descúbrese el elemento que acabamos de nombrar: la confrontación. Toda prueba redúcese, en último análisis, a una comparación o confrontación: a la confrontación de una cosa o de una operación de que se duda, con otras cosas u operaciones, a fin de cerciorarse de la bondad, eficacia o exactitud de las primeras. La prueba (certeza) resulta de la confirmación o acuerdo entre las cosas u operaciones confrontadas; por el contrario, la infirmación, invalidación o desacuerdo entre las mismas, es indicio de error o ineficacia, según el caso.

Multitud de ejemplos pudiéramos citar en comprobación de lo que acaba de afirmarse.

Nos limitaremos a presentar algunos casos de prueba, en diversos órdenes de operaciones y de cosas. Así, se rehace una operación, un experimento, un raciocinio, una operación aritmética, todo lo cual importa confrontar con ellas mismas esas operaciones, para averiguar su exactitud. En otros casos, se rehace una operación en condiciones distintas, por ejemplo una adición en sentido inverso, un experimento en medios diferentes, lo que importa confrontar la operación con ella misma cambiada.

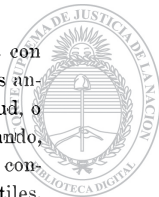


Por último, se confrontan operaciones o cosas con otras diferentes, para averiguar, como en casos anteriores, si existe el acuerdo, indicio de exactitud, o el desacuerdo, signo de inexactitud, como cuando, para precavernos de una ilusión o alucinación, controlamos las percepciones visuales con las táctiles, o las percepciones con los recuerdos particulares o generales, o los recuerdos particulares o generales entre sí, o una representación con los principios de la razón, etc.

III.—En este sentido completo y amplísimo de la voz prueba, hállanse comprendidos, evidentemente, los judiciales, o, por lo menos, algunos de ellos. Prueba, en el segundo sentido indicado anteriormente, en el sentido de acción de probar, es la confrontación de la versión de cada parte con los elementos de juicio que ella y su contraria suministran para la demostración de la exactitud de sus afirmaciones.

La prueba, en el tercer sentido judicial, el de convicción o certeza, resultará del acuerdo entre las afirmaciones avanzadas y los elementos o medios producidos para abonarlas.

IV.—Acabamos de adelantar un concepto de la prueba judicial, cuya naturaleza verdadera intentaremos ahora precisar más claramente. Para ello, recordemos que toda decisión judicial que remata un litigio entre partes, de igual modo que toda senten-



cia que pone fin a un proceso criminal, supone, invariablemente, la determinación previa de la existencia o inexistencia de un hecho, sobre el cual, precisamente, debe recaer la aplicación de la ley que restablezca el equilibrio jurídico turbado, que dé a cada uno lo suyo, que absuelva o condene. Ocurre a veces, en muy pequeño número de casos, que las partes contendientes concuerdan en la exposición de los hechos y circunstancias que los llevan ante los tribunales. La cuestión dicese, en tal caso, de puro derecho. En compensación de estos pocos casos suscítanse, por otro lado, cuestiones judiciales en que el derecho necesita probarse, en que la existencia de una ley o de una costumbre entraña una cuestión de hecho sometida a la necesidad de su comprobación por los medios ordinarios de prueba.

Queda así justificada nuestra anterior afirmación de que toda cuestión judicial se apoya en un hecho o serie de hechos, respecto de los cuales existe divergencia entre las partes; lo que hace indispensable realizar una laboriosa investigación y delicadas operaciones dirigidas a establecer con exactitud la existencia de hechos pasados. Esta investigación y determinación exacta de los hechos es lo que constituye la prueba.

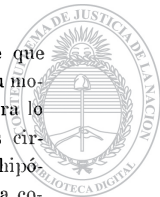
V.—Hemos dicho que salvo en las cuestiones llamadas de puro derecho, cuyo número es escasísimo, las partes litigantes ofrecen al juez dos versiones



diferentes del hecho o serie de hechos sobre que versa el litigio. Cada parte relata las cosas a su modo, desde el punto de vista que la favorece, para lo cual enuncia y pone de relieve determinadas circunstancias, avanza interpretaciones, formula hipótesis explicativas y exhibe pruebas tendientes a corroborarlas. Tales versiones diferentes divergen, a veces, por una sola circunstancia, en un solo detalle, que, sin embargo, es capital, decisivo: por ejemplo, si hubo o no posesión de la cosa, si hubo o no culpa o imprudencia, etc.

Todo el esfuerzo de los contendores se aplica, entonces, á demostrar la exactitud de la afirmación que favorece a cada uno, y probar, si es posible, la inexactitud de la contraria.

En presencia de estas dos versiones distintas está el juez obligado o a optar por una de ellas o a construir una tercera versión que ponga de lado o combine las de ambos contrincantes, para lo cual toma el juez, como base de su operación reconstructiva, los elementos de juicio o de prueba suministrados por ambos contendores, los verifica o controla, aquilata su valor y peso y los confronta entre sí y con aquéllos que él mismo ha acumulado, sometiéndolos, en suma, a diversas operaciones críticas, que lo llevan, a través de una serie de inferencias, a una reconstrucción de hechos del pasado, a la determinación de lo que se llama el caso *sub-judice*.



Esta operación constituye la primera de las tareas que incumben al magistrado, terminada la cual deberá, recién, preocuparse de la segunda, consistente en la averiguación de la ley que rige el caso.





LECCION III

LAS CIENCIAS RECONSTRUCTIVAS

- I.—El aspecto reconstructivo de la misión de los jueces.
- II.—Analogías entre la labor del juez y la del historiador.
- III.—Presentimiento de la teoría.
- IV.—Necesidad y ventajas de su elaboración.
- V.—Las ciencias reconstructivas: su finalidad; su enumeración.
- VI.—Su desdoblamiento en dos partes o ciencias distintas.
- VII.—Dualidad del punto de vista, al considerar los hechos o seres.
- VIII.—Otros caracteres de las ciencias reconstructivas: el postulado de la analogía; ciencias cruciales; ciencias documentarias.



I.—No sería justo decir que esta doble tarea del juez haya escapado a la penetración de los tratadistas de derecho procesal. Mittermaier, entre otros, establece perentoriamente que “la sentencia tiene por base la prueba” y que “en toda sentencia dada sobre la culpabilidad de un acusado hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito, si lo ha sido por el acusado, y qué circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad”. Pero lo que sí puede afirmarse es que la generalidad, por

no decir la totalidad de los autores, no insiste, como debiera, en poner bien de relieve que, antes de preocuparse de averiguar cuál es la ley aplicable al caso sometido a su decisión,—lo que supone el conocimiento de dicha ley y su correcta interpretación— necesita el juez imperiosamente haber establecido el caso *sub-judice*, es decir, haber reconstruido el hecho sobre el cual versa el litigio o el proceso; tarea que exige en el magistrado una preparación especial, enteramente distinta de la jurídica, no obstante que las leyes procesales contengan, como contienen, diversos preceptos, encaminados, a veces, a guiar al juez, y, en otros casos, a fijarle normas para ese proceso de reconstrucción, como sucede con las disposiciones relativas a la recepción de la prueba de testigos.

II.—Hay otro aspecto de la prueba que los autores de derecho procesal, o no han percibido claramente, o, si lo han vislumbrado, no han sabido sacar del mismo todo el partido posible. Sentado que probar un hecho es establecer su existencia, es de mostrar que existió antes o que existe en la actualidad, resulta evidente que esta primera tarea del juez se confunde con la del historiador, en cierto sentido. La analogía entre la misión del historiador y la del juez, entre la prueba judicial y la historia, radica, desde luego, en la identidad de fines, dado que la última se propone también establecer



hechos pretéritos, mostrar y explicar cómo pasaron las cosas en el pasado. Y si los fines son idénticos no lo son menos los medios, en uno y otro caso, en cuanto el juez y el historiador utilizan, bajo nombres distintos, los mismos medios para llegar a su objeto, que lo son los rastros, vestigios o huellas dejados por los hechos al producirse (medios de prueba, fuentes de la historia), y en cuanto ambos siguen los mismos procesos lógicos para esa reconstrucción.

III.—Acabamos de decir que este parentesco entre la prueba judicial y la historia ha sido vislumbrado por varios juristas y filósofos, que no han sabido sacar de la semejanza todo el partido posible.

Mittermaier escribe, así: “la verdad histórica, objeto de nuestros estudios (se refiere á la prueba en materia criminal), es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y el espacio”. Y el filósofo Bain, observa que la certidumbre jurídica y la certidumbre histórica “tienen muchos rasgos comunes”, (Lógica, pág. 626). Del mismo modo, la similitud de fines y de medios entre estas dos disciplinas, prueba judicial, historia, y otras ciencias naturales ó sociales, ha sido también vagamente sospechada por varios autores, entre otros, Freeman, quien indica

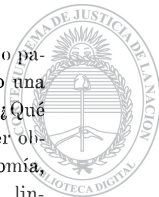


ciertas ciencias como especialmente emparentadas con la historia: “Por ejemplo la geología, dice, y todo el grupo de ciencias naturales que con ella se relacionan... Es claro, agrega, que el historiador trabajará mejor si sabe la geología” (*The methods of historical study*, pág. 45).

IV.—Pues bien, es uno de mis propósitos cambiar este presentimiento en una verdad comprobada, en una demostración científica, y obtener de ella todas las ventajas susceptibles de conseguirse en beneficio de todas y cada una de las ciencias que componen el grupo o familia de las que, a mi juicio, podrían denominarse con propiedad *ciencias reconstructivas*.

V.—Así como la finalidad de la historia es hacernos conocer los hombres y sociedades pasadas tales como fueron, revivirlos o resucitarlos, podría decirse, existe una serie de ciencias, naturales unas y otras sociales, que se proponen un fin análogo, en cuanto intentan mostrarnos cómo pasaron ciertos hechos naturales, o cómo fueron ciertos seres en el pasado. El objeto de las ciencias físicas, biológicas y sociológicas que estudian la realidad actual, es el conocimiento de las cosas, hechos o seres que nos rodean; pero, este mismo conocimiento, para ser completo, necesita aplicarse a investigar cómo han sido las cosas, hechos o seres del pasado, de que aquéllos derivan. Tal es el objeto de las que llamo *ciencias*





reconstructivas, las que, como vemos, miran a lo pasado, se mueven en lo pasado, siendo su objeto una realidad: las cosas, hechos y seres que fueron. ¿Qué cosas, hechos y seres? Todos los que pueden ser objeto de las ciencias reales del presente: astronomía, geografía, antropología, zoología, botánica, lingüística, sociología, en una palabra, todas las ciencias que nos hacen conocer el universo que habitamos y los seres que lo pueblan.

¿Qué se proponen al estudiarlos? Mostrar cómo fueron y por qué fueron como fueron, o sea describirlos y explicarlos. Forman, así, parte de este gran grupo de ciencias las siguientes disciplinas ya constituidas y en grado más o menos avanzado de sistematización.

- 1.º Paleoastronomía?
- 2.º Geología y sus dos derivados:
- 3.º Paleogeografía y
- 4.º Paleoclimatología.
- 5.º Paleontología y sus tres ramas ya diferenciadas:
- 6.º Paleozoología,
- 7.º Paleobotánica y
- 8.º Paleantropología.
- 9.º Morfología retrospectiva (Giard).
10. Paleontología.
11. Pre y proto-historia.
12. Paleoglotología? (Lingüística histórica, Gramática comparada).

13. Historia y su derivado, la teoría de la prueba judicial (Critología?).

VI.—Es de notar, que todas las ciencias reconstructivas son susceptibles de desdoblarse en dos partes diferentes, y que, en realidad, se ha operado ya ese desdoblamiento, dando lugar cada una á dos ciencias distintas, una abstracta y concreta la otra. Hay, así, una geología general o abstracta y una geología especial o concreta. La primera estudia los fenómenos geológicos en sus caracteres comunes, con prescindencia de las circunstancias de lugar y de tiempo; hace, por ejemplo, la teoría de los ventisqueros, o explica, en general, la formación de las dunas o médanos. La segunda estudia un fenómeno geológico determinado, concreto: el o los ventisqueros del Monte Blanco, por ejemplo. En el mismo caso de la geología, se encuentran todas las demás ciencias reconstructivas. La historia, por consiguiente, no escapa a la regla; hay, así, la historia general o abstracta (sociología retrospectiva) y hay la historia especial, concreta, la historia propiamente dicha, la disciplina que se aplica a conocer, no las sociedades en general, sino una sociedad dada, un orden de fenómenos determinados, una realidad social concreta; disciplina que no es otra que la historia en el sentido tradicional y corriente del vocablo.

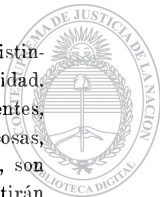
VII.—Bueno es observar que estos desdobra-



mientos responden a los dos puntos de vista distintos desde los cuales puede contemplarse la realidad. Esta nos ofrece, en efecto, dos aspectos diferentes, ambos interesantes y dignos de estudio. Las cosas, hechos o seres existentes o que han existido, son únicos, en cierto sentido, en cuanto no se repetirán en idénticas condiciones de tiempo, lugar y demás circunstancias; pero en otro sentido son *repetibles*, podríamos decir, en cuanto son susceptibles de producirse en la realidad y ofrecerse a la contemplación en condiciones, a veces, idénticas a las ya dadas, salvo la circunstancia de tiempo y lugar; o bien en condiciones casi idénticas o con diferencias mínimas que no son dignas de tomarse en consideración.

VIII.—Determinada la materia de las ciencias reconstructivas o sea el objeto que estudian corresponde ocuparse en la forma de las mismas, vale decir, en las operaciones mentales y los procedimientos lógicos por medio de los cuales se constituyen y llegan a alcanzar el objeto que se proponen. Esto equivale a exponer la metodología de las ciencias reconstructivas, tema que abordaremos en breve. Antes de ello trataremos de indicar otros rasgos característicos de las ciencias que forman parte del grupo.

Todas las ciencias reconstructivas suponen, desde luego, el conocimiento de lo actual. ¿Cómo





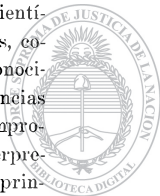
podríamos saber cómo fueron las cosas, hechos y seres del pasado si no tuviéramos idea de las cosas, hechos y seres actuales que se les asemejan y muchas veces los continúan? La reconstrucción geológica descansa, así, sobre un postulado: que los fenómenos ocurridos en la corteza terrestre, durante las épocas anteriores a la actual, son análogos a los que suceden delante de nuestros ojos. Del mismo modo, la reconstrucción histórica se asienta sobre otro postulado, de una exactitud relativa como el anterior: que los hombres del pasado han estado dotados de una constitución psíquica semejante a los hombres del presente, y que, por lo tanto, los actos humanos y los hechos sociales del pasado pueden ser reconstruidos a la luz de los hechos y los actos del presente.

Las ciencias reconstructivas son así, en cierto sentido, ciencias derivadas, y, además, ciencias cruciales, podríamos decir, en cuanto están en la encrucijada de varias ciencias; a lo cual podría agregarse que, cuanto más extensos y variados son los conocimientos que se poseen acerca de estas ciencias básicas, tanto más fértiles y fecundos en inferencias, en puntos de vista, en interpretaciones, en hipótesis y teorías serán los cultores de las ciencias reconstructivas.

Todas las ciencias reconstructivas, excepción hecha de la historia, que dicho sea de paso sólo aho-

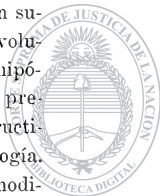
ra se inicia en su período verdaderamente científico, son de origen reciente. Es que todas ellas, como decimos, requieren para constituirse el conocimiento de lo actual, dado por las diversas ciencias que estudian la realidad presente. Para comprobar estas afirmaciones basta recordar las interpretaciones y explicaciones extravagantes que al principio se dieron de las hachas de piedra del hombre primitivo y de las piezas esqueléticas de los animales extinguidos. Es sabido que las primeras eran llamadas ceramias o piedras del rayo, debiéndose tal nombre a la creencia de que fueran efectivamente un producto del rayo, de que provinieran del *fuego celeste* que las internaba en el subsuelo. En cuanto a los huesos fósiles correspondientes a los grandes animales de las antiguas épocas geológicas, creyóse pertenecieran a los gigantes o a los seres monstruosos de que hablan las fábulas y leyendas de la antigüedad clásica. Los progresos de la zoología, los conocimientos de la morfología comparada hicieron caer tan absurdas opiniones mostrando la verdadera naturaleza de tales objetos.

Este servicio prestado por las ciencias reales de lo actual a las ciencias del pasado, es ampliamente retribuido por las segundas a las primeras. Si es cierto que lo actual ayuda a conocer lo pasado, no lo es menos que el conocimiento de lo pasado contribuye poderosamente al mejor conocimiento de lo



actual. Es así que la zoología y la botánica han sufrido, en los últimos tiempos, una verdadera revolución, por la introducción en las mismas de la hipótesis evolucionista, cuya concepción ha nacido precisamente en el campo de las ciencias reconstructivas correspondientes, paleobotánica, paleozoología. Y este nuevo punto de vista ha servido para modificar nociones y teorías que se consideraba en cierto modo como definitivas; tal ha ocurrido con el concepto de la inmutabilidad de las especies y con las clasificaciones botánica y zoológica.

Las ciencias reconstructivas, además de cruciales, podrían llamarse también documentarias, dado que todas ellas suponen la posesión o el conocimiento de rastros, huellas, vestigios, dejados por las cosas, hechos o seres del pasado, de documentos, en el sentido amplio de la palabra; documentos sin los cuales nos sería absolutamente imposible remontarnos al conocimiento de lo pretérito, reconstruir las cosas, hechos o seres anteriores a los actuales.



LECCION IV

EL MÉTODO RECONSTRUCTIVO



- I.—Carácter de la operación reconstructiva.
- II.—Función de la imaginación en las ciencias reconstructivas.
- III.—Naturaleza del método reconstructivo según los autores.
- IV.—Modalidades de su empleo.
- V.—Verdadera naturaleza del método reconstructivo.
- VI.—Proceso de las operaciones reconstructivas.

I.—Hemos hablado, repetidas veces, de reconstrucción, y el empleo de esta palabra puede, quizás, inducir en error, por lo cual conviene precisarla. Al hablar de reconstrucción conviene se sepa que no se trata propiamente de un acto u operación material, sino ideal o mental, a lo sumo figurada.

Cierto es que el paleontólogo suele aprovechar diversas piezas análogas de un animal, completando las unas con las otras, para formar el esqueleto entero del ser en cuestión. Pero, obsérvese que esta reconstitución no importa propiamente volver a la vida al animal susodicho. Es una reconstrucción figurada o plástica, que tiende a la reconstitución

ideal, que se encamina a darnos una idea clara y exacta del animal, o, por mejor decir, de la especie a que el individuo pertenece, por medio de una descripción, de una enumeración de caracteres, de una evocación, de imágenes mentales o de representaciones; operación que se completa con la clasificación de ese ser, con la determinación de sus relaciones de parentesco con los seres pasados y actuales. De ahí que la paleontología pueda definirse diciendo que es la evocación de las faunas y floras pasadas, en la misma forma que puede definirse la historia diciendo que es la evocación exacta de los hechos humanos pasados. En este sentido escribe Lanson: “el objeto de los historiadores es el pasado: un pasado del que sólo subsisten indicios o vestigios con ayuda de los cuales se reconstruye su idea”.

II.—Así como la percepción es, según la hermosa metáfora, más que definición, de Taine, una *alucinación verdadera*, la historia, y, por consiguiente, los casos judiciales, son una ficción, fantasía o novela verdadera, en cuya composición o elaboración desempeña un gran papel la imaginación inventiva. Esta función psicológica se ejercita, en las ciencias, sugiriendo hipótesis que preludian descubrimientos; en el arte, creando ficciones, construyendo con elementos tomados de la realidad un mundo ideal que no existe en la naturaleza, que no tiene sino vida espiritual. En el arte, la ficción no



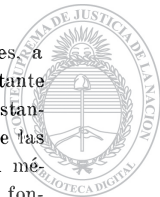
corresponde exactamente a una realidad concreta de que sea un simple duplicado, pues, aun el arte llamado naturalista inventa sus tipos y asuntos, imita é interpreta, no copia servilmente. En la historia la ficción es, o, al menos, aspira a ser, una copia o duplicado de la realidad. Con los elementos suministrados por los documentos, con las imágenes parciales, sugeridos por éstos, construye una ficción verdadera, una ficción que corresponde a una realidad concreta, a una realidad que existió, a una realidad que se dió en condiciones determinadas del espacio y del tiempo. Y, a esta ficción, a diferencia de la ficción artística, no le está permitido en modo alguno deformar la realidad, agregarle o restarle elementos de cualquier especie. El arte responde a una necesidad humana imperiosa, la de olvidarnos a ratos de una realidad imperfecta, la de emanciparnos de la tiranía de un mundo lleno de fealdades y limitaciones, la de levantarnos por arriba de nuestra vida ordinaria, recreándonos con el espectáculo de un mundo más hermoso que aquel en que nos movemos. La historia responde a otra necesidad nuestra no menos perentoria, la de saber, la de conocer exactamente esta realidad tal como ella existió.

III.—Todas las ciencias reconstructivas recurren al mismo método para establecer las verdades que les conciernen; todas ellas tratan de ir de los



rastros, dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas. No obstante esta identidad de procedimientos, obsérvese bastante anarquía de opiniones entre los cultores de las ciencias referidas que han teorizado sobre el método propio de su ciencia. Claro está que, en el fondo, tienden todos a coincidir, de modo que no es imposible la empresa consistente en intentar una conciliación general de opiniones. Tratando de la ciencia por él cultivada, la paleobotánica, Zeiller habla de método comparativo, mientras que, ocupándose de la arqueología, Salomón Reinach indica como método propio de esta ciencia el que llama de las series. Sobre ciertos puntos, en cambio, nótase entre los autores conformidad de ideas. Así, es general entre ellos reconocer que la ciencia que cultivan supone y requiere el auxilio de varias; que sus problemas son complejos, y, como tales, exigen la cooperación y las luces de varias disciplinas básicas a veces bastante inconexas y desemejantes entre sí. Salomón Reinach escribe, en este sentido, que la arqueología necesita la ayuda de la geología, la paleontología, la mineralogía, la química, la arquitectura, la ingeniería civil, la historia, la mitología, etc.

IV.—Establecer que todas las ciencias reconstructivas emplean el mismo método, que me permito denominar *reconstructivo*, no implica desconocer



que cada una de ellas echa mano de procedimientos, recursos y artificios propios, que aplica el método reconstructivo a su modo, que sigue una marcha peculiar. Lanson hace notar perfectamente que si la historia literaria emplea la metodología histórica, la diferencia entre la materia de la historia literaria y la materia de la historia general se traduce en diferencias de método que no dejan de revestir su importancia. Y el mismo autor observa juiciosamente que: “no existen métodos *passé-partout*; que, dados ciertos principios generales, cada problema especial no se resuelve bien sino por un método construido especialmente para él, adaptado a la naturaleza de sus datos y de sus dificultades. Ni los mismos problemas se plantean por sí mismos: la idea de la pregunta, exige, a menudo, tanto genio como la idea de la respuesta.”

V.—¿Cuál es la verdadera naturaleza del método reconstructivo? Diré, desde luego, que, a mi juicio, es un método compuesto, que, a semejanza del método estadístico, utiliza y combina varios procedimientos lógicos, por no decir todos los procedimientos lógicos conocidos. El punto de partida es la observación, no precisamente de las cosas, hechos o seres que deben reconstruirse, en cuanto éstos rara vez podrán observarse directamente, sino la observación de los rastros, vestigios, efectos por ellos dejados. Por lo mismo que el recons-



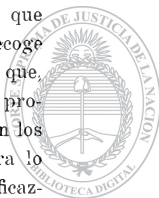
structor emplea la observación quiere decir que está sujeto a las normas de ésta; que no recoge mecánicamente ni se fija en todo documento, y que, como le está vedado experimentar, suple este procedimiento con la observación comparativa, con los casos variados que le ofrece la realidad, para lo cual desempeñan un gran papel y cooperan eficazmente la sagacidad, la intuición científica, una vasta erudición, el mayor poder de encontrar relaciones entre las cosas, una paciencia más grande para acumular y verificar pruebas.

VI.—El método reconstructivo hemos dicho que es compuesto, y ahora cumple agregar que no deja de tener cierta semejanza con el método que los lógicos y psicólogos han estudiado bajo el nombre de método deductivo de composición o de construcción; procedimiento por medio del cual se llega a determinar qué causas han podido producir un efecto complejo, en el caso de la composición de causas y de efectos. Puede, a este efecto, consultarse: Taine, “Intelligence”, II, 321; Bain, “Logique”, II, 149; Mill, “Logique”, I, 520. El proceso de la reconstrucción comprende, a mi juicio, las siguientes operaciones:

I.—Busca de rastros.

II.—Recolección de *ídem*, directamente ó con el auxilio de peritos, e inspección *in situ*.

III.—Conservación de los rastros.



IV.—Descripción o representación figurada de los mismos.

V.—Descripción del lugar y reproducción figurada por medio de la fotografía, etc.

VI.—Observación y estudio de los rastros directamente o auxiliado con peritos *ad hoc*.

VII.—Formación de inferencias e hipótesis basadas en los rastros recogidos.

VIII.—Crítica de las mismas para establecer su valor.

IX.—Comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos (aplicación del principio de confirmación).

X.—Exclusión de hipótesis contradictorias (de intervención del azar, de la falsificación de prueba, etc.)





LECCION V

I.A PRUEBA Y LA VERDAD

- I.—La verdad, objetivo de la prueba.
- II.—Doble tarea y unidad de miras del juez.
- III.—Aspectos psicológicos y metafísicos de la verdad.
- IV.—Concepto de la verdad.
- V.—Ejemplos ilustrativos.
- VI.—La verdad judicial: su doble manifestación.
- VII.—Verdad judicial y verdad legal.
- VIII.—Tendencia actual en la doctrina y la legislación.

I.—Hemos dejado anteriormente establecido que la prueba judicial implica, en cierto modo, una confrontación o verificación: la verificación o confrontación de las afirmaciones de cada parte con los elementos de juicio suministrados por ella y su adversario o recogidos por el juez para acreditar o invalidar dichas afirmaciones.

Acabamos de presentar un segundo concepto de la prueba según el cual ella consistiría en la averiguación de la existencia de hechos por medio de un método que hemos llamado reconstructivo, en razón de que él se encamina a reconstruir cosas.



hechos o seres del pasado; método del cual la teoría de la prueba judicial o metodología judicial o lógica de las pruebas (Framarino) o crítica judicial (Ellero) no sería sino un caso particular.

Según ésto, la prueba judicial sería propiamente un método de investigación o determinación de hechos. Es llegado el momento de considerar un tercer aspecto del asunto según el cual la prueba tiene por objetivo la verdad, o cierta clase de verdad, a lo menos, tratándose de los juicios; demostrado lo cual, haremos ver que estos tres aspectos, lejos de ser antagónicos y de excluirse entre sí, son, por el contrario, armónicos y conciliables, respondiendo sólo a puntos diversos de vista en que uno se coloca para contemplar una cuestión idéntica.

II.—Dejamos establecido que todo juicio, de cualquier naturaleza que sea, plantea a los magistrados dos tareas diferentes, consecutiva la una de la otra. Consiste la primera en establecer hechos pasados, en averiguar cómo sucedieron, en determinar el caso *sub judice*. Estriba la segunda en encontrar cuál es la ley que rige el caso, cuáles las disposiciones legales que desatan el nudo gordiano de la cuestión, dando razón al uno, quitándosela al otro.

Pues bien, tanto una tarea como la otra se dirigen, en último análisis, a encontrar la verdad, en forma que, puede decirse con exactitud, que toda sen-

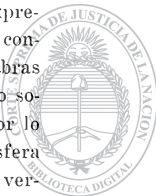


tencia, para ser tenida por justa, debe ser la expresión fiel de la verdad; que verdad y justicia se confunden en los fallos, lo que justifica las palabras con las cuales inicia Bonnier su clásico tratado sobre las pruebas: “la ciencia del derecho, y por lo tanto el juez, se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, el descubrimiento de la verdad.”

III.—¿Qué es la verdad? ¿Qué son las diversas especies de verdades que suelen calificarse con los nombres de trascendental, metafísica, lógica, racional, física, empírica, histórica, etcétera?

¿Son reductibles todas ellas a la unidad, de modo que pueda formarse un concepto general de la verdad? ¿Puede el hombre llegar a conocer la verdad? ¿Qué clase de verdad es asequible a la inteligencia humana y por qué medio es dable al hombre asegurarse la posesión de la verdad que le es posible alcanzar? Cuestiones son todas éstas, de alta psicología y de abstrusa metafísica que no podemos escudriñar a fondo, pues ello importaría hacer un curso completo de las mencionadas ciencias. Habremos pues, de contentarnos con sentar, a manera de postulados, algunas definiciones y proposiciones necesarias a nuestro objeto y que no existe dificultad alguna en admitir.

IV.—Apartando, pues, toda discusión de orden metafísico o psicológico que pudiera embarazar



nuestra marcha, empecemos por concretar una idea sencilla y somera de la verdad. Faguet lo ha intentado últimamente en sus *Diez mandamientos*. “La verdad, escribe, es aquello que... cree el hombre ser lo real, cree ser lo que es, ya como hecho ya como idea...”

Y para aclarar su noción presenta el siguiente ejemplo:

“Os digo que son las doce. Estoy dentro de la verdad si creo... que ha transcurrido una hora desde que dieron las once.” Apresurémonos á rectificar la defectuosa definición del ilustre crítico y moralista. Lo que Faguet define, en los términos transcritos, no es la verdad sino la certeza, o sea, la creencia en su grado máximo, la creencia en su plenitud y perfección, es decir, un estado psicológico caracterizado por la adhesión firme y sin asomo alguno de duda a aquello que se conoce, o, para emplear los términos de Faguet, a lo que es, ya como hecho, ya como idea.

No; la verdad es una cosa y otra bien distinta la certeza; tan distinta que se dan casos en que, existiendo la segunda, falta, sin embargo, la primera. Hay, así, certezas ilegítimas.

¡Cuántas veces estamos persuadidos firmemente de hallarnos en posesión de la verdad, y, en realidad, somos víctimas de una evidencia ilusoria!

¡Cuántas, adherimos sin sombra alguna de du-



da, a un hecho o idea, que, después, reconocemos, erróneos! La verdad, en la cosa, es la cosa misma: *verum est id quod est*, decía San Agustín; la verdad, en nuestro espíritu, es una relación, la relación de identidad, de adecuación o de acuerdo entre nuestro pensamiento y las cosas objeto de nuestro pensamiento: la verdad es el acuerdo del pensamiento con su objeto, *adequatio mentis et rei*, decían los escolásticos.

V.—Tomando, para esclarecer las ideas. el propio ejemplo de Faguet, yo no estaría en lo verdadero, si, no obstante hallarme fuertemente convencido de que en cierto instante son las doce, resultara que había ya transcurrido una hora entre el momento de mi afirmación y el paso del sol por el meridiano del lugar. Habría allí certeza, y, sin embargo, no habría verdad.

Estaríamos, por el contrario, en lo cierto, si existiera acuerdo entre lo pensado y la realidad; si, al creer que son las doce, pudiera comprobarse que en el instante de pensarlo el sol atravesaba por el meridiano del lugar y los cronómetros lo corroboraran marcando esa hora precisamente.

VI.—De lo expuesto despréndese fácilmente que la verdad en los litijios es de dos clases o formas: verdad en cuanto a los hechos, verdad en cuanto al derecho.

Hay verdad en cuanto a los hechos, cuando la





idea que de ellos se forma el juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son. Hay verdad en cuanto al derecho cuando la idea que tiene el juez de la ley aplicable al caso corresponde á la realidad, es decir, al pensamiento del legislador, al sentido del precepto legal, o, en otros términos, cuando el juez ha encontrado el precepto en que encuadra el caso *sub judice* y la interpretación de ese mandato se acuerda con la interpretación del mismo que haría quien lo dictó.

VII.—Acabamos de decir que la verdad, en cuanto a los hechos, existe siempre que la idea que el juez se forma respecto de ellos coincide exactamente con la realidad.

Bien se comprende que, para que este fenómeno pueda producirse, conviene que el juez goce de completa libertad para ir a la verdad; que la ley no imponga, a la conciencia de los magistrados, reglas imperativas que los fuercen a tener por verdadero aquello que no sienten y creen como tal.

Parecerá quizás extraño que admitamos la posibilidad de esa actitud por parte del legislador. La hipótesis es no sólo posible, sino que se ha visto realizada en épocas anteriores, bajo el nombre de sistema de las pruebas legales o de la verdad formal. En este sistema, la ley sujeta la prueba a ciertas condiciones que considera necesarias para de-

terminar la certeza, de manera que, dadas dichas condiciones, el juez debe necesariamente admitir como verdadero lo que, según la ley, está por ellas demostrado.

El sistema de las pruebas legales, cuya característica, como vemos, es trabar la conciencia del juez, reinó como soberano en la legislación de todos los países durante una larga época y constituye una faz interesante en la evolución del derecho procesal.

A fines del siglo XVIII el sistema está en su apogeo; minado entonces por la crítica filosófica comienza pronto a decaer, en lo criminal, con la institución del jurado, y en lo comercial, merced a la introducción del principio de libertad de la prueba.

VIII.—La tendencia actual, en todas las legislaciones, es en el sentido de la libertad dejada al juez para la apreciación del valor o fuerza de la prueba. Hay quien opina que esta libertad debe ser absoluta. En ésto, como en todas las cosas, lo prudente y sabio es, sin duda, colocarse en un término medio razonable. Entre sofocar la conciencia del juez bajo una multitud de reglas, muchas de ellas de dudoso resultado, y dejarlo en absoluto librado a su propia inspiración y criterio, hay, evidentemente, un término medio racional, el que consiste en preceptuar ciertos principios, universalmente aceptados por su carácter de fijeza y por la posibilidad de su demostración científica, dejando, sin



embargo, en definitiva al magistrado, el derecho para formarse su propia convicción. Como quiera que sea, ya se adopte una u otra opinión, resulta de lo expuesto la incontestable importancia que tiene el estudio filosófico de la prueba, a fin de ilustrar la conciencia del juez, en forma que, sobre puntos tan delicados como éstos, su espíritu no pueda ser presa de vacilaciones ni dudas y que sus fallos revistan una exactitud rigurosa.



LECCION VI

ASPECTOS DIVERSOS DE LA PRUEBA

- I.—Diversos aspectos de la prueba: su conciliación.
- II.—Método y verdad; prueba y verdad; método y prueba.
- III.—La prueba en lo civil y en lo criminal.
- IV.—Punto de vista en que conviene colocarse para exponer la teoría de la prueba.

I.—Prometimos, ha poco, correlacionar y conciliar los diversos puntos de vista desde los cuales es susceptible de mirarse la prueba; y, a los efectos de cumplir lo prometido, haremos notar que los conceptos de método, verdad y prueba son correlativos.

II.—Método y verdad se correlacionan, dado que, el primero, no es otra cosa que el medio de encontrar la segunda. Prueba y verdad se hallan también correlacionadas, a tal extremo que podría decirse que no hay verdad sin prueba, en cuanto la prueba es la piedra de toque, el medio de aquilatar, de adquirir la evidencia incuestionable de la verdad. de *verificar* (verum) la verdad encontrada, de *cerciorarnos* (certus) de su exactitud, de su *certeza* legíti-



ma. Toda verdad debe resistir a la prueba de la duda y salir triunfante de ella por medio de la prueba, de la cual podríamos decir que es hija de la duda y madre de la verdad. Y si se arguyera que hay verdades no probables, no demostrables, como los primeros principios, los postulados de la razón, podría contestarse que la prueba de ellos está en la repugnancia invencible del espíritu á negarlos y en la verificación o contra-prueba que reciben constantemente de la experiencia, a tal punto que uno estaría tentado de pensar que es la realidad misma quien los impone; que ellos son la verdad misma reflejada o encarnada, diríamos, en la mente del hombre.

Y si método y prueba son correlativos con la verdad, no es menos cierto que son también correlativos entre sí, y hasta podríamos estar autorizados a agregar que el estudio de la prueba forma parte de la teoría del método, que es como su culminación. En efecto, ¿qué objeto tendría el buscar verdades de que no estuviéramos completamente ciertos, en que no tuviéramos absoluta confianza? Y ¿no es la prueba, precisamente, la que nos da los medios y nos pone en el caso de llegar a esa convicción? No hay, pues, método ni verdad sin prueba; y, por eso, las expresiones ciencia de la verdad, ciencia de la prueba, ciencia de las condiciones de la verdad, ciencia de las condiciones de la evidencia probante, son todas equivalentes, y todas ellas se



han propuesto y empleado para precisar el objeto y dar la definición de una misma disciplina científica, la Lógica.

III.—Volviendo, ahora, sobre la labor del juez y recapitulando lo expuesto, repetimos que su misión es llegar a la verdad: verdad en cuanto al hecho, verdad en cuanto al derecho. Para alcanzar la verdad en los hechos el juez en lo civil se vé en el caso, generalmente, de elegir entre las dos versiones distintas y opuestas que le ofrecen las partes, para lo cual se halla obligado a verificar o confrontar sus pruebas y afirmaciones. En lo civil, la actitud del juez es, en cierto modo, pasiva, y la prueba reviste entonces el carácter de una confrontación, de acuerdo con el sentido propio de esta palabra. En lo criminal, las dos tareas del juez suelen distribuirse en dos funcionarios distintos, como garantía de mayor acierto y justicia en los fallos. Créanse, así, jueces de hecho (juez instructor, jurados) y jueces de derecho o de sentencia. Ahora bien, el magistrado en lo criminal a quien incumbe el papel de establecer los hechos (juez instructor) no se conserva en el estado de pasividad del juez de lo civil. Su rol es activo. No hallándose en presencia de verdades hechas, de un suceso que se le presenta reconstruído por las partes, está obligado a buscar por sí esas verdades, lo que constituye el objeto de la inquisición, de la instrucción. Sólo



después de encontrada la verdad por el juez instructor, se hará indispensable verificarla, lo que es más propio del plenario. De todo lo cual resulta que la teoría de la prueba, en materia criminal, participa, en cierto modo, del carácter de una aplicación de la teoría metodológica; que la prueba, en la primera parte del juicio criminal, en el sumario, viene á ser algo así como el método de llegar a la verdad en los hechos criminosos.

IV.—¿En cuál de estos dos puntos de vista conviene colocarse para indagar y exponer filosóficamente la teoría de la prueba judicial? ¿En el del juez en lo civil, cuya actitud es pasiva y para el cual la prueba es sobre todo una confrontación o en el del juez instructor de lo criminal, cuyo poder de iniciativa es, podría decirse, ilimitado; cuya función se confunde con la del investigador científico, la del historiador, la del cultor de una disciplina reconstitutiva, en cuanto su tarea es buscar y allegar rastros, documentos, para, por medio de ellos, establecer la existencia de hechos fenecidos, de cuya realidad se asegurará después, confrontando sus verdades hipotéticas con los elementos de juicio reunidos?

A mi entender, este último caso comprende en todas sus partes al primero, y, por lo mismo, es de todo punto conveniente colocarse en él al emprender un estudio como el que realizamos.



LECCION VII

EL CRITERIO DE LA PRUEBA



- I.—Cuestión previa sobre posibilidad de los hechos. Especies diversas de posibilidad.
- II.—El coeficiente de posibilidad de existencia. Su valor variable.
- III.—Grados de la creencia en relación con dicho valor.
- IV.—Fórmula matemática de la creencia. Traducción de la fórmula.
- V.—Lo verosímil, criterio de la prueba: razón del hecho.
- VI.—Naturaleza de lo verosímil.

I.—El problema consistente en determinar la existencia de un hecho, pasado o actual, plantea un problema previo: el de la posibilidad o imposibilidad de dicha existencia. No cabe dudar que conviene tener resuelto este problema previo antes de abordar la solución del otro, dado que, por de pronto sería ocioso, y hasta absurdo, proponerse averiguar si un determinado hecho existió o existe, si nos consta, desde luego, que el referido hecho es imposible.

La posibilidad o imposibilidad de los hechos puede ser de diversa especie: metafísica, física o natu-

ral, ordinaria o común. La imposibilidad metafísica implica contradicción; es la de un hecho que se oponga al principio de contradicción, como sería que el todo fuera menor que la parte. La física, se opone a las leyes constantes e inflexibles de la naturaleza. Tal, la de un hecho que contradijera una ley universal, como la de que los muertos no resucitan. La ordinaria, se opone al curso regular y ordinario de las cosas, a leyes de una constancia y generalidad sólo relativa; de donde resulta, que según sean dichas leyes más o menos constantes o generales, la posibilidad o imposibilidad de los hechos, o, por mejor decir, la probabilidad o improbabilidad de su existencia, aumentará o disminuirá.

II.—De lo expuesto se desprende claramente que, antes de toda prueba, y en virtud de su propia naturaleza, diríamos, todo hecho lleva en sí envuelto o va acompañado de un coeficiente de posibilidad de existencia. Es lo que un geómetra, Poisson, que se ocupó en investigaciones sobre la probabilidad de los juicios, llamaba: “la probabilidad de la verdad del hecho, antes de que él sea atestiguado por un testigo”. El valor del expresado coeficiente de posibilidad de existencia oscila entre cero y el infinito. El primer valor es el que asume en los hechos cuya existencia es de imposibilidad metafísica; el último aquel que tiene cuando su existencia es necesaria.





III.—Entre estos valores límites el coeficiente se gradúa según lo expresa la escala del siguiente cuadro, que indica, además, los grados de la creencia en relación a cada especie de hechos:

NATURALEZA DEL HECHO	TENDENCIA A LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA	VALOR DEL COEFICIENTE (e) DE EXISTENCIA	GRADOS DE LA CREENCIA
Absurdo	<div style="text-align: center;"> \uparrow $-$ \downarrow </div>	$e = 0$	} certeza (—)
Imposible		$e = \frac{1}{\infty}$	
Inverosímil		$e = \frac{1}{1^n}$	} opinión (—)
Improbable		$e = \frac{1}{i}$	
Dudoso	—	$e = 1$	duda
Probable	<div style="text-align: center;"> $+$ \downarrow </div>	$e = p$	} opinión (+)
Verosímil		$e = p^n$	
Necesario		$e = \infty$	certeza (+)

IV.—La creencia acerca de la existencia de un hecho es así función de dos variables, como diría un matemático: del coeficiente de posibilidad de existencia y del valor de la prueba. La creencia crece o decrece según los valores de ambos factores, que a veces se multiplican, a veces se destruyen.

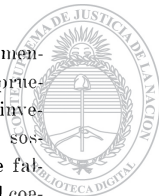
y en parcial o totalmente. Si llamamos C a la creencia, e al coeficiente de posibilidad de existencia y P a la prueba, resulta la siguiente fórmula:

$$C = e P$$

Traduciendo esta fórmula al lenguaje ordinario tendríamos: que cuando el hecho es de imposibilidad metafísica e es igual a cero, de modo que cualquiera sea el valor de P , es decir, la fuerza o peso de la prueba, queda destruído al ser multiplicado por cero. Cuando las probabilidades en pro y en contra de la existencia de un hecho se equilibran, el valor del quebrado que expresa esta relación se hace igual a la unidad. El coeficiente de existencia, que en este caso es igual a uno, no acrece en nada el valor del otro factor, lo que equivale a decir que la naturaleza del hecho no influye para nada en su credibilidad; que habrá que atenerse sólo a la fuerza o peso de la prueba.

V.—Reflexionando sobre lo que antecede es fácil llegar a una conclusión que, a simple vista, parece paradójal y fundada en un círculo vicioso. La prueba es hija de la duda y madre de la verdad, dijimos; la prueba es la piedra de toque, el criterio de la verdad. Ahora bien, la afirmación contraria resulta ser también exacta: lo verdadero, lo cierto y aún lo que simplemente está muy cerca de la verdad, lo que se le asemeja, hasta confundirse con





ella, lo verosímil, en una palabra, son, recíprocamente, una piedra de toque para la prueba. Toda prueba, por plena o perfecta que sea, de un hecho inverosímil, se vuelve por esta sola circunstancia sospechosa, más que sospechosa, presuntivamente falsa, y por tal razón judicialmente inaceptable. El coeficiente de posibilidad de existencia, que en tal caso asume un valor fraccionario infinitamente pequeño ($e = \frac{1}{i^n}$) al multiplicarse por el valor de la prueba lo disminuye en proporción tan considerable que, cuan grande sea dicho valor, el resultado queda siempre menor que la unidad o a lo sumo igual a la unidad. El hecho se torna dudoso, y el juez se halla forzado a declinar la certeza adquirida mediante la prueba ante una certeza más poderosa todavía, la de la verdad.

¿Cómo, en virtud de qué, viene a ser la verdad o lo que se le equipara, lo verosímil, una piedra de toque de la prueba, la prueba de la prueba, diríamos? ¿No hay aquí un círculo vicioso? Para convencernos de que no lo hay, bastará nos fijemos en la naturaleza de lo verdadero y de lo verosímil.

VI.—Lo verdadero es lo que está demostrado, comprobado en forma tal que no admite se le ponga en duda; es el tesoro de experiencia humana secular, de leyes naturales científicamente probadas y universalmente aceptadas sin discrepancia. De modo que cuando la prueba rendida en un jui-

cio se opone a la verdad o a su próximo pariente lo verosímil, en realidad contradice una prueba más grande, más general, más fuerte, más digna de crédito todavía: la prueba del género humano, y, por tal razón, debe ceder ante ella. Por donde se ve que no estamos aquí en presencia de círculo vicioso ni paradoja alguna; que, lejos de ello, queda más bien en pie y se confirma una vez más que la prueba es siempre y en todo caso la piedra de toque de la verdad, que ésta se aquilata constantemente mediante una confrontación: en el caso que nos ocupa la de la prueba rendida en juicio con las leyes y verdades científicas universalmente aceptadas como tales.



LECCION VIII

LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

- I.—Conveniencia de una teoría general.
- II.—Metodología reconstructiva, primeras operaciones. Necesidad de un esquema del hecho que debe reconstruirse.
- III.—Aplicación del principio en las leyes procesales.



I.—Al exponer la teoría de la prueba los tratadistas de derecho procesal ordinariamente estudian los diversos medios de prueba, uno después del otro, tratando de precisar las condiciones necesarias y suficientes para que cada uno de ellos haga, por sí solo, plena prueba. Este método expositivo o didáctico, es evidentemente artificial, en cuanto, quizá en la mayoría de los casos, la prueba no es, como se dice, simple, sino compuesta, es decir, no es el resultado de un solo medio de prueba, sino que es obtenida mediante el concurso o combinación de varios de ellos, que, insuficientes uno a uno para hacer prueba plena (prueba imperfecta) reunidos y combinados consiguen, sin embargo, producirla.

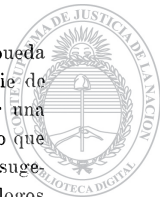
Esta sola circunstancia nos llevaría a creer en la

conveniencia de un estudio de conjunto sobre la prueba, como antecedente necesario para comprender el mecanismo y funcionamiento de cada uno de los medios de prueba expresados. Pero existe, además de la expuesta, otra razón que impone la necesidad del desarrollo previo de esa teoría general, y es la de que hay una serie de principios comunes a todas las pruebas, que conviene exponer y demostrar una vez por todas y de la manera más completa y racional posible, para no vernos en el caso de repetir la demostración, al considerar cada prueba por separado.

En este caso se encuentran, por ejemplo, la teoría de la verosimilitud, como ya lo hemos visto, así como la del acuerdo de los hechos y otras que después examinaremos. En efecto, cualquiera fuese el medio o medios de prueba utilizados para la reconstrucción de un hecho, si esa reconstrucción nos lleva a un resultado inverosímil o a un sistema de hechos parciales incoherentes y que se contradicen, la prueba, no obstante su fuerza o consistencia, tórnanse dudosa, y, como tal, judicialmente inaceptable.

II.—Entrando de lleno en la exposición de esta teoría general de la prueba, o sea en la metodología reconstructiva, recordaremos que, como ya dijimos, las primeras operaciones reconstructivas consisten en la busca, recolección, conservación, descripción, reproducción y consignación de rastros o do-





cumentos. Para que el magistrado instructor pueda llevar a cabo, en forma provechosa, esta serie de operaciones, es menester que sea guiado por una suerte de representación esquemática del hecho que deberá reconstruir; representación que le es sugerida por el conocimiento de otros hechos análogos a aquél. Es el caso de recordar aquí las consideraciones que hemos presentado anteriormente sobre el papel que desempeña el conocimiento de lo actual para la reconstrucción de lo pasado; y de insistir en que, sin el conocimiento de lo presente, nos sería de todo punto imposible formarnos exacta idea de lo pasado que se le asemeja (Lección III).

III.—Tan exacta es la observación apuntada, que, si nos tomamos el trabajo de recorrer el título cuarto del libro segundo del código de procedimientos en lo criminal para la Capital y territorios nacionales, titulado “Del cuerpo del delito” y algunos de los títulos siguientes del mismo libro ⁽¹⁾, repetidamente nos persuadiremos de la importancia y papel que tiene la representación esquemática del hecho a reconstruir a los efectos del acierto en las diversas operaciones encaminadas a encontrar y acumular todos los rastros y elementos de juicio indispensables para establecer la existencia de tal

(1) Títulos: «De la declaración indagatoria», «De los testigos», «De los peritos».

hecho, o sea para reconstruirlo. Ahora bien, ¿cuáles son esos rastros y elementos? ¿Es posible agruparlos genéricamente? Antes de abordar el tema, comencemos por precisar la misión del juez instructor.



LECCION IX

CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS



- I.—Triple misión del juez instructor.
- II.—Clasificación de los rastros o pruebas atendiendo a su naturaleza.
- III.—Idem a nuestro modo de conocerlos.
- IV.—Idem en el derecho procesal.
- V.—Idem en directas e indirectas.

I.—Tres puntos debe averiguar el juez de instrucción obligado a intervenir para ejercitar sus funciones en un hecho cometido al parecer en violación de la ley penal: 1.º Si ha existido realmente un hecho calificado como delito, y quién o quiénes son sus víctimas; 2.º quién o quiénes son sus autores y cómplices; 3.º circunstancias en que se realizó tendientes a agravar o amenguar la responsabilidad de quién ó quiénes lo ejecutaron. El juez se ve forzado, así, a reconstruir el delito en sus causas, modalidades y consecuencias, para lo cual necesita recorrer las diversas etapas del proceso reconstitutivo antes apuntadas (Lección IV).

La base de las operaciones reconstitutivas es



la posesión de un conjunto de datos o elementos de juicio que hemos denominado genéricamente “rastros” o “documentos”, los que incumbe a la justicia buscar, recoger, conservar, describir, reproducir y consignar en el expediente a fin de que ella pueda después dedicarse a estudiarlos y compararlos para llegar a la verdad en su triple averiguación.

II.—Estos rastros o documentos, atendiendo a su naturaleza, son de tres clases: 1.^a materiales y morales; 2.^a psicológicos, y 3.^a gráficos. Los primeros están constituídos por objetos o huellas materiales (un arma, un dactilograma), o por peculiaridades, situaciones, o relaciones de orden moral, (enemistad, fuga, malos antecedentes); los segundos por imágenes y representaciones dejadas en el cerebro de las personas que presenciaron o tuvieron noticias del hecho que se intenta reconstruir (recuerdos); los terceros, por signos gráficos en que se consignan pensamientos relacionados con el hecho en cuestión.

III.—Si nos fijamos en la manera cómo llegamos a conocer los hechos que existieron o existen, es evidente que no podemos tener idea de ellos sino por cuatro vías o medios que son: 1.^o la percepción exterior, esto es, por que caen bajo nuestros sentidos; 2.^o porque nos los cuentan; 3.^o porque a ellos hacen referencia documentos escritos de que

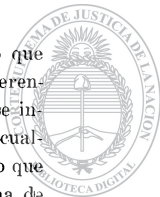
disponemos; 4.º porque los inferimos, partiendo del estudio de ciertos rastros, materiales o inmateriales, dejados por dichos hechos.

IV.—Los autores de derecho procesal distinguen seis “pruebas” o “medios de prueba” principales y autónomos, que son: el reconocimiento judicial, la prueba pericial, la de confesión, la de testigos, la literal y la indiciaria. Pero es de observar que estas tituladas pruebas no obran o funcionan siempre, en los juicios, como tales medios de prueba, sino que, en muchos casos, algunos de ellos se convierten en simples operaciones auxiliares o procedimientos preparatorios de otras pruebas propiamente dichas. Así, el reconocimiento judicial se dirige casi siempre, más que a establecer el hecho principal o el caso discutido, a recoger y precisar hechos que servirán de indicios para establecer aquél. El testimonio se emplea también, a menudo, con igual objeto; y el perito es susceptible de ser utilizado, más que como medio de prueba autónomo, como agente auxiliar para ilustrar la conciencia del juez en toda clase de prueba: reconocimiento judicial, confesión, testigos, pruebas literal e indiciaria.

V.—Estas llamadas pruebas suelen clasificarse en dos grupos o clases: pruebas directas, que lo son las cinco primeras y prueba indirecta, la última. La base de esta distinción está en que, entre



las primeras y el hecho sobre que deponen o que demuestran, no se intercala hecho alguno diferente; mientras que, tratándose de la última, sí se intercala. Si llamamos p a una prueba directa cualquiera, p' a la indirecta o indiciaria, H al hecho que se trata de reconstruir o establecer con alguna de ellas, h al hecho intermediario entre la prueba y el hecho a reconstruir, tendremos que, en las llamadas pruebas directas, p lleva a H sin intermediario alguno; lo que no ocurre en el caso de la llamada prueba indirecta, la indiciaria, en la cual tenemos tres términos: 1.º p esto es, una prueba directa que lleva a h , hecho indiciario, intermedio, el que, a su vez y mediante una inferencia conduce a H , hecho principal, hecho cuya existencia se trata de establecer.



LECCION X

DIDÁCTICA DE LA PRUEBA



- I.—Conveniencia de invertir el orden natural en la didáctica de la prueba.
- II.—Razón de la inversión: universalidad de la prueba indiciaria.
- III.—Distinción entre la prueba indiciaria y las demás pruebas.

I.—Llegados a esta altura de nuestra investigación, necesitamos abrir un paréntesis digresivo para exponer la teoría de la prueba indiciaria. Chocará, a primera vista, esta determinación. Ella, como se comprende, no responde a un mero capricho, antes por el contrario, está justificada ampliamente por razones poderosas que nos apresuraremos a presentar.

Parecería, desde luego, que el medio de prueba cuyo estudio debiera verificarse en último término, fuera el indiciario, en cuanto dicha prueba descansa en la previa determinación de ciertos hechos, los llamados indicadores o indiciarios. Puesto que éstos deben ser establecidos o probados, sea mediante la inspección ocular del juez, o por con-

fesión, testigos, peritos, o documentos escritos, la lógica ordenaría, al parecer, ocuparse en primer lugar en estos diversos medios de prueba en que se apoya el indiciario. No es así, sin embargo. Una buena didáctica de la prueba, una didáctica verdaderamente sistemática aconseja prescindir, en este caso, del orden lógico directo y seguir uno diametralmente opuesto. Por mi parte, creo de todo punto ventajoso invertir los términos y tratar, ante todo, la prueba indiciaria; después de lo cual reanudaremos la exposición de la teoría de la prueba en general, con su aplicación a cada uno de los otros medios de prueba distintos del indiciario.

II.—La razón de esta inversión metodológica, radica en el carácter de universalidad que reviste la prueba indiciaria con relación a las demás pruebas. En efecto, así como se puede sostener, y lo hemos explicado hace un instante, que la prueba de indicios se resuelve siempre en las llamadas directas o naturales,—en cuanto todos los hechos circunstanciales, para que puedan servir de base a deducciones y constituir indicios, necesitan comprobarse por inspección ocular, confesión, etc.—de la misma manera es posible también demostrar que todas las pruebas llamadas directas o naturales se reducen, en último análisis, a la prueba de indicios. Como lo hace notar perfectamente el traductor de Mittermaier (pág. 479): “el testimonio de los testigos y



todos, absolutamente todos los medios probatorios, se resuelven en verdaderos indicios de culpabilidad o de inocencia, al ser apreciados para la formación de nuestros juicios." Así, para que la confesión nos dé la convicción de su sinceridad, debe revestir ciertas condiciones sin las cuales se hace sospechosa; y, análogamente, el testimonio, para que pueda servir de prueba, debe estar acompañado de ciertos requisitos y circunstancias capaces de fundar la presunción de que el testigo es competente y verídico, de que ha podido observar bien los hechos sobre que depone y de que ha declarado sobre ellos con absoluta sinceridad.

III.—Lo dicho no importa ciertamente establecer una confusión entre la prueba de indicios y las demás pruebas. No obstante esta correlación y mutua dependencia entre la una y las otras, cabe siempre una distinción entre ellas, que conviene dejar subsistente. Ninguno de los medios de prueba es autónomo en absoluto; sólo es independiente relativamente hablando. Todos los llamados directos o naturales requieren el auxilio del indiciario o artificial, y, por su parte, éste también necesita del apoyo de los directos. El rasgo diferencial existe, con todo. Así, cuando los testigos depone sobre la existencia de un hecho y éste es reconstruido combinando simplemente las declaraciones, el medio de prueba utilizado es el testifical, malgrado



haberse recurrido a algunas inferencias indiciarias para la reconstrucción. Pero, si las declaraciones se hubieran combinado para establecer un hecho accesorio, un hecho que no fuera el principal, el *sub-judice*, y, del primero, se hubiera llegado al segundo por la vía deductiva, entonces el medio de prueba empleado sería el indiciario, a pesar de haberse necesitado recurrir a testigos para llegar al resultado que se buscaba. López Moreno hace, en su estimable obra, una lamentable confusión sobre el particular, llegando a sostener a ratos que el indicio no es un medio de prueba autónomo (“La prueba de indicios”, Madrid, 1897, página 325); Bonnier, en cambio, ha percibido la diferencia (“Tratado de las pruebas”, I, págs. 24 y 25) que hemos explicado ya antes de ahora al precisar la distinción entre las pruebas directas y la indirecta.



LECCION XI

LA PRUEBA INDICIARIA EN LA DOCTRINA

- I.—Importancia creciente de la prueba indiciaria.
- II.—Confusión de ideas y anarquía de opiniones respecto de esta prueba.
- III.—Naturaleza y definición del indicio.
- IV.—Las dos grandes especies de indicios.
- V.—Naturaleza de la operación mental correspondiente: error de los tratadistas al caracterizarla.
- VI.—La premisa mayor en la inferencia indiciaria.
- VII.—Incertidumbre de la conclusión en la inferencia analógica.
- VIII.—Oposición de la inducción y la inferencia analógica: el error de López Moreno.

I.—Tiempo hubo en que se desconoció la importancia de la prueba indiciaria y en que se la consideraba como un atributo semi-divino, como la más grande expresión de la sabiduría (juicio salomónico). Relegada en lejanas épocas, a un papel sumamente secundario, colocábasela al nivel de las pruebas naturales imperfectas, como ser deposición de un testigo, confesión extrajudicial, etc. Desde entonces hasta nuestros días la prueba indiciaria ha recorrido un largo trayecto durante el cual su



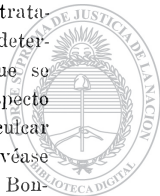
importancia ha ido creciendo cada vez más, así en la doctrina como en la legislación. Su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos científicos. Su prestigio se acrecienta por doble motivo, no sólo por el mayor crédito acordado a los indicios, sino por la desconfianza que comienzan a inspirar pruebas antes estimadas en alto grado, como la testimonial y la literal. Los progresos realizados por la ciencia, que han acrecido el viejo arsenal de los indicios, haciendo conocer otros nuevos y antes no sospechados (dactilogramas, caracterización de las manchas de sangre humana, etc.) y dándonos un conocimiento más completo de las leyes psicológicas y naturales han traído como consecuencia elevar a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presintiéndose desde ya el día en que llegará a ocupar en ella un puesto preeminente y en que se convertirá en la prueba por excelencia, en la reina de las pruebas (*probatio probatissima*, como se ha dicho de la confesión.)

II.—El primer hecho que debemos anotar al iniciar un estudio sobre la teoría de la prueba indiciaria es la gran confusión de ideas, la profunda anarquía de opiniones existentes entre los autores que han escrito sobre la materia. La terminología por ellos usada es vaga, personal, flotante. ¿Qué se entiende por indicio, por presunción, por sospe-



cha? Sobre esto, no siempre se acuerdan los tratadistas. Otro tanto ocurre cuando se trata de determinar la índole de la operación mental que se efectúa en el caso de que se trata, a cuyo respecto López Moreno insiste reiteradamente en inculcar la idea de que ella consiste en una inducción (véase págs. 318 y 325 de su tratado). Mittermaier y Bonnier hablan ya de inducción, ya de deducción, al referirse al proceso lógico indiciario. Por último, igual divergencia y falta de precisión en las opiniones encontramos en lo que se refiere a la importante y delicada cuestión de saber cuál es el fundamento racional de la prueba indiciaria, cuando se trata de certeza adquirida mediante concurso de indicios; así como también sobre el interesante punto relativo a las condiciones que deben reunirse para llegar a la certeza al usar este medio de prueba.

III.—¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de indiferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. ¿Cómo es que mediante un hecho comprobado podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor? Merced a una operación

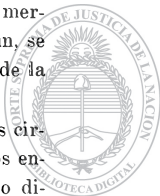


de la mente, como acabamos de adelantarlo, merced a una inferencia que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas.

En efecto, las cosas, seres y hechos que nos circundan, como nadie ignora, hallanse vinculados entre sí por relaciones diversas, de semejanza o diferencia, de causalidad o simple sucesión, de coexistencia, de finalidad, y, cuando se trata de hechos únicos, por las relaciones de lugar y de tiempo.

Todas estas relaciones constituyen infinidad de leyes que, para el objeto de que tratamos, son utilizadas en calidad de premisa mayor de un silogismo, cuyo término medio es el indicio o hecho conocido y cuya conclusión será el hecho desconocido, o sea el *indicado*, como también se le designa, aludiendo al indicio o hecho *indicador*.

El hallazgo de edificios arruinados, es indicio evidente de la existencia y acción del hombre; y esta afirmación, que reviste carácter de absoluta certeza, descansa en una deducción rigurosa que puede ponerse en forma de un silogismo cuya premisa mayor es esta ley natural, que ninguno osaría poner en duda: nadie edifica en la tierra en la forma que el hombre. ¿Fueron habitados los edificios en cuestión? A menos de poseer otros indicios susceptibles de llevarnos a una conclusión afirmativa o negativa, no podríamos aseverar al respecto nada



categorico, pues no es ley general y constante que el hombre necesariamente habite todos los edificios que construye (Ejemplos de López Moreno).

IV.—Se ve, por el ejemplo propuesto, que hay indicios o hechos indicadores que estaríamos autorizados a llamar seguros, infalibles, en cuanto llevan a conclusiones ciertas, indubitables, en tanto que otros sólo llevan a conclusiones más o menos probables, según el caso, pudiendo por tal razón aplicarse a estos últimos el calificativo de dudosos o probables. Tratándose de los primeros, la relación que une el hecho indicador o indicio, con el indicado desconocido, constituye una ley constante, general, inflexible; tratándose de los segundos dicha relación está constituida por una ley de carácter relativo, contingente, que sufre excepciones.

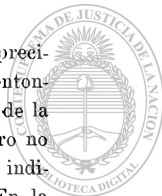
V.—¿Cuál es la naturaleza de la operación mental que ha intervenido en los ejemplos presentados? ¿Trátase de una inducción, como lo sostiene insistentemente López Moreno en su obra citada, o de una deducción pura, como otros autores lo afirman? Ninguna de estas opiniones es en un todo exacta y ambas contienen, sin embargo, algo de verdad. Al decir López Moreno que el procedimiento empleado en la prueba indiciaria es la inducción, olvida el distinguido tratadista que ésta concluye de lo particular lo general, que va del caso o casos a la ley. Ahora bien, en la inferencia indiciaria se va de la ley



o de las leyes al caso; el camino seguido es precisamente el inverso de la inducción. Se trata entonces de una deducción, dado que ésta concluye de la ley al caso, de lo general a lo particular. Pero no sería tampoco exacto decir que la inferencia indiciaria es siempre una deducción rigurosa. En la mayor parte de los casos ella es sólo una inferencia analógica, puesto que consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa.

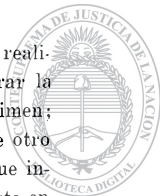
VI.—En efecto, en la inferencia indiciaria, la ley que le sirve de fundamento, que constituye la premisa mayor del silogismo correspondiente, no es siempre una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido común cuyo carácter es contingente. Que el autor de un crimen fuga o se oculta después de cometerlo, y recíprocamente, que todo el que fuga o se oculta es porque ha cometido un delito, no son verdades generales y constantes. Entretanto, de aquí se saca una generalización: el que fuga o se oculta es criminal, y esta generalización sirve de premisa para establecer que un sujeto determinado es autor de un delito.

No hay aquí, entonces, una deducción rigurosa, sino lo que los lógicos llaman un raciocinio por analogía o una inferencia analógica. Así, dos hombres tienen un mismo vicio, la embriaguez, un mis-



mo carácter violento, impulsivo, o bien han realizado actos parecidos: fugar, ocultarse, alterar la verdad. Uno de ellos ha sido el autor de un crimen; inferimos que el segundo es también autor de otro delito. Analizando el procedimiento mental que interviene en estos casos, hallamos que él consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa, ni más ni menos que cuando se trata del argumento comúnmente conocido con el nombre de “ejemplo”: mírate en el espejo de Fulano, si persistes en jugar. El raciocinio implícito es éste: los jugadores generalmente se arruinan (inferencia inductiva); es así que tú juegas, luego te arruinarás (inferencia analógica).

VII.—Toda incertidumbre inherente a la ley empírica y contingente que sirve de premisa á la inferencia analógica, afecta necesariamente á la conclusión que se saca. La conclusión está viciada de incertidumbre, de duda, es sólo probable. ¿En qué grado? Ello dependerá de las circunstancias especiales de cada caso. Sólo cuando la premisa mayor es una ley que no admite excepción, la inferencia revestirá el carácter de deducción rigurosa; pero ello, como hemos dicho, sólo ocurre en ciertos casos. Así, por ejemplo, cuando tomamos como premisa mayor de una inferencia el principio de que el que posee objetos robados es quien los sustrajo, y de aquí concluimos la culpabilidad en un robo, de

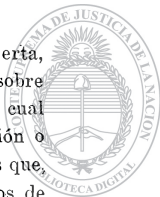


una persona determinada que posee objetos robados, la conclusión no es legítima, por ser demasiado absoluta, en cuanto la posesión pudo tener una causa lícita, compra, donación, etc. ¿Podríamos llegar a una conclusión cierta, limitando el alcance de la proposición, diciendo, por ejemplo, que la posesión de objetos robados es indicio de culpabilidad, siempre que el poseedor no justifique una posesión legítima? Evidentemente no, pues la proposición sería todavía demasiado extensa. No todo lo que es cierto y legítimo puede ser probado: un inocente estará a veces imposibilitado de probar el hecho que infirme o destruya el indicio que lo perjudica. Ocurre a veces que la posesión es vergonzante o delictuosa por otro concepto: se trata, por ejemplo, de un regalo hecho a una mujer casada por un amante, y esta razón es suficiente para que el poseedor no dé explicación alguna o no la dé satisfactoria; sin contar con que, a veces, se calla, o por temor, o por no comprometer a un tercero, que no siempre tampoco es culpable.

VIII.—Si la inferencia indiciaria fuera una verdadera inducción, según lo pretende López Moreno, sería siempre cierta, como lo es toda inducción. Entretanto, la inferencia indiciaria sólo es cierta por excepción, cuando se apoya en una ley general y constante, o sea, cuando deja de ser una inferencia analógica para convertirse en una deducción



rigurosa. Y decimos que toda inducción es cierta, porque, como es sabido, la inducción opera sobre casos absolutamente idénticos entre sí, para lo cual comienza por eliminar, merced a la abstracción o a la experimentación, todos aquellos elementos que, en la realidad objetiva, diversifican unos casos de otros e impiden, con su influjo, que pueda darse y percibirse la ley que rige todos los casos de la misma especie. Ahora bien, en la inferencia indiciaria de orden analógico rara vez el caso que hace el objeto de la inferencia es perfectamente idéntico al caso, o, mejor dicho, a los casos abstractos o a la ley que le sirve de fundamento; de cuya diferencia resulta que la conclusión, en la inferencia indiciaria, es susceptible de recorrer toda la escala de la creencia, desde la duda, por una parte, hasta la certeza, positiva o negativa, por la otra, lo que ha dado motivo a que los indicios se distingan en dudosos, leves, medianos y graves, que algunos llaman también vehementes o necesarios.





LECCION XII

FUNDAMENTO RACIONAL DE LA PRUEBA INDICIARIA

- I.—Determinación del problema.
- II.—Explicación y ejemplo de López Moreno.
- III.—Carácter incongruente y arbitrario de la explicación.
- IV.—Verdadero fundamento de la prueba indiciaria.



I.—Acabamos de ver que cuando la premisa mayor de la inferencia indiciaria no es una de esas leyes generales, constantes, que no admiten excepción, como por ejemplo: el hombre es mortal, no resucitan los muertos, nadie edifica en la tierra en la forma que el hombre, el término máximo de la gestación humana es de trescientos días, el embarazo prueba la cohabitación, la conclusión es sólo probable en mayor o menor grado, verosímil o inverosímil. Ahora bien, en la prueba llamada por concurso de indicios, que resulta de la utilización y combinación de varios indicios no necesarios, de varias inferencias indiciarias de carácter analógico ¿cómo es posible que con varias conclusiones sólo probables pueda llegarse a la certeza, a la con-

vicción profunda sobre la realidad de la existencia de un hecho? Antes de exponer nuestra opinión sobre el fundamento racional de la prueba indiciaria veamos, para fijar las ideas, lo que escribe al respecto López Moreno.

II.—“ La teoría de los indicios se reduce... a la teoría de las probabilidades. Conforme el hecho que el indicio marca reuna más probabilidades en pro y menos en contra así será de afirmar más o menos ciertamente. La prueba por indicios resulta del concurso de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que es el que se pretende averiguar. Nótese que la concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta las probabilidades de cada uno de ellos con una nueva probabilidad, que resulta de la unión de todas las otras, constituyendo una verdadera *resultante*” (*Op. cit.*, pág. 145).

“ Dijimos en otra parte que la teoría de los indicios venía a resolverse en el cálculo de las probabilidades y aquí vuelve a confirmarse aquel aserto: todo indicio produce mayor convicción, según que excluye mayor número de diferentes explicaciones del hecho. En el concurso las probabilidades en pro se suman por ser homogéneas, pues que todas conducen al mismo resultado, en tanto que las en contra, como heterogéneas, pues que conducen a hechos diferentes no pueden sumarse. De aquí que cada



nuevo indicio que concurre aumenta por extremo el grado de certeza, pudiendo ser tanto el número que, si no a la evidencia, se llegue á una convicción tal que permita obrar sin temor de engaño”.

“ En un ejemplo se verá prácticamente la verdad de lo afirmado en el párrafo anterior. Se trata de averiguar quién cometió un asesinato. A durmió la noche del crimen en la misma habitación en que B amaneció asesinado. Primer indicio, fundado en la relación de lugar y tiempo. Claro es que sólo por haber dormido en ella no se sigue absolutamente que él le matara. Pudo cometerse el delito después de su salida. Contando ésta como probabilidad en contrario resultan una en pro y una en contra. Segundo: A tiene una herida reciente en el pulgar de la mano derecha; pudo hacérsela al cortar un palo y también al herir a B. Ya son dos las probabilidades que nos resultan de que A fuese el asesino, mientras que sólo tenemos una de que no durmiera en la habitación y otra de que se cortase la mano al verificar cualquier acto que no fuese el de herir a B. Tercero: se encuentra a A el anillo que B llevaba en la mano. Pudo apoderarse de él al asesinarle y también habérselo dado la víctima. Aquella probabilidad conduce al crimen, y sumada con las anteriores da el número de tres, quedando aislada por heterogénea la probabilidad contraria. Cuarto indicio: se notan manchas de



sangre en la camisa de A. El supone que fueron producidas por la sangre de la herida que tenía en la mano, y que las lavó por no tener proporción de mudar camisa. El juez cree que las manchas proceden de la sangre de B, a quien asesinó A, y que las lavó para ocultar su crimen. Sumada esta probabilidad da el número de cuatro, y queda otra aislada en contra. Quinto indicio: B debió tratar de defenderse. Entre sus manos se encontró un pedazo de tela de algodón blanco, sin duda arrancado al agresor. La camisa de A se halla rota, y aunque no coinciden el pedazo con la rotura, tal vez porque habiéndose percatado éste de aquella circunstancia procuró borrar la huella del crimen, son de la misma tela, se hallan en el mismo estado de uso y deben suponerse parte de un mismo todo, acusando que A cometió el delito. Pero como por inverosímil que parezca, no es imposible que la camisa de A estuviera rota, y que la del asesino de B fuese de la misma clase de tela y estuviese en el mismo estado que la de A, no puede considerarse sino como una probabilidad, mayor o menor, en frente de otra probabilidad, por tenue que sea, el que fuese autor del asesinato; sin embargo, sumada con las anteriores da el respetable número de cinco, que con la enemistad que abrigaba contra B, constituyen *seis* hechos diferentes, que por *diferentes* vías vienen a indicar que A mató a B. Cada una de estas



probabilidades está, además, respecto de su contraria, en la relación de diez a uno o mucho más como las del indicio quinto; luego la suma es de sesenta contra una”.

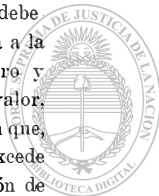
“ ¿Por qué no sumar también, se dirá, las probabilidades contrarias? Ya lo hemos dicho: porque se refieren a hechos diferentes, sin conexión alguna entre sí. ¿No sería posible darles carácter homogéneo, cierta unidad, reducirlos a un común denominador, por así decirlo, y sumarlos también?... ¡Tal es a veces la obra misteriosa de la casualidad! Si esos hechos aislados en que se fundan las probabilidades contrarias subsistieran, si fuesen ciertos, puestos frente a los que nacen de los indicios acriminativos, los destruirían, por aquello de que cantidades iguales con signos contrarios dan cero por resultado” (López Moreno, *Op. cit.*, págs. 254 y siguientes).

III.—Prescindiremos de algunas incongruencias e inverosimilitudes que presenta el caso artificial ideado por López Moreno para ilustrar sus ideas sobre el fundamento racional de la prueba indiciaria, tales como las de suponer que habiendo enemistad entre A y B pudieran dormir juntos en una misma habitación. No le reprocharemos tampoco como una grave falta la inadvertencia en que incurre al computar, por un solo indicio, el cuarto, cuando, en realidad, son dos: existencia de manchas



de sangre, lavado de las mismas. Pero, no debemos pasar en silencio una observación relativa a la manera de valorar las probabilidades en pro y en contra. Comienza por asignarles el mismo valor, igual a la unidad, menos en el quinto indicio, en que, según él, el valor de la probabilidad en pro excede al de la contraria, y concluye, sin dar la razón de sus afirmaciones, por sostener que las probabilidades en pro están, respecto de sus contrarias, en la relación de diez a uno, o mucho más, como la del inciso quinto.

Fácil es comprender que el valor de las probabilidades en pro o en contra, en cada uno de los indicios del ejemplo, tiene que variar en razón de las circunstancias especiales de cada caso. Tratándose del segundo indicio, por ejemplo, si A tiene una herida reciente en la mano derecha, que, por la posición, forma, estado, etc., parece haber sido producida al cometer el crimen, el inculpado será obligado a explicar la procedencia de dicha herida. Como se comprende, las soluciones en tal caso podrán ser diversas. Si A explica y prueba satisfactoriamente la procedencia de la herida, el indicio desaparece; si explica y prueba sólo imperfectamente (un solo testigo), si explica sin poder probar, si se contradice, si se niega a dar explicación, si la da, pero se comprueba la falsedad de ella, son situaciones distintas que asignarán al indicio un



valor diferente, que puede ir creciendo hasta producir una desigualdad muy grande entre el valor de la probabilidad en pro y el valor de la contraria.

En cuanto al acrecentamiento de valor de las probabilidades a favor, que aparecen en el último párrafo de López Moreno multiplicadas por diez sin que medie una explicación que dé razón del aumento, diremos que, abstracción hecha de los valores numéricos a que recurre el autor y que son completamente arbitrarios, el aumento de valor existe, sin embargo, debiéndose a una circunstancia que después haremos valer y justificaremos plenamente: la intervención del principio de confirmación.

Como se vé, el ejemplo presentado por López Moreno para ilustrar su teoría sobre el fundamento racional de la prueba indiciaria revela la imprecisión y confusión de las ideas del autor sobre el particular; confusión e imprecisión,—dicho sea en su descargo—general en todos los tratadistas que exponen este importante punto. La identificación que hace López Moreno entre los indicios y las probabilidades, computando cada indicio como una probabilidad en pro de la culpabilidad; su silencio en lo relativo al modo cómo deben buscarse, descubrirse y pesarse las probabilidades en contra; la calificación de homogéneas y heterogéneas aplicada a las probabilidades en pro y en contra, tan impropia que vuelve poco menos que imposible com-



prender por qué deben sumarse las primeras y las otras no; la falta de razones que hagan ver por qué la concurrencia de varios indicios aumenta las probabilidades de cada uno de ellos con una nueva probabilidad, la cual resultaría de la unión de todas las otras, según afirma y cree erróneamente el distinguido autor: todas estas y otras apreciaciones del mismo, demuestran plenamente la confusión e imprecisión de ideas que le hemos atribuido y justifican el intento, que pondremos en obra acto continuo, de ensayar la exposición de una teoría propia, más satisfactoria que las que corren, acerca del fundamento racional de la prueba indiciaria.

IV.—Para ello, supongamos el caso presentado como ejemplo por López Moreno, u otro análogo. Se trata de un conjunto de hechos circunstanciales entre los cuales existe un acuerdo perfecto; hechos susceptibles de servir de base a inferencias indiciarias convergentes, es decir, que llevan todas a una misma conclusión, designando a un sujeto determinado como autor del delito cometido. ¿Qué causas podrían explicar la existencia de ese sistema de indicios concordantes e inferencias indiciarias convergentes? Es evidente que tres causas y sólo tres podrían explicar racionalmente la existencia de tal sistema; y estas tres causas son: 1.^a la realidad del hecho señalado por los indicios; 2.^a La falsificación de la prueba,—es decir, la producción y combinación in-



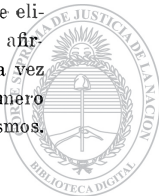
tencionadas de un sistema de indicios—efectuada por el culpable, para desviar a la justicia, o por un inocente, que teme pasar por inculpado, que quiere dar una broma, ejercer una venganza, etc.; 3.^a La reunión y combinación de circunstancias que simulan otros tantos indicios reveladores de un hecho no sucedido, reunión y combinación realizadas por efecto del azar o la casualidad.

Ahora bien, se comprende sin esfuerzo que, en la medida en que se elimine la probabilidad de acción de las dos últimas causas, la de la primera se hace cada vez más probable, y que, si mediante una serie de operaciones críticas y de verificaciones o comprobaciones llega a excluirse por completo o en una muy grande medida las dos últimas hipótesis, la falsificación de indicios y el azar, quedará sólo en pie la primera, la realidad del hecho indicado por el sistema de indicios, como la única explicación verdadera y racional de la existencia del referido sistema.

De lo dicho se desprende que el fundamento racional de la prueba indiciaria viene a ser, en el fondo, el principio de razón y que están en lo cierto los autores en el hecho de afirmar que la prueba por concurso de indicios se reduce en último análisis a un balance de probabilidades susceptible de provocar en el espíritu una certeza moral muy grande, que no alcanza, sin embargo, a la certeza pura y



simple, dado que nunca se halla rigurosamente eliminada la hipótesis del azar, pudiendo sólo afirmarse que la presencia de éste se vuelve cada vez más improbable a medida que aumenta el número de los indicios, y, sobre todo, el valor de los mismos.



LECCION XIII

EL AZAR Y LA PRUEBA FALSIFICADA

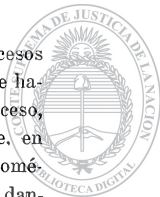
- I.—Concepto del azar. Influencia que ejerce en nuestros juicios.
- II.—El azar en la prueba indiciaria.
- III.—La falsificación de la prueba.
- IV.—Ejemplo de López Moreno: crítica.



I.—¿Qué es el azar o la casualidad? ¿Cuál es su naturaleza y su influjo en los fenómenos naturales y en los actos humanos? ¿Qué acción ejerce en nuestros juicios? Cuestiones son éstas que necesitamos abordar y tratar, aunque más no sea que sumarísimamente, para la mejor comprensión de nuestro asunto. Los problemas planteados han sido objeto, en este último tiempo, de numerosos estudios, por parte de lógicos, estadígrafos, sociólogos y matemáticos eminentes, que los han examinado desde los puntos de vista más distintos, llegando a las conclusiones más diversas. En medio de la discordancia y heterogeneidad de las opiniones, las ideas tienden, sin embargo, a aclararse respecto al concepto del azar, el cual parece consistir,

simplemente, en el encuentro de series o procesos fenoménicos independientes, es decir, que no se hallan unidos entre sí, o con otro fenómeno o proceso, por vínculos regulares de causalidad. Ocurre, en efecto, en la realidad objetiva, que, series fenoménicas no solidarias, se encuentran, interfieren, dando lugar a hechos nuevos. Tanto esos encuentros como sus efectos, considerados uno a uno, son irregulares, no obedecen a ley alguna. Pues bien, esos encuentros constituyen, precisamente, los hechos llamados de azar.

De consiguiente, el azar viene a ser en el universo algo así como el desorden, o, si se quiere, la ausencia de orden. Por tal razón, el azar es caprichoso, por lo mismo, imprevisible y, como consecuencia de ésto, inevitable en general. Suele tener también otro carácter: la rareza. El azar es en ciertos casos raro, el caso fortuito se presenta a veces con escasa frecuencia, tanto más escasa cuanto menos probabilidades de producirse o repetirse cuenta, en su favor, el encuentro que lo produce; lo que dependerá de la independencia o alejamiento existente entre las series fenoménicas cuyo encuentro constituye el caso de azar. Hay, pues, diríamos, grados en la azarosidad, si nos está permitida la expresión. Así, el color puede y suele repetirse diez, quince, hasta cerca de veinte veces seguidas en el juego de la ruleta; mientras que uno de los treinta



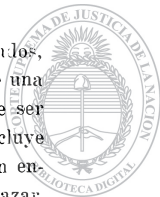
y seis números de la misma o el cero jamás han salido más de tres o cuatro veces seguidas, lo que se debe evidentemente a la desigualdad de probabilidades en uno y otro caso ($\frac{1}{37}$ en el segundo y $\frac{18}{37}$ en el primero).

Cuanto más grande sea el alejamiento de dos series fenoménicas independientes y cuanto más completa la falta de solidaridad entre ellas tanto más improbable será el encuentro de las mismas que dé lugar a un caso fortuito; de modo que, si éste llega a producirse, provoca en el espíritu una sorpresa, una impresión, tanto más intensa cuanto más improbable el encuentro. Que yo encuentre en mi camino a una persona que habita en la misma ciudad es un hecho que no desperterá mi atención; menos, aún, si se trata de un vecino, cuyo encuentro es siempre probable, y, menos todavía, si, nuestras salidas respectivas, se producen a las mismas horas por responder a idéntica causa: ir a ocupaciones análogas, dirigirnos a una misma ceremonia. Pero, que yo encuentre a alguien en el preciso instante en que pienso en él, me causará una ligera sorpresa, por tratarse del encuentro de series fenoménicas independientes: el proceso de mis ideas, regido por las leyes psíquicas de la asociación, etc., y la intersección de nuestros itinerarios del día, que responden a nuestras ocupaciones o diversiones respectivas.



De lo expuesto se desprende que hay grados, por decirlo así, en el azar; que éste, dentro de una cierta medida, es previsible; que, hasta puede ser sometido al cálculo; y, por último, que no excluye por completo la idea de ley, siempre que, bien entendido, no se trate de un caso aislado de azar, sino que se considere un número grande de casos, a fin de hacer posible que entre en juego la llamada *ley de compensación*, por cuya virtud se vuelve patente la regularidad, las leyes naturales, dentro de la irregularidad, el azar, como ocurre en el citado juego de la ruleta y en la determinación de leyes naturales o sociales por aplicación de la estadística (ley de los grandes números). Así, por ejemplo, en el juego de la ruleta, al cabo de un número elevado de golpes, los dos colores, que, en sólo diez o veinte tiradas, habrán salido en proporción muy desigual, llegan a equilibrarse.

II.—Si, volviendo a nuestro asunto, recordamos ahora el ejemplo de concurso de indicios presentado por López Moreno, no habrá dificultad en convenir en que dichos indicios constituyen otras tantas series fenoménicas independientes, cuyo encuentro,—cuando se hallan reunidas ciertas condiciones que después estableceremos — para simular un suceso que no existió en realidad, difícilmente podría ser producido por el azar. Sólo en casos rarísimos el azar realiza varias coincidencias o repite casos o



reune múltiples indicios absolutamente independientes, combinándolos, al propio tiempo, en forma tan perfecta como para dar la idea de la producción de un hecho que en realidad no existió; de modo que, cuando el número de los indicios y su alejamiento es grande, la creencia en la eliminación de la hipótesis del azar tórnase firme y suficiente como para producir en el espíritu la convicción de la realidad del hecho por ellos indicado. Sucede aquí como con las coincidencias múltiples, constantes y variadas, que, excluyendo la hipótesis del azar, atestiguan la existencia de las leyes naturales.

III.—Antes de mostrar cómo deben ser tratados los indicios para que puedan entrar en el cálculo de probabilidades a que se ha hecho referencia y para que, por su número y caracteres, lleguen a excluir en el espíritu la creencia, aun remota, en la acción del azar, es necesario dar una idea de la segunda causa a que, como dijimos, siempre es también posible referir la existencia de un sistema cualquiera de indicios convergentes: la falsificación de la prueba. Para comprender la posible intervención de este elemento bastaría que, en el ejemplo transcrito, supusiéramos algo que en la realidad acontece con frecuencia, a saber, que el inculpado A, sabedor de la muerte de B y temeroso de verse envuelto en el asunto sin ser culpable, hubiera realizado el acto de lavar las manchas de sangre com-

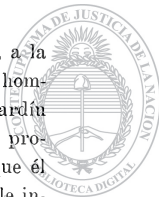




prometedoras (falsificación de prueba por un inocente) o bien que un tercero, verdadero autor del crimen, hubiera regalado a A el anillo de la víctima, para hacer recaer sobre él sospechas (falsificación de prueba por el culpable). El punto puede todavía ser ilustrado transcribiendo otro ejemplo ideado por el mismo López Moreno, aunque con un fin distinto del que nos ocupa: demostrar los peligros de la prueba indiciaria.

IV. — “A las doce de la noche, un hombre envuelto en lengua capa sepultó una y dos y tres veces el puñal homicida en el seno de su víctima, a quien estuvo aguardando como cazador en espera. Huyó el criminal, mas no de suerte que varios honrados vecinos, que a los ayes lastimeros de la víctima despertaron y salieron a sus ventanas, no viesen la dirección que tomó. Llegó el juez al lugar del suceso. Al lado del cadáver se encuentra aún el puñal ensangrentado que el asesino arrojó en su fuga. Entre sus crispadas manos la víctima conserva un pedazo de capa que arrancó al asesino. El juez recoge estos datos preciosos para descubrir al criminal. Pronto recaen sospechas en determinada persona. A tuvo una acalorada discusión con el interfecto algunos días antes. Varios testigos aseguran que A juró matar a B. He aquí el primer indicio. Otros afirman que el asesino corrió en la dirección de la calle donde se encuentra la casa de

A. Algunos deponen que a las doce, es decir, a la hora en que se cometió el crimen, vieron a un hombre saltar precipitadamente las tapias del jardín de la casa de A. El juez dirige contra éste el proceso. Hay ya bastantes indicios para creer que él pueda haber cometido el asesinato. Al recibirle indagatoria se le pone delante el puñal; y él, mudo de espanto, variada la color, visiblemente agitado y tembloroso, como si el peso del crimen le abrumara, niega que el arma sea de su propiedad. Sin embargo, más tarde se confirma por otros medios que, en efecto, el puñal encontrado cerca de la víctima pertenecía a A. Registradas sus habitaciones se encuentra en ellas una capa con manchas recientes de sangre. A esta capa le falta un pedazo. Se confronta el que se encontró en las manos del asesinado, y resulta ser del mismo paño y ajustarse perfectamente al roto de la capa. Reconocido aquél se descubren en su cara y manos algunos rasguños y ligeras contusiones. El, sin embargo, se mantiene negativo, protestando su inocencia. Siendo inútiles cuantas excitaciones se le hacen para obtener la confesión, y no existiendo ninguna otra clase de prueba se eleva la causa a plenario. He aquí los indicios que demuestran la criminalidad de A. 1.º Su enemistad con B. 2.º Las amenazas que le dirigió de matarle. 3.º El hecho de haberse dirigido el asesino, después de consumar su crimen hacia la





casa de A. 4.º El hecho de haber saltado un hombre con capa, a la misma hora, o poco después de la en que se cometió el crimen las tapias del jardín de la casa de A. 5.º El de pertenecerle el puñal con que fué herida la víctima y que se encontró al lado del cadáver. 6.º El negar este hecho, que se prueba plenamente por los medios ordinarios. 7.º Las manchas de sangre que se encuentran en su capa, y cuya existencia no explica satisfactoriamente. 8.º El pedazo de esa misma capa, hallado entre las manos de la víctima. 9.º Los rasguños y contusiones que, sin duda, recibió de B, pues no prueba haberlos recibido de otra manera.

“ He aquí un concurso de indicios tan completo como puede presentarse, como pocas veces, sin embargo, se presenta. ¿Qué juez no siente su conciencia tranquila al condenar al procesado? ¿Quién se atrevería a sostener, según el *curso natural* y ordinario de las cosas, que otro que A fuera el asesino de B? ¿Quién? Cualquiera que supiese que en la misma casa de A había otro hombre, C, uno de sus criados, que abrigaba enemistad mucho más profunda e irreconciliable hacia B, una de esas enemistades que hacen brotar en el pecho del hombre inextinguible sed de sangre y mortal deseo de venganza, tanto más profundas e invencibles cuanto más calladas. La mujer de C poseía la clave del misterioso suceso; pero nadie más que ella.

C se acostó aquella noche con otros dos compañeros suyos: luego que los advirtió dormidos, levántose cautelosamente, se acercó al sitio donde sabía que A guardaba un puñal, y se envolvió en la capa de éste, ya sin duda con el malvado propósito de alejar de sí toda sospecha. Salió de la casa sin ser advertido y volvió a ella de igual manera después de satisfacer su bárbara venganza. Poco más tarde descansaba al lado de sus compañeros, que aun permanecían en el primer sueño. Decid ahora que, según el curso natural y ordinario de las cosas, no pudo ser otro que A el asesino de B.”

Hasta aquí el melodramático ejemplo de López Moreno, en el cual no se trata solamente de “combinaciones de pura casualidad”, como lo da a entender a renglón seguido el autor, sino, ante todo, de una falsificación de prueba verificada por el verdadero criminal, con el deliberado propósito de eludir la acción de la justicia, despistando al juez instructor. A los indicios por él simulados con éxito insuperable,—lo que se debe a la rebuscada coincidencia de habitar la casa del acusado, de ocultar a éste su odio y propósitos de venganza, y, por último, de poder apoderarse de las prendas y armas de su patrón sin que se le advierta—a todos estos indicios falsificados agrégase uno, suministrado por el inculpado inocente, al negar pertenecerle el puñal con que fué herida la víctima y que se encontró



al lado del cadáver, y acumúlanse todavía otros, debidos a la mera casualidad: la enemistad, las amenazas de muerte, los rasguños y contusiones en cara y manos.



LECCION XIV

EXCLUSIÓN DEL AZAR Y DE LA FALSIFICACIÓN DE PRUEBA

- I.—Procedimiento para la exclusión de las hipótesis del azar y de la falsificación de la prueba.
- II.—Verificación, precisión y valuación de los indicios en bruto.
Concepto de sospecha, presunción é indicio.
- III.—Motivos y circunstancias infirmativas.
- IV.—Contrapresunciones y contraindicios.
- V.—Aplicación al ejemplo de López Moreno.

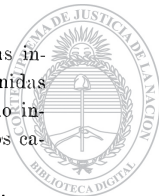
I.—Patentizada la posibilidad de intervención, en calidad de causas productoras de un sistema de indicios cualquiera, bien sea de la casualidad, bien de una mano oculta que simula intencionalmente los indicios, cabe preguntarse qué método deberá seguir el juez instructor en un caso dado, para excluir la acción de estas dos hipótesis. El problema, planteado en otros términos, consiste en averiguar cuál es el tratamiento, diríamos, materializando las cosas, a que deben ser sometidos los indicios, para que exista plena prueba por concurso de indicios, o, lo que tanto da, qué caracteres deben tener éstos y qué otras condiciones en cuanto



al número, valor, etc., de los mismos y de las inferencias indiciarias deben encontrarse reunidas para que la creencia en la existencia del hecho indicado por los indicios asuma en el espíritu los caracteres de la certeza.

II.—Pongámonos en el caso del descubrimiento de rastros, al parecer reveladores de un delito cometido. Hemos visto ya cuáles son las operaciones preliminares que se efectúa en casos como el supuesto. Recogidos, conservados y descriptos todos los rastros, vestigios, objetos, etc., encontrados, éstos sugieren hipótesis explicativas, indican, por ejemplo, a una persona determinada o a un individuo de cierta clase como presunto autor del crimen.

La indicación suministrada por cada uno de los rastros y circunstancias recogidos, es al principio vaga, imprecisa, indeterminada, haciéndose así necesaria una delicada y compleja labor, material y crítica a la vez, tendiente a verificar, particularizar y precisar los rastros recolectados y a ratificar o rectificar las inferencias correspondientes. Esta serie de operaciones dará o no por resultado que los rastros, objetos, etc., se transformen en indicios propiamente dichos; y no es posible comprender bien la verdadera naturaleza de éstos si no se les estudia *ab ovo*, si no se asiste a su nacimiento y se les sigue en todos los momentos de su evolu-



ción, desde que surgen como simples rastros, hasta que alcanzan su completo desarrollo como indicios; evolución durante la cual, como veremos, hállese también expuestos a abortar y a desaparecer, en calidad de indicios. Veamos cómo.

Supóngase que se han hallado huellas de pisadas. Examinadas éstas atentamente, se nota en ellas una particularidad que señala a determinada persona como presente en el sitio del crimen. El indicio es al principio vago, impreciso, no verificado y, como tal, susceptible de provocar sólo un juicio ligero, una *sospecha*, como se dice (*prueba de señales* o *por sospechas* llaman las Partidas a la indiciaria). Búscase verificar la suposición y se comprueba la imposibilidad absoluta de la presencia del sospechado en el sitio de la pisada: el indicio desaparece, al menos por este lado. Supóngase, por el contrario, que las huellas coincidieran perfectamente con el calzado y el andar peculiar del sospechado: el rastro se convierte en verdadero indicio, en cuanto indicador de otro hecho desconocido, la presencia del sospechado; indicio tanto más preciso, y por lo tanto grave, cuanto más individualizada sea la relación entre la huella encontrada y la huella del que se sospecha presente en el lugar del crimen y quizás presunto autor.

Otro ejemplo: el inculpado presenta en la mano una herida, que, por su forma y carácter, parece



producida al cometerse el delito, pues en éste ha habido fractura de cristales y las heridas del sujeto son, al parecer, ocasionadas por vidrios: he ahí una sospecha. El inculpado prueba suficientemente cómo se produjo la herida, o, a lo menos, que ya estaba herido antes del momento en que se cometió el delito: la sospecha se disipa, el indicio cae. Si no consigue el inculpado probar nada o hay motivos para creer que miente, la sospecha se fortifica; demuéstrese que el inculpado falsea la verdad, que las heridas debieron producirse como se pensaba: la sospecha se intensifica adquiriendo el valor de un juicio más fundado, transformándose en una *presunción*. El rastro, por su parte, se eleva a la categoría de un verdadero indicio.


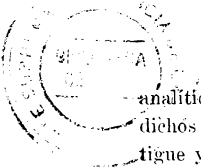
López Moreno contiene en su tratado (pág. 172) otro ejemplo ilustrativo de este proceso de individualización del indicio bruto, diremos. Se trata de una herida que el inculpado presenta, producida por un mordisco, cuya extensión, forma y demás particularidades coinciden admirablemente con todas las triscaduras, faltas de dientes, tamaño de la mandíbula y demás peculiaridades del asesinado, quien, por su parte, denota en sus dientes señales ciertas de haber mordido al agresor. La coincidencia se comprueba aplicando a la herida del acusado un modelo en yeso de la mandíbula del cadáver.



En resumen: la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino á la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (*lato sensu*) que requiere verificarse. La sospecha, sola o acompañada a otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada; pero, nunca, ser fundamento para una condenación: *Nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Trajanus rescripsit* (Ulpiano, l. 5, D. de *pæn*). Con la presunción avanzamos un paso en el sentido de despejar dudas y precisar el indicio, quedando, sin embargo, en pie, algún motivo para no estar completamente seguros de la conclusión. “Presunción, que tanto quiere decir como *grand sospecha*,” dicen las Partidas. Tal estado de ánimo autoriza a veces a tomar provisoria o anticipadamente como cierta la conclusión, como lo denota la etimología de la voz presunción (de *præ* y *sumo*, tomar antes; *sumitur pro vero*).

III.—Los ejemplos apuntados hacen ver que, en presencia de un rastro, vestigio, objeto o circunstancia cualquiera, de un indicio en estado bruto, susceptible de convertirse, por vía de análisis crítico, en verdadero indicio de un delito, el primer deber del juez instructor debe ser, ante todo, comprobarlos suficientemente por pruebas directas. y, en seguida, someterlos a una serie de operaciones





analíticas encaminadas a individualizar y precisar dichos rastros, para lo cual es menester que investigue y examine todos los hechos y circunstancias capaces de corroborar o de disipar sus primeros juicios. Cada rastro, vestigio u objeto, debe ser estudiado por separado y minuciosamente, en la forma y con el fin indicados, requiriéndose, a ese efecto, el auxilio del inculpado y su defensor, es decir, poniendo a éstos en el caso de que ayuden al juez, con sus indicaciones y alegaciones, a encontrar todos los hechos, motivos o circunstancias infirmativos, o sea, de índole a debilitar o a destruir la sospecha o presunción originada por el rastro, vestigio, objeto o circunstancia, quitando a éstos el carácter de indicios.

IV.—Todos estos motivos, circunstancias y hechos infirmativos, cuyo efecto, como acabamos de ver, es debilitar o destruir las sospechas o presunciones de culpabilidad, quitando a los rastros, objetos, etc., el carácter de indicios acriminativos, pueden llamarse, en contraposición a los primeros, “indicios de inocencia”. En la doctrina se les designa con los nombres de contrapresunciones y contraindicios, haciéndose consistir la diferencia, entre unas y otros, en el hecho de que las primeras nunca llegan a destruir por completo el indicio respectivo, al contrario que los últimos; por donde se ve que la diferencia entre las contrapresunciones

y los contraindicios parece corresponder a la que suele hacerse entre las presunciones, o sea las inferencias indiciarias que admiten la posibilidad del hecho contrario, y los indicios *stricto sensu*, o sea aquellos rastros tan individualizados, concretos y precisos que la inferencia, en ellos basada, tiene fuerza concluyente, explicándose, en tales casos, el conocido aforismo de los ingleses: *facts cannot lie*: los hechos no mienten. Se explicará, también, después de lo expuesto, por qué se ha afirmado que la *presunción es la certeza de las gentes ligeras*, y por qué dijo D'Aguesseau de las *sospechas* que eran *el crimen de los hombres de bien*.

V.—Aplicando estas observaciones al ejemplo ideado por López Moreno, tendríamos que no basta haya habido enemistad entre el muerto y el inculpado, ni que éste haya amenazado a aquél, para que, sin mayor examen, se computen ambos hechos como verdaderos indicios de culpabilidad del amenazante. Así, en lo que respecta a la amenaza ¿era el inculpado capaz de poner en obra sus palabras, o amenazó, como tantos otros, por fanfarronería o en un raptó colérico fugaz? Sus antecedentes, su carácter, sus condiciones, su posición social, su propio interés ¿no atestiguan la inverosimilitud de la suposición que lo considera capaz de cumplir su amenaza? Sólo después de verificar uno a uno todos estos motivos y hechos infirmativos, la amenaza



puede ser tomada en cuenta en calidad de indicio y con el valor que le asignen las circunstancias del caso, valor que puede ser grave, mediocre o leve, sin contar con que las contrapresunciones o contra-indicios han podido reducir a cero ese valor. Y lo mismo que acabamos de decir de la amenaza, puede ser repetido con relación al indicio enemistad.

Ha sido necesario que López Moreno olvidara todo esto, y acumulara, en el ejemplo transcripto, una serie de inverosimilitudes y de sorprendentes combinaciones del azar, difíciles de producirse en la realidad, para que el caso por él imaginado cobrara el aspecto impresionante que se propuso darle a fin de mostrar los innegables peligros de la prueba indiciaria. Nadie pone en duda tales peligros, y todos convienen, sin dificultad, en que el manejo de esta prueba requiere en los magistrados dotes innatas de sagacidad y sólida cultura científica, especialmente psicológica, para no exponerse a caer en errores lamentables, sea absolviendo a un criminal, sea, lo que es todavía peor, condenando a un inocente.

Sin salir del ejemplo de López Moreno cabe preguntarse aún cómo no se hizo el juez instructor, antes de elevar el asunto a plenario, multitud de preguntas que lo hubieran llevado tal vez a dudar del valor de ciertos indicios, como las siguientes, que pudieron orientar la pesquisa por otro lado y ha-



cerle sospechar la falsificación de prueba: ¿qué necesidad tenía el presunto culpable de entrar a su casa, después de cometer el crimen, saltando la tapia del jardín y no por la puerta de calle? ¿Cómo no intentó ocultar o destruir la capa rota y las manchas de sangre, o lavó éstas al menos? ¿Cómo pudo dejar abandonado en el lugar del crimen el puñal que lo denunciaría? Estas tres circunstancias reunidas, aun ignorándose por el público y hasta por el patrón del sirviente asesino, la “irreconciliable enemistad, inextinguible sed de sangre y mortal deseo de venganza” de este último hacia el asesinado ¿no hacen sospechar que ha podido ser otro que el acusado el matador y que uno se halla quizá en presencia de un caso de falsificación de prueba?

Al presentar las consideraciones que acaban de leerse no nos guía un espíritu de crítica negativa, sino el propósito de hacer ver que el juez no se encuentra inerte y sin recursos en presencia de un grupo de indicios que, a primera vista, llevan a una conclusión tal vez falsa. Sometidos los aparentes hechos indicadores a un análisis crítico de la índole del que dejamos descripto, es difícil, por no decir imposible, que los indicios falsificados, o aquellos cuya existencia es sólo debida a la acción del azar, no queden destruídos,—como indicios, se entiende—por la acción de algún contraindicio, o no salgan por lo menos del crisol del análisis con un



peso tan exiguo, con un valor tan feble, que, al entrar en el pesaje de las probabilidades de culpabilidad e inculpabilidad, resulten ineficaces para inclinar el fiel de la balanza del lado de las primeras.



LECCION XV

EL PRINCIPIO DE CONFIRMACIÓN

- I.—Combinación o síntesis de los indicios.
- II.—Los principios de concordancia y de convergencia en la doctrina: confusión al respecto.
- III.—Ineficacia de la explicación sobre sus efectos.
- IV.—Desdoblamiento y unificación del principio: concordancia de indicios; convergencia de inferencias indiciarias: el principio de confirmación.
- V.—Razón de la concordancia.
- VI.—Ejemplos ilustrativos de concordancia de indicios.
- VII.—Efectos de la concordancia: su razón.
- VIII.—Contraprueba: efectos de la discordancia.

I.—Una vez verificados, precisados y valuados los indicios tiene lugar su combinación o síntesis. Esta operación se efectúa, puede decirse, por sí sola en el espíritu. Cada indicio va en él a tomar su colocación respectiva, cada hecho o circunstancia accesoria van a coordinarse con las demás circunstancias y hechos y a dar lugar a la reconstrucción del hecho principal con sus pormenores más importantes o interesantes. Esta síntesis de los hechos indicadores constituye, como veremos, una nue-



va piedra de toque para aquilatar la exactitud y valor de los indicios, así como también para excluir la posibilidad de intervención del azar o de la falsificación de la prueba. El resultado de la operación puede ser igualmente el de dar a cada uno de los indicios un valor mucho mayor que el que tenían, individualmente considerados. Tratemos de explicar ambas consecuencias.

II.—Al ocuparse en la prueba por concurso de indicios e intentar establecer qué condiciones deben éstos reunir para hacer plena prueba, los autores exigen, uniformemente, la concordancia o convergencia de los indicios, pero sin detenerse a precisar en qué consiste esta condición, y dando además por sentado que concordancia o convergencia son cosas equivalentes.

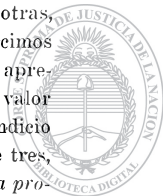
III.—Refiriéndose asimismo al aumento de valor que cobran los indicios por virtud de su reunión suelen explicar el hecho diciendo que ello es debido a que unos indicios “corroboran” o “confirman” a los demás; lo que, en realidad, nada explica, pues sería el caso de preguntar, por qué y cuándo es que los indicios se corroboran o confirman.

López Moreno ensaya, a este respecto, una explicación poco feliz: “nótese, dice, que la concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta las probabilidades de cada uno de ellos con una nueva pro-



habilidad que resulta de la unión de todas las otras, constituyendo una verdadera resultante”. Decimos que la explicación es poco feliz, en cuanto el apreciable autor no nos dice cómo y por qué el valor igual cinco, diremos, para fijar ideas, de un indicio *a*, que se une a un indicio *b*, cuyo valor es de tres, aumenta las probabilidades de *a* con una nueva probabilidad que resulta de la unión de las probabilidades de *b*. Según los términos de López Moreno, no habría aquí sino una mera suma, una resultante, como él mismo dice, sin que se note aumento alguno en el valor o peso de las fuerzas o elementos que se combinan. El hecho, indicado aunque no explicado por López Moreno, es real, sin embargo. Hay, o mejor dicho, puede haber en la reunión de indicios, aumento en el valor de los mismos, y el resultado de su unión, cuando la concordancia es perfecta, no es una simple suma, sino un producto. Antes de demostrarlo, haremos ver en qué consisten la concordancia y la convergencia y a qué se deben.

IV.—Observaremos, desde luego, la confusión de ideas e incorrección de todos los tratadistas al emplear las palabras concordancia, convergencia, concurrencia y otras análogas, como sinónimas. Así, López Moreno, escribe: “cuando varios hechos diferentes se relacionan por diverso modo con un tercero, induciéndose (*sic*) éste de aquéllos por distintos caminos, resulta lo que se llama *concurrencia*



o *convergencia* de los indicios, y constituida la prueba artificial.”

Para nosotros concordancia y convergencia son cosas diferentes: la primera se refiere á los indicios o hechos indicadores, la segunda a las deducciones o inferencias indiciarias. Son éstas, son las deducciones o inferencias formadas con los indicios las que convergen o concurren a un mismo punto, esto es, a una misma conclusión, por ejemplo: fulano es el autor. En cuanto a los indicios ó hechos indicadores no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensambлан los unos con los otros, de manera a constituir un hecho natural, lógico, coherente. ¿Y por qué esta concordancia de los indicios o acuerdo de los hechos? Lo hemos ya insinuado: porque siendo los indicios hechos accesorios de un hecho principal, o partes circunstanciales de un suceso único, de un pequeño drama humano, deben necesariamente obedecer a la ley de las tres unidades, de tiempo, de lugar y de acción; de modo que cada indicio, como los episodios de una tragedia, estará obligado, al combinarse con los otros, a tomar su lugar correspondiente en el tiempo y en el espacio, y todos a coordinarse entre sí, cada uno según su carácter o naturaleza, según las relaciones de causa a efecto,

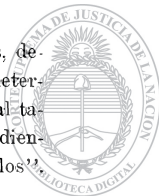


de medio a fin, de coexistencia, etc. que los vinculan, y en conformidad con las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, empleando la fórmula de Montesquieu.

V.—Explicado en qué consiste la concordancia o acuerdo de los hechos y cuáles son sus causas, tócanos determinar sus efectos con relación al valor de los indicios; pero, antes de entrar a este asunto, aclararemos la noción un tanto abstracta, y por lo mismo vaga, de la concordancia, presentando algunos ejemplos que la tornen fácilmente comprensible.

Supóngase que, en el caso de un homicidio, el asesinado ofrezca multitud de heridas o bien ciertas mutilaciones características que denotan furia, ensañamiento o espíritu de venganza. Pruébese que había odio o causa poderosa de odio entre el inculpado y la víctima: el hecho indiciario *heridas múltiples e innecesarias* o *mutilaciones características*, concuerda con el hecho indiciario *odio* probado o presunto, y ambos pueden concordar todavía con otros hechos indicadores tales como: *amenazas* de muerte del procesado hacia el asesinado, *carácter vengativo* en el primero, y hallazgo en el lugar del crimen de un *arma* perteneciente al mismo, en total cinco indicios concordantes. En la obra de López Moreno (pág. 251) encontramos un caso que puede también servir de ejemplo de acuerdo de los





hechos: “*a*, según demuestran varios indicios, debió ser quien cometiera tal o cual delito en determinado día. Resulta que ese día *a* no asistió al taller donde trabajaba. Esta omisión. . . . coincidiendo con los otros indicios “viene a corroborarlos”

VI.—Llegamos ahora a los efectos de la concordancia. ¿Por qué razón varios indicios concordantes aumentan individualmente su valor, en forma que la resultante de los mismos está expresada por el producto y no la simple suma de sus valores individuales? O, en otros términos, ¿por qué los indicios concordantes se “corroboran” o “confirman” recíprocamente, haciendo nacer en el espíritu la creencia en la realidad del hecho por ellos indicado?

A nuestro juicio, ello es debido simplemente a uno de los caracteres que reviste el azar, en casos determinados, según lo hemos dejado explicado antes de ahora. Ese carácter no es otro que la rareza, la improbabilidad grande del encuentro de varias series fenoménicas muy distantes entre sí. Que el azar o una mano oculta reunan dos o tres hechos indicadores que señalan a alguien como autor de un delito, no es, en rigor, difícil de ocurrir; pero que combinen los hechos indicadores en una forma perfecta, con un ajuste completo, es ya muy improbable, es casi inverosímil que suceda. Así, que se mate a alguno precisamente con el arma de quien lo odiaba; que, al propio tiempo, sea éste de ca-

rácter vengativo (el odio y la venganza no van siempre juntos); que pertenezca también al grupo reducido de los que, habiendo amenazado, ponen en obra lo prometido, son ya tres hechos indicadores que, plenamente comprobados, darían pie a la suposición de que el sujeto por ellos indicado como presunto homicida puede serlo en realidad.

Si nos fijamos bien, este acuerdo, este ajuste perfecto de los hechos indicadores viene a constituir, en cierto modo, un hecho nuevo, cuya aparición tiene por consecuencia reforzar en nuestro espíritu el valor asignado a los hechos indicadores al estudiarlos uno a uno antes de combinarlos en una síntesis.

VII.—Y, así como este ajuste o acuerdo de los hechos aumenta su valor individual respectivo, es también cierto, por otro lado, que el desacuerdo de los mismos daría por resultado restarles valor, y, probablemente, destruirlos como indicios, o, a lo menos, producir en nuestro espíritu la duda sobre la realidad del hecho atestiguado por aquéllos. Con razón decíamos anteriormente que este acuerdo o ajuste de los hechos constituye una nueva piedra de toque para aquilatar la exactitud y valor de los indicios, así como también para excluir la probabilidad de intervención del azar o de la falsificación de la prueba. En efecto, no ya el desacuerdo total de los indicios, sino la mera discordancia de un



solo indicio, bien comprobado, con los demás, sería suficiente para introducir la duda en nuestro espíritu y para hacernos sospechar en la acción del azar o en la existencia de falsificación de prueba. Así, en el último ejemplo de López Moreno, bastaría se probara que el día del crimen *a* asistió al taller donde trabajaba, para que el acuerdo de los hechos desapareciera, y, por consiguiente, todo el sistema de indicios que señalaban a *a* como autor del delito, cayera por su base.

Una observación, para concluir. El método estadístico, que es también un procedimiento compuesto, a la manera del reconstructivo cuyo estudio realizamos, basa sus inferencias y conclusiones en el “principio de compensación”, así llamado por el filósofo Cournot que desentrañó sus causas y efectos. De un modo análogo, diremos también nosotros que el método reconstructivo, y, por lo tanto, las ciencias a que se aplica, entre las cuales se cuenta la critología o ciencia de la prueba, apoyan sus afirmaciones y verdades en el principio que llamaremos “de confirmación”, del que la concordancia o acuerdo y la concurrencia o convergencia no son sino manifestaciones, en cuanto causas.



LECCION XVI

CONDICIONES DE LA PRUEBA POR CONCURSO DE INDICIOS



- I.—Diversas clases de condiciones.
- II.—Condiciones referentes a los indicios.
- III.—Idem a la combinación de los indicios.
- IV.—Idem a la combinación de las inferencias indiciarias.
- V.—Idem a las conclusiones.

I.—Los detenidos análisis y comentarios de las lecciones anteriores, nos han facilitado la tarea, que nos proponemos ahora emprender, consistente en fijar las condiciones necesarias y bastantes para que pueda haber prueba por concurso de indicios. Dichas condiciones se refieren:

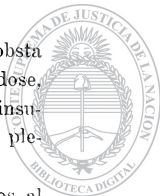
- a)* A los indicios o hechos indicadores.
- b)* A la combinación o síntesis de los indicios.
- c)* A la combinación de las inferencias indiciarias.
- d)* A la conclusión de las mismas.

II.—*a)* 1.º Los indicios deben hallarse desde luego comprobados y esta comprobación necesita ha-

cerse por medio de pruebas directas, lo que no obsta a que la prueba pueda ser compuesta, utilizándose, al efecto, pruebas directas imperfectas, o sea, insuficientes para producir cada una por separado plena prueba.

2.º Deben los indicios haber sido sometidos al análisis crítico encaminado a verificarlos, precisarlos y valuarlos, de cuyo análisis habrán salido, si no con un valor numérico, provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves. Sobre la cuestión de saber si estos últimos pueden ser tomados en cuenta divergen los autores, pues mientras unos los rechazan, otros, como Bentham, sostienen que no debe desdeñarse indicio alguno, por leve que sea, en el cómputo final de indicios. Tal es nuestra opinión.

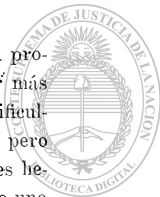
3.º Deben también los indicios ser independientes, en varios sentidos. Primeramente, en cuanto no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen por respecto a su prueba; en segundo lugar, tampoco deben considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio. Framarino ilustra este último punto con el siguiente ejemplo: “uno habrá visto a Ticio salir de casa precipitadamente; otro le habrá visto atravesar corriendo una plaza; otro, en fin, tomar un carruaje y partir a la escapada. Estas tres declaraciones no sirven para dar fe más que de un solo hecho indi-



ciario, la fuga, y este hecho, por más que sea probado de mil maneras, nunca podrá constituir más que un solo indicio." Por mi parte, no tengo dificultad en asentir a la afirmación de Framarino; pero haré notar, sin embargo, que si bien estos tres hechos no constituyen tres indicios distintos, sino uno solo, no obstante, se corroboran entre sí, lo que puede tener su importancia. Si estos tres hechos están bien comprobados es evidente que dan mayor fuerza a la afirmación de la fuga de Ticio, y ello no es indiferente, pues quizá Ticio ha intentado el *álibi* produciendo prueba de que no salió de su casa o de que se hallaba ausente en lugar lejano.

III.—b) 4.º Que sean varios, cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción.

Las opiniones de los autores son también dispares a propósito de la condición que acabamos de establecer. Unos, como López Moreno, creen que nunca un solo hecho conduce por el raciocinio a la certeza absoluta (pág. 254), por lo cual exigen por lo menos dos indicios concurrentes y graves para hacer prueba de un hecho (pág. 258). En algunas legislaciones este *mínimum* de indicios necesarios para hacer prueba se fija en el número de tres. En frente de estas opiniones y de la de Mittermaier, quien opina que, por lo que toca al número, el único principio admisible es que debe



haber concurso de varios indicios, hallamos las de otros autores, entre ellos Bonnier, (*Op. cit.*, II 369), los cuales piensan que un solo indicio puede ser decisivo en ciertos casos, aunque sin dar mayores explicaciones sobre el particular.

El principio que hemos dejado establecido es claro, y no puede suscitar duda de ninguna especie después de las consideraciones y desarrollos en que hemos entrado en la lección XI, en la cual hicimos ver que hay casos en que la deducción es concluyente, en que no existe incertidumbre de ninguna especie en la conclusión de la inferencia indiciaria. Tratándose de indicios de esta clase, que hemos calificado de vehementes, y que algún autor llama necesarios (Framarino *Op. cit.* I, 271; Ellero, *Op. cit.* 102 y 163), basta, pues, uno sólo, para establecer ciertamente un hecho. Cuando los indicios no revisten este carácter se necesitará el concurso de varios para llegar a la certeza, no pudiéndose racionalmente fijar número alguno mínimo, necesario y suficiente para producir la convicción. Ese número variará, según las circunstancias de cada caso, o sea, según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación. La regla aplicable en este punto es la misma que se formula con respecto de los testigos: los indicios se pesan, más que se cuentan; y la mejor prueba de ello es que un solo indicio infirmativo, el *álibi* o *negativa loci*, destruye



por completo todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes.

5.º Que sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí, de manera a producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, el lugar y demás circunstancias, según lo hemos dejado claramente esclarecido en el capítulo XV

IV.—c) 6.º Que las inferencias indiciarias sean convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas; requisito que ha quedado ya también dilucidado explícitamente en el citado capítulo XV.

V.—d) 7.º Que las conclusiones sean inmediatas, lo cual debe entenderse en el sentido de que no se haga necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos, o sea de lo que los lógicos llaman un sorites.

8.º Que las conclusiones excluyan las hipótesis de la acción probable del azar o de la falsificación de la prueba. La convicción del juez sobre la realidad de la existencia del hecho indicado por los indicios debe ser tal que no deje lugar a duda alguna razonable, como sientan los prácticos del derecho procesal (Mittermaier, *Op. cit.* pág. 404; Framarino *Op. cit.* I, 271).





LECCION XVII

LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LA PRUEBA INDICIARIA

I.—Naturaleza de las presunciones legales: opiniones contradictorias.

II.—Tesis de Belime: refutación.

III.—Toda presunción atañe a la prueba.

IV.—División de las presunciones legales. Ejemplos.

V.—Teoría del profesor.

I.—No tendríamos una idea completa de la prueba indiciaria si no abordáramos el estudio de otra cuestión respecto de la cual reina también gran disparidad y confusión de ideas entre los autores: la que consiste en determinar cuál es la verdadera naturaleza de las llamadas “presunciones legales” y cuáles son el fundamento y efectos de las mismas. Tal será el objeto de la presente lección.

Sabido es que, tanto la ley civil como la criminal, crean o establecen presunciones llamadas *legales*, en cuanto reconocidas e individualizadas en la ley, y a las que, desde cierto punto de vista, suelen contraponerse las denominadas *judicis* o *judiciales*.



por ser el juez quien las crea y utiliza, y también *hominis*, de hombre, por ser formadas en el espíritu de los magistrados, ni más ni menos como en el de un simple particular.

¿En qué consisten y qué importan las llamadas presunciones legales? He aquí una cuestión respecto de la cual aun no se han puesto completamente de acuerdo los tratadistas, existiendo al respecto dos opiniones contradictorias. Sostiene una de ellas que las presunciones legales son una verdadera prueba o medio de prueba (Garçonnet, López Moreno, Lessona), mientras que, según la otra, constituyen simples hechos que sirven de fundamento a derechos conferidos o negados por la ley (Belime, *Philosophie du Droit*, Tomo II, página 611).

II.—Desarrollando su tesis dice este escritor que una prueba es un hecho que demuestra la existencia de otro hecho, y que, por consiguiente, cuando, por ejemplo, la ley crea la presunción de que los hijos concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido, no declara, propiamente, que ese hecho esté comprobado, en cuanto el niño puede ser adulterino, sino que el hijo es legítimo, porque la ley, fundada en razones de orden público, así lo ha querido. Otro tanto ocurre, según el citado autor, con relación al principio de autoridad de la cosa juzgada o presunción legal de verdad, como



suele llamársele. La cosa juzgada está tan lejos de revestir el carácter de un hecho probado, que, como es sabido, ella no tiene vigor sino entre las partes que figuraron en el pleito. Ahora bien, un hecho no puede existir para tal persona y dejar de existir para una persona distinta. Luego, concluye Belime, las presunciones legales no son pruebas o medios de prueba establecidos por la ley, sino hechos en que la ley se basa, por razones de orden público, para declarar adquiridos o perdidos ciertos derechos.

Para nosotros, ambas opiniones son erróneas, en cuanto exclusivas. Lejos de contradecirse entre sí, pueden, al contrario, conciliarse perfectamente. Para disipar, desde luego, la duda de Belime, basta recordar la distinción que hacen todos los autores, y por nosotros ya explicada en la lección quinta, entre la verdad formal y la verdad material. Teniendo presente esta distinción, queda, a nuestro juicio, salvado el reparo opuesto por Belime, de que la presunción no es prueba, en cuanto el hecho por ella indicado puede en realidad no existir.

III.—Esto sentado, observemos que todos los preceptos esparcidos en los códigos por los que se crea presunciones, son relativos a la prueba, son normas por las cuales se impone un determinado medio de prueba, el indiciario, y en las que se exige a una parte de la obligación de probar otro he-



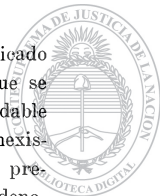
cho que el indicador del hecho que alega para fundar su derecho, arrojando la carga de la prueba de la inexistencia de este hecho decisivo en la *litis* sobre los hombros de su adversario o negando a éste la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo. ¿Qué es una presunción legal, ya sea *juris et de jure*, ya sea *juris tantum*? No es otra cosa que un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente. Por manera que una presunción cualquiera, no importa otra cosa que la prueba indiciaria impuesta por el legislador para la evidenciación judicial de ciertos hechos, siendo de notar todavía que, en casos tales, un solo hecho indicador, un solo indicio es considerado necesario y suficiente para dar por averiguado el hecho decisivo del proceso.

IV.—Al imponer tal medio único de prueba, el legislador se apoya, sin duda, en la existencia de alguna ley natural que la observación de la realidad ha puesto de manifiesto. La experiencia enseña que, dado tal hecho o indicio, otro cierto hecho con él vinculado debe tenerse o suponerse como acaecido. Debe tenerse o suponerse simplemente como acaecido, decimos, y en esta disyunción, en este doble efecto, hace la ley radicar la diferencia entre las presunciones llamadas *juris et de jure* y las denominadas *juris tantum*.



Hay casos en que el hecho principal o indicado debe tenerse por existente o sucedido, así que se ha probado el hecho indicador, sin que le sea dable al perjudicado por ese efecto demostrar la inexistencia del hecho indicado. En estos casos la presunción creada e impuesta por la ley es la denominada *juris et de jure*, la que suele reposar, de ordinario, en alguna ley natural, general y constante. Tales, por ejemplo, las presunciones relativas a la fecha de la concepción de los hijos; fecha que la ley supone ligada a la del nacimiento por leyes biológicas permanentes e inflexibles (véase arts. 240 a 244 del Código civil argentino). Sin embargo, a veces se basan en leyes naturales que sufren excepción, pero que es indispensable tener como generales e inflexibles porque así lo exigen las necesidades sociales, el orden público; así, la presunción de certeza de todos los fallos judiciales o principio de autoridad de la cosa juzgada, que se basa en esta ley empírica: la mayor parte de las sentencias son justas, ciertas. Habrá, sin duda, sentencias erróneas, puesto que *errare humanum est*; pero el orden público exige imperiosamente que todos los fallos debidamente dictados se consideren como ciertos, y sean, por lo tanto, incommovibles.

Frente de estas presunciones existen las llamadas *juris tantum* o *juris* simplemente, como la creada por el artículo 245 de nuestro código civil,



según la cual el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Básiase esta presunción en que, según el curso ordinario de las cosas, la virtud de las mujeres es la regla y el vicio la excepción; de que, por consiguiente, la mayoría de los hijos concebidos durante el matrimonio han sido engendrados por el marido; de donde resulta que el matrimonio con la madre del niño hace bastante verosímil la paternidad legítima. Pero, como en este caso no hay razones sociales o morales para impedir al esposo que niegue la paternidad, y, por el contrario, el orden público y la honestidad de las costumbres exigen se acuerde el derecho de establecer el adulterio del cónyuge, la ley admite que la presunción por ella creada pueda ser destruída por una prueba contraria, que la presunción ceda ante la realidad.

Los jurisconsultos ingleses han adoptado dos vocablos que expresan admirablemente la diferencia entre estas dos clases de presunciones cuyas bárbaras denominaciones usuales provienen de la baja latinidad: llaman, a las últimas, *disputable*, es decir, discutibles, que pueden ser puestas en duda por las partes y ser objeto de discusión y de comprobación en el juicio, y *conclusive*, esto es, perentorias, imperativas, que deben ser tenidas por verdades inanalizables, indiscutibles, a las primeras.



V.—Es difícil explicarse cómo no ha percibido Belime que las presunciones legales atañen a la prueba. Si se examinan los preceptos que las crean se observa que, en todos ellos, se manda tener por cierto un hecho, siempre que otro hecho, con él vinculado por alguna ley natural, haya sido comprobado judicialmente. Así, se ordena perentoriamente tener por producida la concepción en el intervalo comprendido entre los 300 y los 180 días anteriores al nacimiento. Ahora bien, ¿qué importa el dar por probado un hecho siempre que otro hecho con él relacionado haya sido evidenciado en juicio? Importa simplemente imponer la prueba indiciaria y obligar al juez a tener la certeza de un hecho con ayuda de un solo indicio. Razón sobrada existe, pues, en afirmar que las presunciones legales constituyen, desde luego, preceptos que atañen a la prueba,—y aun más, a la prueba indiciaria, agregaremos por nuestra parte—no obstante que ellos suelen estar contenidos en leyes de fondo.

Pero, y en esto tiene razón Belime, las presunciones legales no son meras disposiciones de carácter adjetivo, como diría Bentham, en cuanto, al dictarlas, el legislador persigue, además, otra finalidad distinta de la que consiste en establecer los medios de comprobar los hechos en los juicios, y esa finalidad no es otra que la de reconocer o declarar derechos e imponer obligaciones. En las llama-



das presunciones legales la ley no se limita a preceptuar la forma o a indicar el medio de comprobar judicialmente un hecho, sino que, al propio tiempo, hace derivar del mismo determinados efectos jurídicos. Así, del hecho de que la concepción del hijo se tiene siempre por producida en los primeros 120 días de los 300 que preceden al nacimiento, fluirán conclusiones jurídicas importantes, resultando, según el caso, que tal hijo será o no legítimo, y, por lo tanto, que gozará o no de tales derechos, que participará o no de tales bienes hereditarios. Supóngase, por ejemplo, que a una mujer que enviuda le naciera un hijo después de los 300 días de fallecido el esposo, ¿cuál sería la condición de ese hijo? Sería natural, si la viuda no contrajo nuevas nupcias; y si las contrajo y el hijo hubiera nacido no después sino antes de los 300 días del deceso de su anterior marido, sería legítimo, ya del disuelto, ya del nuevo matrimonio, según las circunstancias (artículos 275 a 278).

Resulta de esto que las presunciones legales son, a la vez que preceptos adjetivos, disposiciones sustantivas; que reconocen derechos y obligaciones o estados personales de que fluyen derechos y obligaciones. Al propio tiempo, establecen la forma de hacer valer derechos judicialmente, indican el medio de comprobarlos ante los tribunales. De consiguiente, y en virtud de esta doble finalidad, de esta



dualidad de contenido de las presunciones legales, resulta que estas son disposiciones *híbridas*, leyes de fondo y de forma a la vez, explicándose por esta peculiaridad, no señalada hasta ahora por los autores, las confusiones y divergencias en que éstos incurren al caracterizarlas, y comprendiéndose también fácilmente por qué esas disposiciones se hallan casi siempre incorporadas a las leyes de fondo.

La forma adoptada por el legislador para establecer presunciones legales es diversa. A veces establece expresamente la presunción, empleando fórmulas en que está usada tal expresión. Dirá así: se presume que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; se presume que si padre e hijo o marido y mujer murieron juntos en una catástrofe o naufragio, el padre o la esposa murieron primero. Otras veces la ley no emplea el vocablo presunción, no obstante tomarla como fundamento de una norma declarativa de derechos y obligaciones; pero, aunque la presunción no aparezca de una manera manifiesta en los términos de la ley, no por eso dejan de ser los mismos sus efectos en cuanto a la exención o a la interdicción de prueba. Así, el legislador dirá: la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (código civil, art. 20); o bien: la ignorancia de las leyes o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni exau-



sará la responsabilidad de los actos ilícitos (código civil, art. 957). Estas dos fórmulas son, en el fondo, equivalentes a la que dijera: el conocimiento de la ley se presume, sin que en caso alguno sea admisible la prueba de que se la ignora. Del mismo modo, cuando el código concede, como excepción perentoria, la de cosa juzgada, o cuando manda absolver al demandado o acusado, en ausencia de prueba suficiente, emplea fórmulas sustituibles por estas otras: la cosa juzgada se presume verdadera y justa sin que sea dable ni discutirla ni demostrar lo contrario; toda persona se presume inocente y libre de cualquier obligación mientras no se pruebe suficientemente lo contrario.

Como se ve, la presunción legal, cualquiera sea su forma, expresamente calificada como tal o tácitamente comprendida en los términos de un precepto que no la menciona, contiene siempre un mandato en que, al par que se atribuye virtualmente a alguien una pretensión y a otro una obligación correlativa,—ambas cosas en razón de una ley natural o de un principio de orden público—se determina el medio, taxativamente impuesto, para hacer valer el derecho declarado y para determinar la certeza en el juez. Queda, así, justificada nuestra opinión acerca de la naturaleza de las presunciones legales, preceptos híbridos, de fondo y forma á la vez.



LECCION XVIII

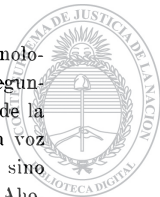
LA PRUEBA INDIICIARIA EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA



- I.—Análisis crítico de los artículos 357 y 358 incisos 1 a 7, del código de procedimientos.
- II.—Proyecto de legislación de la prueba indiciaria.
- III.—La prueba indiciaria en la legislación y la jurisprudencia civil.

I.—El estudio filosófico, verificado en las lecciones que preceden, nos habilita para la entera comprensión y la exacta interpretación del derecho positivo en materia de prueba indiciaria. Examine-mos, pues, cómo ha traducido el legislador en las normas jurídicas los principios racionales que hemos dejado formulados, practicando un rápido comentario de los artículos 357 y 358 del Código de Procedimientos criminales para la capital, etc., en los cuales se define los indicios y presunciones y se determinan las condiciones de la prueba correspondiente.

Art. 357. La palabra indicio se usa, como hemos visto, en dos sentidos diferentes: el de hechos



indicadores (indiciarios según nuestra terminología) y el de inferencias indiciarias. En este segundo sentido puede emplearse como equivalente de la voz presunción; no así en el primero, pues la voz presunción no se utiliza para nombrar hechos sino operaciones de la mente o estados de espíritu. Ahora bien, es el caso que el artículo comentado quiere definir, precisamente, los hechos indicadores; luego, la voz presunción está allí mal empleada, está demás.

...son las circunstancias y antecedentes.

“Y antecedentes” sobra; al decir circunstancias (CIRCUM STARE, estar alrededor del hecho, antes, durante o después de él) se comprende ya antecedentes. Aun en la forma defectuosa en que está redactado, se incluyen en este artículo tanto los indicios anteriores como los concomitantes y los posteriores. No hay razón, pues, para excluir los últimos, como parece hacerlo el artículo siguiente, inciso 2.º

Art. 358. *...es preciso que estos reunan...*

El artículo trata de fijar todas las condiciones necesarias y suficientes para que haya plena prueba por presunciones o indicios y no solamente las condiciones de *estos*, es decir, de las presunciones o indicios. Así, el inciso 1.º establece la condición de que el delito conste por medio de pruebas directas e inmediatas. De consiguiente, la frase

transcripta debió decir ...*es preciso que se reúnan...*

Art. 358, inciso 1.º ...*pruebas directas e inmediatas...*

E inmediatas es un ripio jurídico: todas las pruebas directas son inmediatas.

Inciso 2.º *Que los indicios o presunciones sean varios...*

Uno solo basta, cuando da lugar a una deducción concluyente, como fundada en leyes naturales que no sufren excepción. El inciso debió marcar esta diferencia.

...*reuniendo cuando menos el carácter de anteriores al hecho y concomitantes con el mismo...*

Bien se comprenderá que el “reuniendo”, a pesar de referirse gramaticalmente, según la redacción empleada, tanto a los indicios como a las presunciones, en realidad no puede aludir sino a los primeros, pues las presunciones, o sea las inferencias, jamás pueden ser otra cosa que posteriores al hecho investigado.

En cuanto a los indicios, ellos sí suelen clasificarse, por los tratadistas, en anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, éste es, al delito. No hemos hecho mérito de tal clasificación porque, a juicio nuestro, no tiene valor científico ni se traduce en ningún resultado práctico, que sirva para precisar o valuar los indicios o dar idea de su gra-





vedad. Esta no depende de que el indicio sea anterior, concomitante o posterior, sino de otras causas, como vimos. Por otra parte, ¿qué se entiende por indicios anteriores, concomitantes o posteriores? Mittermaier, que comparte nuestra opinión acerca de la inutilidad de la clasificación “cuando se trata de medir el valor legítimo, la fuerza probatoria de los indicios” (*Op. cit.*, pág. 369) observa que ella no es entendida de igual manera por todos los autores (*loco citato*, nota 5).

Verdad es que no resulta fácil determinar tal concepto. Racional parecerá atender al momento en que se produjo el hecho y a aquél en que se originó o nació el indicio. La comparación de ambos momentos hará considerar al indicio como anterior, concomitante o posterior (así, López Moreno, *Op. cit.* pág. 151). Pero, en tal caso, es de notar que un indicio, anterior, digamos, por el simple hecho de serlo, no podrá al propio tiempo ser concomitante o posterior, pues, de lo contrario, tendríamos que ha nacido en dos momentos distintos, lo que es absurdo. Si se admite que un indicio puede reunir, a la vez, dos o tres de los caracteres indicados, hay que dar otro sentido a estas nociones. Indicio anterior, concomitante y posterior sería, por ejemplo, el que habiendo nacido antes del hecho, *verbi gratia*, el odio, continuara existiendo durante y después de realizado el delito.

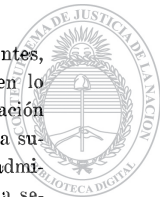
Esto sentado, abordemos la interpretación del inciso.

Aunque la conjunción copulativa parece denotar que la idea es exigir los dos caracteres de anteriores y concomitantes, la intención no debió ser esa, á juicio nuestro. De lo contrario, se habría imposibilitado la aplicación de la prueba indiciaria, por que, como hemos visto, rara vez los indicios pueden ser, al propio tiempo, anteriores y concomitantes, y, los que lo son, no son siempre los de mayor fuerza probatoria.

El inciso excluye, por su redacción, los indicios posteriores, sin que exista razón para ello, pues estos son numerosos, valiosísimos y de general utilización en la prueba indiciaria. Tan es cierto lo que afirmamos que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha hecho caso omiso de la indebida exclusión, computando los indicios posteriores en igual forma que los anteriores y concomitantes. Ejemplo: “las contradicciones en que incurre el procesado son presunciones vehementes de su culpabilidad”. (Cám. Crim., t. 7, p. 530).

Se ha intentado alguna vez, en los tribunales, una explicación que legitimara el precepto transcritop diciéndose que esto “no implica rechazar las presunciones sacadas de hechos posteriores, que pueden tomarse en consideración como corroborantes; pero las “varias”, en que se debe fundar la





prueba, se precisa sean anteriores y concomitantes, como dice el artículo” (fallo de la Cámara en lo Criminal, t. 66, pág. 72.) Pero tal interpretación peca de gratuita y de sofística. No pasa de una sutileza el decir que los indicios posteriores se admiten a título de *corroborantes*, y no de indicios a secas, cuando, en el hecho, todos tienen ese carácter, todos se corroboran en la prueba por concurso de indicios, o, de lo contrario, no hay prueba. La verdad es que la ley, literalmente, los omite, de manera que, si no se supone en ella error ni olvido, quiere decir que los excluye, y, entonces, no tienen derecho a entrar en el cómputo de indicios ni siquiera como corroborantes.

Inciso 3.º *Que se relacionen con el hecho primordial...*

¿Cuál es el hecho primordial? El delito, establecido por pruebas directas. Luego, el inciso es superfluo, pues no hace sino repetir lo que ya dijo el artículo 357. ¿Qué indicios serían los que no se relacionaran con el hecho primordial?

Inciso 4.º *Que no sean equívocos, es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas.*

Mala redacción; debió decir: *que sean convergentes*. La equivocidad es carácter individual, no colectivo, de los indicios. Y un indicio equívoco, es decir, susceptible de conducir a dos conclusiones

opuestas, puede, no obstante, ser legítimamente utilizado en la prueba indiciaria por concurso de indicios; varios indicios equívocos, que se confirman, llevan, a menudo, a la certeza.

Inciso 5.º Que sean directos, de modo *que conduzcan lógica y naturalmente* al hecho de que se trata.

La explicación de lo que debe ser entendido por directo, no puede ser peor. Lo que se quiere exigir, al hablar de indicios directos, es que éstos conduzcan a la conclusión que se busca, al hecho de que se trata, inmediatamente, y no a través de una serie de silogismos encadenados entre sí, de un sorites, como llaman los lógicos a esta clase de raciocinios. En vez de decir *lógica y naturalmente* debió decir, entonces, *inmediatamente*, puesto que, en un sorites, el espíritu es llevado a la conclusión tan lógica y naturalmente, como en una deducción simple.

Inciso 6.º Que sean concordantes los unos con los otros, de manera *que tengan íntima conexión entre sí* y se relacionen sin esfuerzo, desde el punto de partida hasta el fin buscado.

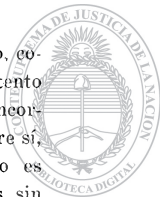
El inciso, al parecer, ha querido exigir como una condición la concordancia de los indicios, o sea el acuerdo de los hechos indiciarios o circunstanciales. Y, como en los casos anteriores, no se contenta con exigir la condición, sino que, para mayor claridad,



intenta definirla, explicar en qué consiste. Pero, como en los casos anteriores, también aquí el intento le resulta frustrado. Decir que son indicios concordantes, aquellos que tienen íntima conexión entre sí, o bien, aquellos que se relacionan sin esfuerzo es decir la misma cosa con palabras casi análogas, sin añadir idea alguna que aclare o precise el término definido. Para nosotros, esa explicación es perfectamente posible, en forma comprensible y exacta, diciendo que la concordancia de los indicios o acuerdo de los hechos indiciarios existe siempre que éstos ensamblan entre sí, que, al combinarse, se colocan en su lugar e instante debido y forman un todo armónico, coherente, natural, obedeciendo a las leyes físicas, psíquicas, sociológicas.

Inciso 7.º Que se funden en hechos *reales* y probados y nunca en otras presunciones o indicios.

La voz *reales* es impropia. Supóngase, en efecto, que, por cualquier medio, se prueba plenamente un hecho indiciario. ¿Cómo, con qué criterio, afirmaríamos que el hecho probado no es real? Tendríamos, indudablemente, una piedra de toque para reconocer, o presumir, mejor dicho, la realidad o irre realidad del hecho, y esta piedra de toque sería la verosimilitud o inverosimilitud del mismo. Esta es, pues, la palabra que el legislador debió emplear en lugar de la que puso, agregando a probados: por pruebas directas, y suprimiendo: y nunca en otras presun-



ciones o indicios, como inútil. El inciso diría, así: “Que se funden en hechos verosímiles y probados por pruebas directas.”

Nótese, asimismo, que en este inciso la voz indicio se usa en el sentido de inferencia indiciaria, mientras que, en los anteriores, ha venido empleándose en el de hechos indiciarios. Es un defecto más en la redacción de la ley, que nunca debe valerse de términos ambiguos.

II.—Tomando como base las observaciones antecedentes, los artículos comentados, en los cuales se legisla la prueba indiciaria, podrían ser redactados del siguiente modo:

Art. 357. Entiéndese por indicios en el juicio criminal, todos los hechos ó circunstancias que, en virtud de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, pueden llevar, por vía de inferencias, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, en su naturaleza, autores, móviles, efectos y demás particularidades del mismo.

Art. 358. Para que haya plena prueba por medio de indicios, es menester que se reúnan las condiciones siguientes:

a) Respecto del hecho que debe reconstruirse o investigado:

1.º Que la existencia del delito conste por me-





dio de prueba directa, aun cuando ella sea compuesta;

b) Respecto de los indicios o hechos indiciarios:

2.º Que se hallen igualmente probados por pruebas directas;

3.º Que sean graves y precisos, y varios cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes, como fundadas en leyes naturales que no sufran excepción;

4.º Que sean independientes entre sí, esto es, que no constituyan momentos sucesivos de un solo proceso o hecho accesorio y que no tengan el mismo origen en cuanto a su prueba;

5.º Que sean concordantes, esto es, que se acuerden y coordinen entre sí, de modo que produzcan un todo natural, lógico y coherente;

c) Respecto de las inferencias indiciarias:

6.º Que sean convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas:

d) Respecto de las conclusiones:

7.º Que sean inmediatas, o, lo que es lo mismo, que no se haga necesario llegar a ellas por una serie de inferencias encadenadas entre sí;

- 8.º Que sean verosímiles y excluyan todas las hipótesis infirmativas, especialmente la acepción del azar y de la falsificación de prueba.

III.—Abordando ahora el estudio de la prueba indiciaria en la legislación y la jurisprudencia civil comenzaremos por hacer notar que una cosa son las presunciones legales y otra la prueba indiciaria de la cual aquéllas no constituyen sino una manifestación particular, de tal manera que, en una legislación determinada, podrían perfectamente existir las primeras sin que se admitiera la segunda, es decir, el legislador podría crear ciertas presunciones legales que no importan, como sabemos, otra cosa que la prueba indiciaria impuesta taxativamente para ciertos casos determinados, y, al propio tiempo, prohibir que se empleara la prueba indiciaria con el fin de comprobar contratos o hechos de naturaleza civil. No hay, pues, que confundir una cosa con la otra, como suelen hacerlo generalmente los autores, y cabe perfectamente, después de haber reconocido la existencia de diversas presunciones legales, en los dominios del derecho civil, preguntarse si es admisible la prueba indiciaria en materia civil y en qué casos, con tanta mayor razón cuanto que nuestro código de procedimientos en materia civil y comercial no contiene disposición alguna sobre la prueba indiciaria.

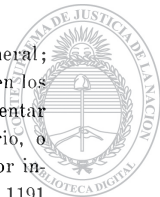


Cuestión es ésta que, para nosotros, no obstante el silencio guardado al respecto por la ley procesal, como acabamos de ver, no puede ofrecer duda alguna. Los indicios, como prueba de los contratos, están expresamente admitidos por la legislación civil y su especialidad comercial, según se determina en el artículo 1190 del Código Civil y en el artículo 208 del Código de Comercio. Existen algunas otras disposiciones de la ley civil en las cuales se autoriza asimismo el empleo de esta prueba. Tal, por ejemplo, el artículo 207 del Código Civil y 70 de la Ley de Matrimonio, que permite, en los juicios de divorcio, recurrir a toda clase de pruebas con excepción de la confesión o juramento de los cónyuges. En el mismo caso se encuentra quizá la disposición del art. 87 (C. Civil), en la cual, a falta absoluta de prueba de la edad de una persona, se autoriza al juez a decidir el asunto mediante el examen de la fisonomía verificado por facultativos nombrados al efecto. Podría asimilarse a estos casos el de la prueba de la filiación natural por la posesión de estado, o sea la comprobación, mediante testigos, documentos, etc., de una serie de hechos indicadores de la paternidad. Tratándose de la prueba de los contratos no hay duda que el empleo de la prueba indiciaria se halla restringido, en cuanto la ley civil, como sabemos, impone formas y solemnidades para la celebración de los contratos, sin cuyo requisito no



se consideran celebrados. Esto, en tesis general; pues la misma ley reconoce que existen casos en los cuales hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita, como en el depósito necesario, o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos. Tanto en este caso (art. 1191 C. Civil) como cuando la cuestión versase sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos por los cuales constare el contrato, son admisibles los indicios como medios de prueba.

Por lo que hace al empleo de la prueba indiciaria en los juicios de divorcio ya hemos visto que nuestro código la admite, de acuerdo, en ésto, con la unanimidad de las legislaciones. ¿Cómo sería posible probar de otro modo, por ejemplo, la existencia de relaciones sexuales extraconyugales, hecho que es casi insusceptible de comprobación por medios directos? Y, en el mismo caso que esta clase de asuntos, se encuentran todos los que versan sobre simulación de los actos jurídicos. Por último, sabido es que una de las mejores pruebas de la existencia de un contrato está en su ejecución por las partes, razón por la cual el código citado, en su artículo 1146, establece que el consentimiento se presume si una de las partes entregare y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; lo que importa crear una presunción legal. Pero,



a renglón seguido, agrega que también se presume si una de las partes hiciera lo que no hubiera hecho o no hiciera lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta; lo cual implica admitir la prueba de indicios, a los efectos de averiguar la existencia o inexistencia del consentimiento.

López Moreno aclara la cuestión con el siguiente ejemplo imaginado: “Ticio vende a Mevio un caballo por virtud de un contrato verbal. Al reclamar aquél el precio, después de algunos meses, el comprador devuelve el caballo diciendo que él entendía que se le había dado en comodato. Ticio observa que el caballo, que antes era entero, ha sido castrado. Advierte, además, que fué marcado con una marca especial con que Mevio acostumbra a marcar su ganado. Prueba que, estando antes domado sólo para silla, lo fué después también para coche. He aquí tres hechos diferentes que, probados en debida forma, demuestran sin ningún género de duda, que Mevio, pues practicaba actos sólo propios de dueño, consideraba como propiedad suya el caballo, y, por consiguiente, que lo recibió por compraventa y no en comodato (*Op. cit.*, pág. 327).

Se ve, pues, que estábamos en lo cierto al afirmar que la prueba indiciaria es perfectamente admisible en materia civil. No hay duda que el empleo de la prueba indiciaria está, en cierto modo, res-



tringido, en las legislaciones civil y comercial, en cuanto el legislador muestra en ellas una marcada inclinación en el sentido de compeler a las partes a realizar los actos jurídicos bajo ciertas formas determinadas, a fin de facilitar la prueba de los mismos. Pero, análogas restricciones existen en relación a otros medios de prueba, como en la de testigos (no admisibles en contratos superiores a doscientos pesos, a no ser que haya principio de prueba por escrito), como en los instrumentos privados (siempre que es obligatorio el instrumento público), como en la confesión (inaceptable en los juicios de divorcio), etc.

Para concluir, diremos que no sólo es de un empleo general y valioso la prueba indiciaria en materia civil sino que su importancia se hace a veces tan considerable que llega hasta destruir una prueba directa, como la existencia de un instrumento privado y aun la de un instrumento público. Así, la fecha de venta del sellado en que está consignada una obligación puede determinarse, con exactitud rigurosa, dentro de un cierto período de tiempo, mediante las anotaciones efectuadas en los registros de la contabilidad pública. Y esta fecha auténtica, diríamos, debe primar, en caso de desacuerdo, con la que lleve el documento, cuando la antidación del mismo resulta con evidencia de la simple comparación de ambas datas.



En efecto ¿cómo pudo usarse un sello antes de que estuviese en manos de particulares por compra hecha al estado? El indicio es, aquí, concluyente, y así lo han declarado nuestros tribunales en algún caso sometido a su decisión. Igual cosa ocurre con los instrumentos públicos, que pueden ser argüidos de falsos, en acción civil o criminal, y resultar destruidos, por efecto de la prueba indiciaria. Ello ocurriría si se demostrase plenamente que el otorgante, o algún otro cuya presencia fuera indispensable para dar validez al acto, no pudieron hallarse en el lugar y momento del otorgamiento.



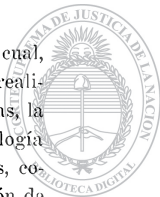
LECCION XIX

LA PRUEBA INDICIARIA Y LA CONFESIÓN

- I.—Naturaleza y credibilidad de la confesión.
- II.—La prueba de confesión en materia civil y criminal.
- III.—Legislación de la confesión en materia criminal: operaciones de busca, etc., de rastros.
- IV.—Fundamento racional de la prueba de confesión.
- V.—Método de eliminación de las hipótesis contradictorias.
- VI.—Exclusión de la locura o estados análogos en el confesante.
- VII.—Exclusión de la insinceridad en la confesión.
- VIII.—Los principios de concordancia, verosimilitud, etc., en la confesión.
- IX.—Las condiciones de la confesión en nuestra legislación procesal.
- X.—La indivisibilidad de la confesión.

I.—Terminado el estudio de la prueba indiciaria, cúmplenos satisfacer lo prometido en la lección X. Necesitamos justificar la afirmación que entonces hicimos sobre la conveniencia de invertir el orden natural, en la didáctica de la prueba, comenzando el estudio de ésta por el examen de la prueba indirecta, la indiciaria, cuyos principios, según dijimos en esa ocasión, son aplicables a cada uno de los me-





dios de prueba llamados directos, razón por la cual, al exponer la teoría de la prueba indiciaria, en realidad exponíamos la de cualquiera de las pruebas, la de la prueba en general y hasta la de la metodología de las ciencias reconstructivas. Daremos, pues, comienzo a nuestra tarea, ensayando la aplicación de los principios ya establecidos al primero de los medios de prueba que suelen abordar en sus tratados los autores de derecho procesal: la confesión.

Según quedó explicado en la lección IV, el proceso de la reconstrucción de un hecho pasado comprende las siguientes etapas u operaciones: 1.º Busca, recolección, descripción y conservación de rastros; 2.º Observación y estudio de éstos, personalmente o con ayuda de técnicos, a fin de aquilatar su valor respectivo; 3.º Formación de inferencias y de hipótesis explicativas del hecho que debe reconstruirse; 4.º Combinación de las inferencias y aplicación de los principios de confirmación y de infirmación; y, por último, 5.º Exclusión de las hipótesis contradictorias de la provisional.

Pues bien, la prueba de confesión consiste en un proceso análogo, atraviesa por etapas semejantes a las que acabamos de enumerar y está regida por los mismos principios sentados con relación a la prueba indiciaria, según pasaremos a explicar.

¿Qué es la confesión? Es el reconocimiento de una obligación, o de la intervención en un delito,

en calidad de autor, cómplice o encubridor, que hacen, bien sea el deudor de la obligación, o bien el implicado en el delito, según el caso. Esto sentado, parecería a primera vista que, producida una confesión, nada más le queda al juez por hacer sino condenar al confeso, o, como suele decirse, que la confesión de parte releva o exime al magistrado de la necesidad de acudir a toda otra prueba. En efecto, cabe suponer, por una parte, que nadie sabe mejor de qué manera ocurrió un hecho que aquel que fué actor en el mismo, y, por otra parte, que la declaración debe estimarse verdadera, dado que el confesante la hace en su perjuicio y compelido a ello, verosímilmente, por la voz de la conciencia, como comúnmente se dice. La observación de la realidad ha demostrado, sin embargo, que esta suposición o presunción de verdad de lo confesado no es exacta en multitud de casos; que existen confesiones que, o no son sinceras, o revisten carácter patológico. No es posible, pues, acordar fe completa a la confesión en estado bruto, diremos. En presencia de una confesión cualquiera, no hay, a lo sumo, sino una simple sospecha, o, a lo sumo, presunción de verdad; sospecha o presunción que sólo podrán convertirse en certeza después de un estudio analítico y de una crítica severa que lleven al ánimo la convicción de que la confesión es sincera y cuerda.

II.—Todo lo que acaba de decirse se aplica a la



confesión, cualquiera sea la naturaleza del asunto que se ventile, pero esta naturaleza influye sobre multitud de principios relativos a dicha prueba, imprimiéndole caracteres específicos según se trate de causas civiles o de procesos criminales. Conviene, pues, estudiar separadamente la confesión en uno y otro caso, comenzando por establecer las diferencias substanciales que ella presenta en una y otra clase de juicios.

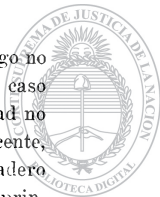
La mayor parte de estas diferencias fluyen del hecho de que el juicio civil reviste en cierto modo el carácter de una lucha entre los contendores; lucha en que las partes gozan de la misma libertad de acción e iguales medios de ataque y defensa, estándoles permitido, hasta cierto punto, recurrir a ciertos ardides y hasta a coacciones morales para obligar al adversario al reconocimiento total o parcial de la obligación que persiguen judicialmente. El uso de esta especie de extorsiones no tiene peligro alguno en las causas civiles; lo que no ocurre, por cierto, en las criminales.

Por otra parte, el juez de lo civil no tiene porqué averiguar si la confesión prestada es o no sincera. En efecto, como en esta clase de juicios no está por lo general comprometido el interés público sino meramente el privado, es perfectamente admisible el principio del desistimiento, en cuya virtud una parte puede legítimamente hacer renuncia



de derechos que le pertenecen y que sin embargo no quiere discutir. Muy distinto, sin duda, es el caso de un asunto criminal, puesto que a la sociedad no le es indiferente el que se castigue a un inocente, aun queriéndolo él mismo, mientras el verdadero culpable escapa a la represión. Tales son los principios orientadores que permiten comprender las modalidades especiales observables en la legislación de la confesión, como medio de prueba, según se trate de su empleo en causas civiles o en causas criminales.

III.—Si nos fijamos ahora en la manera cómo está legislada la confesión en materia criminal, notaremos que las primeras disposiciones con ella relacionadas son las contenidas en los títulos de nuestro código titulados “Del cuerpo del delito” y “De la declaración indagatoria”. ¿Qué disposiciones son esas? Son toda una serie de preceptos encaminados a la búsqueda, recolección, descripción y conservación adecuada de rastros, que permitirán, como en la prueba indiciaria, la reconstrucción del hecho de la causa. Naturalmente, las operaciones enumeradas, sin dejar de ser análogas a las correspondientes de la prueba indiciaria, deben, sin embargo, adaptarse a la naturaleza especial que revisten los rastros en el caso de que se trata. ¿Cuál es esta naturaleza? Su índole es psicológica, diríamos. Consisten en imágenes y representaciones mentales, en



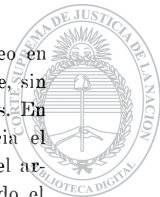


recuerdos, guardados en la conciencia del confesante, y que el juez llega a conocer por las manifestaciones orales o escritas del sujeto. Ahora bien, para que éstas valgan como prueba es menester que las locuciones y proposiciones por las cuales se han exteriorizado, y que se han hecho constar en el sumario, traduzcan fielmente las imágenes y representaciones mentales aludidas, y, a la vez, correspondan a una realidad exterior y no sean el resultado de un estado ilusorio o alucinatorio.

Veamos, pues, esas disposiciones. Son, desde luego, las contenidas en los artículos 3, 4, 184 inciso 4.º, 214, 236, etc., del Código de Procedimientos Criminales, en los que se autoriza u ordena la detención o comparecencia ante el juez instructor, del presunto confesante. Vienen, en seguida, todas las comprendidas en el título “De la declaración indagatoria”, que reglamentan minuciosamente el modo de realizar esa diligencia. Por ellas, se prohíbe emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza, o recurrir a promesas para obligarlo a confesar (art. 242). Ni siquiera se le exigirá juramento o promesa de decir verdad (art. 240). Si se negase a declarar se hará constar simplemente su silencio o su negativa, sin que ello haga presunción alguna en su contra (art. 239). En todos estos preceptos el legislador se aparta del criterio que informan las normas análogas en las causas civiles,

atendiendo a la situación desventajosa del reo en las causas criminales; situación bien diferente, sin duda, de aquella de que goza en las primeras. En esta misma actitud de respeto, diremos, hacia el que sólo es un presunto culpable, se inspira el artículo 244, en el cual se determina que, cuando el examen del procesado se prolongare mucho tiempo o el número de preguntas que se le hubiere hecho fuese tan considerable que hubiere perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que hubiese de preguntársele, el juez podrá suspender el examen hasta que el procesado descanse y recupere la calma.

Fijadas estas condiciones personales para obtener una serena y, por consiguiente, exacta confesión, impone después el código una serie de preceptos destinados a fijar los procedimientos para recoger y registrar en el expediente, cuando no los verdaderos recuerdos del declarante, ya que éste, en ocasiones, disfrazará el contenido de su conciencia, por lo menos las imágenes, ideas y afirmaciones que él desea presentar como su confesión. A tal objeto responden los artículos 242, 245 y siguientes. En ellos se estatuye que las preguntas serán siempre claras y precisas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo (art. 242); que el procesado no será obligado a contestar precipitadamente; que las preguntas le





serán repetidas siempre que parezca que no las ha comprendido, lo que se inferirá, desde luego, cuando la respuesta no concuerde con la pregunta (artículo 245). No seguiremos puntualizando sobre el particular. Diremos sólo que, tendiendo siempre a obtener una perfecta adecuación, entre las afirmaciones que el inculpado quiera manifestar y las expresiones que las traduzcan y queden consignadas en los autos, el juez instructor, para recoger fielmente los rastros, podrá auxiliarse con peritos *ad hoc*, si el interrogado, o no entendiese el idioma nacional (art. 252) o fuere sordo-mudo que no supiere leer ni escribir (art. 253).

IV.—Supongamos, ahora, consignadas en el expediente las manifestaciones inequívocas del procesado por las cuales se reconozca como autor, cómplice o encubridor de un delito o tentativa punible. Hemos visto ya que estas manifestaciones, por perentorias que fuesen, no pueden tomarse, en regla general, sino como una sospecha o presunción de verdad de lo confesado. ¿A qué medios recurrir a fin de convertir esta presunción en certeza o de rechazarla? En otros términos, ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que la confesión surta los efectos legales de prueba plena de un hecho punible? Para contestar las interrogaciones planteadas necesitamos establecer el fundamento racional de la confesión, o, si se quiere, de nuestra creencia firme en la realidad de un hecho confesado.

El fundamento racional de la confesión es análogo al de la prueba indiciaria, que ya conocemos. Tres causas, y sólo tres, pueden explicar las afirmaciones sobre un hecho delictuoso de que el declarante se confiesa autor, y estas tres causas son: 1.^a la locura, o algún estado anormal análogo en sus efectos, del confesante; 2.^a la insinceridad de éste, motivada por causas diversas que después indicaremos, y 3.^a la realidad del hecho declarado. Es evidente que, siempre que se descarten como imposibles, o, a lo menos, como sumamente improbables o inverosímiles, las dos primeras hipótesis, insanidad, insinceridad, quedará en pie la última, como única explicación valedera de lo declarado.

Ahora bien, ¿cómo será posible eliminar las dos primeras hipótesis explicativas de toda confesión en estado bruto, diremos, y transformar la tercera hipótesis en una certeza?

V.—El método para conseguirlo no es otro que el seguido, en situación semejante, al tratar de la prueba indiciaria, para eliminar la probabilidad de intervención de las hipótesis del azar y de la falsificación de la prueba. Así como en el caso aludido necesitamos someter los rastros, o indicios en estado bruto, a un estudio analítico y crítico encaminado a verificarlos, precisarlos y valuarlos,—para lo cual debemos hacernos cargo de todas las circunstancias infrmativas de los mismos—de igual



manera debemos aplicarnos, en la confesión, a un examen atento de todos los caracteres del confesante, de todas las circunstancias del delito y de la declaración, susceptibles de constituir indicios que sirvan para fundar presunciones o inferencias acerca de la inexactitud o de la falsedad del hecho confesado en sí, así como de cada afirmación, y decimos de cada afirmación, porque, como se comprende, tanto la insinceridad como la insanidad de la confesión pueden ser totales o parciales.

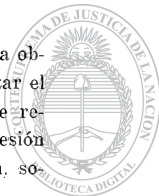
VI.—El estudio crítico de la confesión se hace, como se ve, a base de inferencias indiciarias. Razón hemos tenido, pues, al sostener antes de ahora, que el razonamiento indiciario se halla en el fondo de todas las pruebas directas. La confesión nos suministra la confirmación de ese aserto. Así, el aspecto del procesado, sus antecedentes hereditarios y personales, la coherencia o incoherencia de sus manifestaciones, su actitud, su misma impasibilidad tratándose de delitos horrendos, la ausencia de móvil racional, etc., constituyen otros tantos indicios que ponen al juez instructor en el camino de sospechar, o que el inculcado tiene alteradas sus facultades mentales, o que, tal vez, se encuentra en alguno de esos estados de perturbación de los sentidos o de la inteligencia como los eximentes de pena según el art. 81 inciso 1.º del Código Penal. De más está decir que el juez instructor no sólo está



autorizado sino obligado, siempre que llegare a observar uno de los indicios apuntados, a decretar el examen médico-legal correspondiente, del que resultará o no eliminada la hipótesis de confesión equivocada producida por locura, alucinación, somnambulismo, etc.

VII.—La otra hipótesis, la de falsedad o insinceridad de la confesión es, quizá, menos fácil de eliminar porque requiere un análisis psicológico y crítico delicado y porque las causas actuantes en este caso pueden ser numerosas. Diversos son los móviles y motivos susceptibles de determinar la confesión de un delito que, en realidad, no se cometió. Los principales son:

- 1.º el deseo de encontrar la muerte por manos del verdugo, cuando el confesante carece del valor para quitársela él mismo;
- 2.º una vanidad mal entendida, cuando se trata, por ejemplo, de delitos políticos a cuyo autor se ensalza y aplaude en ciertos círculos donde actúa el confesante;
- 3.º el afecto filial, paterno, marital o fraternal;
- 4.º el interés pecuniario o una ventaja suficiente para remunerar el servicio de personero que el falso confesante presta al verdadero culpable, ocupando su lugar en la prisión;
- 5.º el deseo de ocultar otro delito más grave,



cuya responsabilidad se elude recurriendo a un *álibi*;

- 6.º el deseo de salvar el honor de una mujer en cuya casa se declara haber entrado á cometer un delito distinto de aquel que en realidad condujo al confesante.

Tales son, sucintamente indicadas, las causas generales más importantes susceptibles de impeler a los individuos a declararse autores de un delito que no cometieron. Teniéndolas bien presentes en el espíritu, y recordando, al propio tiempo, las condiciones personales del confesante, su posición social, las relaciones de afecto o interés que lo ligan o pueden ligarlo con otras personas autoras probables o posibles del delito que se investiga, es fácil eliminar o confirmar, mediante un análisis y verificación adecuados, la hipótesis de insinceridad en la confesión. El punto de partida de ese análisis consiste en preguntarse si el confesante no se halla comprendido en cualquiera de los casos enumerados; y si, del examen, resulta que ha podido actuar en él alguno de los móviles o motivos supradichos, la labor del juez se dirigirá a investigar y precisar el grado de exactitud que tenga la sospecha surgida en su espíritu.

VIII.—La declaración del confesante nos suministra una reconstrucción más o menos total del





hecho investigado, por medio de una serie de afirmaciones particulares, cuya normalidad y sinceridad, ya sea en block, ya sea consideradas una a una, ha sido aquilatada y valuada, en el estudio crítico que acabamos de describir. Una nueva piedra de toque para verificar las conclusiones de dicho estudio, se encuentra en la comparación de las afirmaciones entre sí, de que resultará su acuerdo o desacuerdo. Esto último es lo que se expresa diciendo que el confesante “se contradice”; lo que, evidentemente, implica que una de las afirmaciones discordantes, o las dos, son insanas o insinceras.

Este acuerdo o desacuerdo entre las afirmaciones particulares en que se descompone la confesión por el análisis, no es otra cosa, a fin de cuentas, que el acuerdo o desacuerdo entre los hechos, ya estudiado al tratar de la prueba indiciaria, bajo el nombre de *principio de concordancia*.

Para comprender la similitud de ambos casos, basta pensar que cada afirmación particular del confesante se refiere a la existencia de un hecho, por manera que comparar afirmaciones o comparar hechos viene a ser, en el fondo, idéntica cosa.

Por último,—y siempre en forma semejante y en virtud de razones análogas a las ya explicadas con relación a la prueba indiciaria—existen aún otros dos criterios que permiten contraprobar las conclusiones del estudio analítico y crítico de la

confesión. Las resultancias de ésta deben ser, asimismo, armónicas con las que arrojen otros elementos de juicio acumulados en el proceso, por una parte, y, por otra, con las leyes naturales ya demostradas por la ciencia o evidenciadas por la experiencia de los hombres (*principio de verosimilitud*). Y, en conclusión, cabe también afirmar de la confesión lo que de todo otro medio de prueba: que no puede tenerse por enteramente convincente o concluyente sino cuando después de haber “inquirido todas las suposiciones infirmativas, concluyendo su improbabilidad” (López Moreno, *Op. cit.* pág. 270), no queda al respecto, en el espíritu, “duda alguna razonable” (Framarino, *Op. cit.*, I, 276; Mittermaier, *Op. cit.* págs. 385, 404, 410; etc.)

IX.—Todos los principios de la prueba indiciaria se aplican, como se ve, con las modificaciones consiguientes, a la prueba de confesión. Al legislarla, en los arts. 316 a 321, el Código de procedimientos criminales no ha hecho otra cosa que ajustarse a los principios referidos, según haremos ver en un rápido comentario de esos preceptos.

El art. 316 define la confesión en el juicio criminal y determina las condiciones que ella debe reunir para que surta efectos legales. En general, las condiciones impuestas por el legislador tienden a excluir, en primer lugar, los vicios de error, intimidación, violencia, soborno (mediante promesas

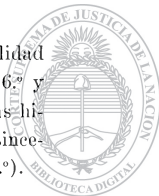


o dádivas) que pudieran comprometer su fidelidad o alterar su pureza (art. 316 incisos 3.º, 4.º, 6.º y artículos 319 y 320) y, en segundo término, las hipótesis de **alucinación** en la confesión y de **insinceridad** en la misma, art. 316, incisos 2.º, 5.º y 7.º).

X.—Los arts. 317 y 318 legislan sobre una materia sólo indirectamente vinculada con el objeto de nuestro curso. Diremos, no obstante, sobre ella, algunas palabras, dada su innegable importancia.

La confesión puede ser simple o calificada. Lo primero, cuando el confesante se limita meramente a reconocer la obligación que contra él se persigue o la participación que ha tenido en un delito; lo segundo, cuando al reconocer la obligación o la intervención expresada, ya agrega algunas circunstancias que atenúan o excusan su responsabilidad, ya hace valer una excepción que invalida la acción contra él instaurada. Largamente se ha discutido en la doctrina si la confesión puede ser dividida en perjuicio del confesante, vale decir, si es dable considerar como demostrada la parte desfavorable al confesante, rechazando al propio tiempo la parte que lo favorece.

En general, no parece lícito dividir la confesión, dado que ésta hace presumir la buena fe en el confesante, quien bien pudo, encerrándose en el silencio obstinado o la rotunda negativa, arrojar toda la carga de la prueba en el adversario o el juez ins-



structor. los cuales, tal vez, carecerán de todo elemento o sólo poseerán medios insuficientes para apoyar sus afirmaciones, de modo que, a no mediar el acto voluntario de la confesión, la acción civil o el proceso criminal habrían fracasado, faltos de pruebas. Pero el principio de la indivisibilidad no puede admitirse con carácter tan absoluto, para todos los casos y cualesquiera sean las modalidades que suelen acompañarlos y establecer entre ellos diferencias a veces sustanciales. Un individuo, por ejemplo, aun sin haber sido procesado, y sin que existan pruebas contra él, se confiesa autor de un homicidio, alegando, en su descargo, que mató en legítima defensa; pero existen indicios vehementes, heridas en la espalda, supongamos, que demuestran la inexactitud del hecho opuesto con el fin de atenuar o excusar la responsabilidad. ¿No estaría racionalmente justificada en esta oportunidad la división de la confesión? Así lo ha entendido nuestra ley procesal, estableciendo, en su artículo 318, desde luego, que la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, y que los distintos hechos y circunstancias que ella contenga, no importan excepciones cuya prueba incumba al acusado, salvo, agrega, cuando, por la calidad de las personas, sus antecedentes u otras circunstancias del hecho resulten presunciones graves en contra del confesante.



Los casos más delicados que suscita la aplicación del principio de indivisibilidad de la confesión son aquellos en que existe prueba insuficiente en contra del confeso, o en que éste, al invocar una excepción en pleito civil, contrae por tal razón el deber ineludible de probarla: *reus in excipiendo fit actor, reus probat exceptionem*. Si no estuviera en su poder producirla, pero, al propio tiempo, su contendor no adujera prueba alguna o la ofreciera incompleta ¿debería ceder el principio de la indivisibilidad de la confesión ante aquel otro que arroja el *onus probandi* sobre las espaldas del exceptante? ¿No suelen, en la realidad, tener una misma causa o nacer del mismo origen,—un acto de confianza recíproca o los hábitos sociales o comerciales del lugar—la dificultad o la imposibilidad de probar tanto la acción como la excepción? Quien compra al contado o tiene a alguien a su servicio por ejemplo ¿exige siempre recibo de lo pagado en calidad de precio o de sueldo? Y ¿cómo justificaría la excepción de pago opuesta a un vendedor o empleado inescrupuloso que intentaran hacerle abonar de nuevo una deuda ya solventada? Lo racional, lo legítimo, lo intrínsecamente justo parece, pues, una solución como la adoptada sensatamente por nuestra ley de procedimientos criminales. en el precepto citado; solución según la cual la confesión es o no divisible, según existan o no en contra



del confesante presunciones graves, inferidas, ya sea de la calidad y antecedentes de demandante y demandado, ya de otras circunstancias del hecho, ya de los usos y prácticas del lugar en esa clase de operaciones.

Con lo expuesto, daremos por terminado el estudio de la confesión, respecto de cuyo valor probatorio nuestra ley procesal criminal no deja de experimentar cierta desconfianza, dado que en el artículo 321 estatuye que cuando el delito merezca pena de muerte, sólo podrá condenarse al reo a la pena inmediata, cuando no haya otra prueba que corrobore la de confesión.



LECCION XX

LA PRUEBA INDICIARIA Y LAS DE TESTIGOS, PERITOS Y DOCUMENTAL



- I.—Naturaleza e importancia de la prueba testimonial.
- II.—Fundamento racional de la misma.
- III.—Método de eliminación de las hipótesis infirmativas.
- IV.—La regla de la pluralidad de los testimonios: discusión doctrinal y teoría del catedrático.
- V.—Los principios de concordancia, verosimilitud, etc., en la prueba de testigos.
- VI.—Las pruebas pericial y documental: su naturaleza y principios que la rigen.

I.—Veamos, ahora, cómo se aplican los principios de la prueba indiciaria a la de testigos.

¿Qué son testigos? Los que relatan un hecho que ha caído bajo su percepción, o, como expresa el art. 307, 2.º, del Código de procedimientos criminales, aquellos que declaran sobre hechos que hayan podido caer directamente bajo la acción de sus sentidos. Se ha dicho que los testigos son los ojos y oídos de la justicia; pero, con ello, sólo se quiere dar a entender que las percepciones visua-



les y auditivas desempeñan el principal papel en el testimonio, el cual puede, no obstante, versar sobre percepciones olfativas, gustativas, táctiles y musculares. De lo dicho se desprende que la naturaleza de los rastros correspondientes a este medio de prueba es idéntica a la de los rastros de la prueba de confesión; de manera que todo lo que en ésta se ha expuesto a propósito de la busca, recolección, descripción y conservación de rastros tendrá aplicación con respecto de la prueba en que nos ocupamos. No debemos, pues, extrañarnos de que la legislación positiva contenga una serie de preceptos relacionados con estas operaciones y en los cuales se determinan reglas análogas a las que rigen para la confesión.

La fe en el testimonio humano desempeña un enorme papel en la ciencia y en toda la vida humana. Para comprenderlo, basta recordar que la mayor parte de las nociones y verdades que guían nuestra conducta tienen como origen la creencia en el testimonio de los hombres. La existencia de una ciudad que no hemos visitado, por ejemplo, es para nosotros, artículo de fe únicamente basado en la afirmación de aquellos que la conocieron *de visu*.

II.—Ahora bien, ¿cuál es el fundamento racional de esta creencia? No es, a juicio nuestro, como lo afirman Framarino, Canale y otros, cuyas opiniones se adoptan en la apreciable obra de los se-

ñores Malagarriga y Sasso, “la presunción de veracidad humana”, en cuanto “la experiencia habría demostrado,—según se sostiene,—que la verdad está más a menudo en la boca de los hombres, que la mentira”.

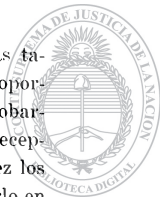
Dejando de lado tal presunción quizás temeraria, entendemos que el verdadero fundamento racional de la creencia en el testimonio se encuentra simplemente en la convicción que, después de un estudio crítico, más o menos rápido, de las condiciones del testigo y de las circunstancias del relato, llegamos a formarnos, de hallarse eliminadas las dos hipótesis que podrían explicar, a parte de la realidad del hecho atestiguado, la declaración del testigo. Estas dos hipótesis eliminadas por la crítica, son: 1.º la de insanidad de la declaración, producida por un estado de locura, alucinación, perturbación de sentidos o de la inteligencia por beo-dez, sonambulismo o sugestión y 2.º la falsedad de la declaración originada por el interés, la afección o la desafección, en las múltiples formas que son susceptibles de revestir estos tres sentimientos.

III.—El procedimiento para la eliminación de estas dos hipótesis a fin de dejar en pie la tercera, o sea la realidad del hecho declarado, no es ni puede ser otro que el que ya expusimos al exponer la prueba de confesión. Recórranse las disposiciones de los códigos de procedimientos, en los cuales se



hace una enumeración prolija de las llamadas tachas absolutas y relativas, determinándose las oportunidades y formas de hacerlas valer y comprobarlas, y se notará sin esfuerzo que todos esos preceptos se hallan encaminados a suministrar al juez los elementos de juicio indispensables para colocarlo en condiciones de excluir las hipótesis antedichas. Así, con el fin de eliminar la de insanidad en la declaración, se inhabilita para el testimonio a los locos, a los ebrios (consuetudinarios o de ocasión concomitante con el hecho), a los menores de 14 años en juicio civil y de 18 años en juicio criminal. Para excluir la de insinceridad, se indican como tachas absolutas: el carecer de profesión, el ser quebrado fraudulento, condenado en juicio o falsario; y como tachas relativas: el parentesco, la dependencia, el interés, las relaciones de socio, de acreedor o deudor, de protegido o agradecido, de recomendante en el asunto, de amigo o enemigo.

IV.—La declaración de un testigo, a igual que la confesión, nos proporciona una reconstrucción más o menos completa de un hecho pasado, por medio de una serie de afirmaciones cuyo grado probable de sinceridad y de cordura, ya sea en block o tomadas una a una, habremos determinado merced al análisis crítico descripto. ¿Basta la declaración de un solo testigo digno de toda fe, cuyas afirmaciones sean entre sí perfectamente concordantes y al



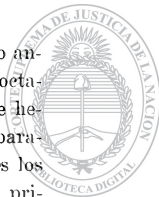


propio tiempo verosímiles, para considerar reconstruido un hecho en forma tal que no quede en el espíritu resquicio alguno por donde pudiera penetrar en él un hálito de duda? O ¿debemos adherir a la opinión que viene sustentándose en las escuelas e invocándose y aplicándose en los tribunales desde la antigüedad más remota, y según la cual el testimonio singular carece de valor probatorio?

No falta quien sostenga que el dicho de un solo testigo calificado, clásico, como suele llamársele, es suficiente para darnos la certeza de la existencia de un hecho. Ellero, entre otros autores, sostiene esa opinión, apoyándola en la de escritores tan autorizados como Blackstone, Bentham, Bonnier y otros. “A pesar del valor y poder de la veneranda costumbre y de tantas y tantas voces sabias, no he podido afiliarme a la opinión según la que se ha de considerar como requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, la pluralidad, o, cuando menos, que los testigos sean dos: no he podido, en verdad, percibir sus fundamentos verdaderamente racionales.” El número de testimonios, según Ellero, no acrece su valor probatorio. Desde el momento mismo, cree, en que se presente y se tenga un testigo imparcial y competente, haya uno o mil, no se tiene por ello una prueba mayor ni menor: se tiene la prueba. Es una estimación demasiado material de la certeza, exigir pluralidad de testigos; ello im-

porta una supervivencia del anacrónico criterio antiguo en que se sumaban mitades, cuartos u octavos de prueba. Y concluye: “no es posible, de hecho, salvar este dilema: o cada testimonio separadamente, por sí mismo está adornado de todos los requisitos que lo hacen fidedigno, o no. En el primer caso basta uno sólo; en el segundo caso no hay número, por grande que sea, que llegue a superar el testimonio aislado imperfecto” (*Op. cit.*, página 187).

No participamos de esta opinión. No es dable desconocer que un solo testimonio, verosímilmente cuerdo y verídico, puede infundirnos en la vida ordinaria la certeza de la existencia de un hecho. Esto no obstante, existen poderosas razones que explican sobradamente porqué el legislador y el juez no acuerdan al testimonio único plena eficacia probatoria. Si, como hemos ya visto, la misma confesión inspira a legisladores y jueces fundados recelos, a pesar de tratarse de una declaración efectuada por el propio autor del hecho y en su perjuicio personal ¿cómo no desconfiar del testimonio, vale decir, de la deposición, no de un observador científico, que se rodea de precauciones para notar y anotar los fenómenos, que los describe, inmediatamente después de producidos, en términos precisos, inequívocos, no del observador atento, repetimos, sino de un espectador ocasional, indiferente, de ordina-



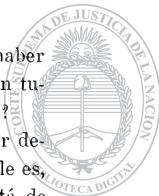
rio distraído, a quien los hechos han tomado de sorpresa, puede decirse, y que depone sobre ellos mucho tiempo después de acaecidos, según recuerdos semi-borrados en su mente o mezclados con otros recuerdos análogos que los alteran?

Hay, felizmente, una circunstancia, extraña a los testimonios aisladamente considerados, pero cuyo efecto es prestar a esos hechos una fuerza de que carecen tomados uno a uno. Esa circunstancia está constituida por el acuerdo de las afirmaciones o de los hechos procedentes de testigos distintos e independientes. Ellero no ha percibido que el indicado acuerdo, es, en realidad, un hecho nuevo, surgido de la comparación de las afirmaciones de los diferentes testigos; y que este acuerdo sólo puede ser explicado racionalmente por una de estas dos causas: o el concierto o aleccionamiento de los testigos o la realidad del hecho por ellos atestiguado. Ahora bien, eliminada la primera hipótesis mediante la adopción de las precauciones que todos los códigos procesales estatuyen con ese fin,—aislamiento de los testigos al prestar declaración, repreguntas a los mismos, ca-reos—la única causa que explica el acuerdo de los testimonios independientes es la existencia real del hecho atestiguado. ¿Cómo podría suceder que dos o más personas sanas de mente, serenas, absolutamente desinteresadas y honestas, sin previo concierto entre sí describan circunstanciadamente y en



idéntica forma un hecho que todos afirman haber observado, sin admitir que el hecho en cuestión tuvo en realidad la existencia que se le atribuye?

Lo que quita al testimonio singular el valor decisivo e indubitable que algunos pretenden darle es, precisamente, esta imposibilidad en que se está de controlar y contraprobar la declaración única; y, a igual de lo que ocurre en la prueba indiciaria con el concurso de varios indicios, que, aislados, no hacen prueba, y, reunidos, la producen, la pluralidad de testigos contestes, no obstante la imperfección inherente a todo testimonio aislado, por imparcial y competente que el testigo sea, inclina el ánimo a la convicción, con el peso y carácter de una prueba plena, dada la imposibilidad de explicar racionalmente el acuerdo de los testimonios de otro modo que no sea aceptando la realidad del hecho atestado. *Testis unus, testis nullus*, como ha venido repitiéndose desde antiguo, con perfecta razón y justicia. Sólo el acuerdo de los testimonios presta a éstos pleno valor probatorio. No es exacto, como lo sienta Ellero, en su dilema, que no hay número, por grande que fuere, que acrezca la fuerza del testimonio aislado, sea éste perfecto o imperfecto; y con entera razón ha podido decir Mittermaier que “la confianza va acrecentándose a medida que un número mayor de testigos se expresa en los mismos términos hasta en los puntos más insignificantes” (*Op. cit.*, pág. 318).



V.—Nuestro Código de procedimientos en lo criminal, ha aceptado esta doctrina en su artículo 306, al disponer que la declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo y de buena reputación o fama, podrá ser invocada por el juez como plena prueba de lo que afirmaren. Esta disposición exige, como se habrá notado, varias condiciones, entre las que se cuentan la de que los testigos se hallen contestes en el hecho, lugar y tiempo. Ahora bien, ¿qué se entiende por testigos contestes?

La razón y la experiencia enseñan que no debe entenderse como tales aquellos cuyas declaraciones coinciden en todos los detalles, aun los más insignificantes. Lejos de eso, una identidad completa en las declaraciones, sobre todo en ciertos puntos característicos, es más bien sospechosa y suele ser un indicio de concierto o de preparación de testigos. Varios espectadores de un hecho no verán jamás las cosas del mismo modo, ni las apreciarán y relatarán en idéntica forma. Por declaraciones contestes deben tenerse aquellas que, discrepando en pequeños detalles,—lo que se debe sin duda a la ecuación personal y al punto de vista particular de cada testigo—concuerdan en los puntos esenciales, en las circunstancias más importantes del hecho que las referidas declaraciones reconstruyen por separado. De donde resulta que la teoría de los testigos



contestes no es otra cosa que una manifestación o caso particular del acuerdo de los hechos; teoría ya estudiada con relación a la prueba indiciaria y cuyos principios aplicamos también a la prueba de confesión. Queda, así, una vez más comprobado que el acuerdo de los hechos no es propio solamente de la prueba de indicios, sino que es aplicable a la reconstrucción intentada con auxilio de cualquier medio probatorio. Trátase del testimonio, de la confesión, o de cualquier prueba, todos los hechos accesorios, todas las circunstancias del hecho principal, del hecho que debe reconstruirse, necesitan concordar entre sí, formar un todo armónico, coherente, natural, según el curso ordinario de las cosas.

La redacción del artículo citado de nuestra ley procesal es defectuosa, en cuanto, al exigir “que los testigos sean contestes en el hecho, lugar y tiempo” excluiría, en rigor, los testigos llamados *singulares* en determinado sentido. En efecto, además de los testigos contestes en la acepción estricta de la palabra, lo que ocurre cuando sus declaraciones convienen en el hecho sobre que declaran, tiempo, lugar y circunstancias esenciales, existen otros que, no obstante deponer sobre hechos entre sí diferentes, por tratarse de hechos accesorios o de momentos sucesivos de un hecho principal, sirven admirablemente para la reconstrucción de





este último. Es ésta, precisamente, la manifestación más patente y característica del acuerdo de los hechos, factor tan importante, como sabemos, para llevar al espíritu la certeza. Lejos de desdeñarse, estos *testigos singulares de diversidad acumulativa*, como los llaman algunos autores (por ejemplo Caravantes, *Procedimientos Judiciales*, II, 245), son dignos de toda fe. Por eso, el autor citado piensa que tales declaraciones “se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte” y buscando aclarar el punto relativo a estas declaraciones “sobre hecho, por su naturaleza sucesivo, continuo o genérico”, como dice, presenta el caso siguiente: “*Verbi gratia*, si uno dice que oyó a Juan prometer a Pedro entregarle cien duros a las doce y otro que vió a Pedro con cien duros en la mano a la misma hora... Estas declaraciones, agrega, no se destruyen mutuamente, por el contrario, se corroboran, de suerte que en los pleitos civiles, dos declaraciones sobre hecho por su naturaleza sucesivo, continuo o genérico, hacen plena prueba” (*loco citato*).

El ejemplo de Caravantes no es, sin embargo, del todo convincente, al menos tal como lo presenta su autor, porque no parece se esté, aquí, en presencia de un hecho “por su naturaleza sucesivo, continuo o genérico”, a no ser que un testigo oyera a Juan prometer a Pedro entregarle cien duros



a las doce y otro testigo hubiera visto a Juan entregar a Pedro cien duros a las doce. Sólo entonces las dos declaraciones concordarían entre sí perfectamente y se corroborarían, por cuanto constituirían hechos accesorios o momentos sucesivos de un hecho principal. En el ejemplo de Caravantes, el segundo testigo sólo ve que Pedro tiene a las doce en la mano, cien duros, cuya procedencia ignora y que puede el mismo Pedro haber sacado de su bolsillo para abonar una cuenta. Además, la misma circunstancia de no haber visto a esa hora a Juan en el sitio en que se hallaba Pedro podría constituir un indicio contrario al hecho que Caravantes pretende establecer mediante las dos declaraciones de su ejemplo.

De igual manera que el principio de concordancia, en el cual acabamos de ocuparnos, el principio de verosimilitud tiene también aplicación en la prueba de testigos. Las leyes procesales no contienen disposición especial al respecto, a diferencia de lo que sucede con la confesión (art. 316, inc. 5.º); pero, según ya hemos tenido ocasión de decirlo, el principio de verosimilitud reviste carácter general y hasta constituye una piedra de toque para contraprobar el mérito de un medio de prueba cualquiera.

Con lo expuesto daremos por terminada la aplicación de los principios de la prueba indiciaria a

la de testigos, después de haber evidenciado que el proceso de la reconstrucción es, en ambos casos, análogo y pasa por las mismas etapas. Las disposiciones pertinentes de los códigos no hacen sino traducir dichos principios, excepción hecha de algún precepto nuevo, como el que impone a los testigos el deber de prestar juramento, según sus creencias religiosas, antes de declarar; imposición cuya utilidad y legitimidad es motivo, entre los autores, de controversias, de las cuales no nos corresponde hacernos cargo en rigor estricto y que omitiremos en obsequio a la brevedad.

VI.—Esta última consideración nos determina asimismo, a suprimir el estudio de la aplicación de los principios de la prueba indiciaria a las pruebas pericial y literal o documental. La omisión, por otra parte, en nada perjudica la consistencia de nuestra teoría, dado que, después de los desarrollos y consideraciones presentados, cualquiera se encuentra preparado para hacer, por sí solo, esa demostración. Pero no abandonaremos el tema sin dar nuestra opinión acerca de la naturaleza de estos medios de prueba. Consideramos útil hacer notar que un documento no es otra cosa, en último análisis, que una serie de afirmaciones, y que, por consiguiente, según éstas emanen de una de las partes contendientes o de un tercero extraño al litigio, el documento en cuestión, como medio de prueba, equi-



valdrá, sea a una confesión, sea a un testimonio *fijados*, podría decirse; de manera que, independientemente de los principios especiales de crítica que le sean aplicables por razón de su naturaleza (por ejemplo, las operaciones dirigidas a averiguar la autenticidad o a determinar la apocrifidad del documento), estará sujeto a ser asimilado ya a una confesión, ya a un testimonio, y a recibir el tratamiento analítico-crítico correspondiente, según el caso.

En cuanto a los peritos, se ha discutido reiteradamente en la doctrina a propósito de su papel en el juicio, sosteniendo algunos que el perito es un verdadero testigo, otros que es una especie de árbitro, y otros, finalmente, que es un mero auxiliar del juez. La verdad es que nos hallamos aquí en presencia de un medio de prueba *sui generis*, explicándose las diversas opiniones apuntadas por la circunstancia de que el perito participa, ya de uno de los papeles que se le asignan, ya de otro, según el caso. Lo que sí parece conveniente hacer constar es que, no obstante estar llamados los peritos a suplir o completar los conocimientos del juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado ni lo dispensa del deber crítico, inherente y esencial al proceso reconstructivo científicamente conducido según el método expuesto. Es-



te deber se impone, con mayor fuerza todavía, tratándose de ciertos peritos, especialmente de aquellos nombrados por las partes, los cuales, por una tendencia muy humana y explicable, ven casi siempre las cosas con el color de los lentes del litigante que los propuso.

Por lo demás, tanto los peritos como el juez mismo cuando lleva a cabo una inspección ocular no tienen otra misión, en ciertos casos, que la de buscar, recoger, reproducir, describir y conservar rastros, que constituirán, merced al estudio de los mismos verificado por los aludidos funcionarios, verdaderos indicios llamados a producir una prueba indiciaria. Prescindiendo del reconocimiento judicial, respecto del cual nada especial tenemos que exponer del punto de vista de la metodología reconstructiva, daremos aquí por terminado el estudio de ésta con relación a cada uno de los medios de prueba.





LECCION XXI

LA PRUEBA INDICIARIA Y LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA



- I.—Frecuencia de la prueba compuesta.
- II.—Casos diversos de prueba compuesta.
- III.—Solución del problema, por los principios establecidos.
- IV.—Fundamento racional y método de la prueba compuesta.

I.—Dejamos establecido, al comenzar estas lecciones, que el método seguido por los tratadistas y adoptado en los códigos de derecho procesal, consistente en determinar las condiciones para que cada medio de prueba produzca la certeza, por sí solo, es un procedimiento en cierto modo artificial. No siempre acontece, en efecto, tanto en las causas civiles como en los procesos criminales, que los hechos se determinen con el auxilio de un solo medio de prueba, o, como suele decirse, que la prueba sea simple.

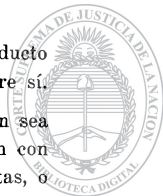
Quizá lo contrario sea lo más frecuente. En la mayor parte de los casos ocurre que la prueba es compuesta; lo que equivale a decir que la firme

creencia en la existencia de un hecho es el producto de diversas pruebas simples combinadas entre sí.

II.—Esta combinación puede resultar bien sea de pruebas simples perfectas, que se asocian con otras pruebas simples, perfectas o imperfectas, o bien de una amalgama de pruebas simples todas imperfectas, es decir, de pruebas simples que, tomadas una a una, carecerían de plena fuerza probatoria. El primero de estos casos (combinación de pruebas simples perfectas) no ofrece ninguna dificultad. Si cada elemento hace, por sí solo, plena prueba, con mayor razón la producirán todos reunidos. Tampoco presenta dificultad el segundo caso (combinación de pruebas perfectas é imperfectas), por razones análogas. Sólo el tercer caso puede dar lugar a dudas, y, por tal motivo, necesita examen especial.

III.—Estriba el problema, como ya hemos dicho, en averiguar si es posible y bajo qué condiciones, obtener plena prueba, o, lo que es lo mismo, llegar a la certeza sobre la existencia de un hecho, con ayuda de varios elementos o medios de prueba que, tomados uno a uno, carecerían de plena fuerza probatoria.

Esta importantísima e interesante cuestión es de solución relativamente sencilla, después de todo lo que llevamos ya expuesto con relación al pro-

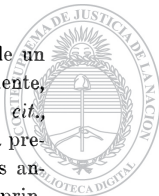


ceso reconstructivo y a los principios y métodos que le son aplicables. Así como en la prueba indiciaria es posible obtener certeza sobre la existencia de un hecho por la concordancia de indicios, la convergencia de inferencias indiciarias y la exclusión de hipótesis contradictorias, de igual manera se puede llegar al mismo resultado por la concurrencia de pruebas simples imperfectas, siempre que éstas, tomadas una a una, no carezcan de condiciones esenciales por definición, como cuando la confesión no es libre o el testigo es inhábil.

IV.—Y la razón es obvia. ¿Cómo podría explicarse el concurso de diversos medios de prueba, absolutamente independientes, por su naturaleza y origen, y que, por diferentes vías, conducen a una misma conclusión? Tratándose de testigos, por las hipótesis del concierto o preparación, etc., si de indicios, por las hipótesis del azar, falsificación de la prueba, etc., si de confesión, por las de falsedad, alucinación, etc.? Quiere decir, pues, que si estudiando una a una y en conjunto estas diversas pruebas simples imperfectas, llegamos a excluir la probabilidad de intervención del azar, la falsificación de prueba, etc., según el caso, sólo queda en pie, para explicar la concurrencia de pruebas simples en cuestión, la realidad del hecho por ellas reconstruido. El caso ofrece cierta analogía con el concurso de indicios, pues cada elemento o medio de



prueba afecta, en cierto sentido, el carácter de un indicio, y tal es el que les asignan, precisamente, algunas legislaciones (véase Mittermaier, *Op. cit.*, pág. 413). No hay duda que el actual problema presenta un grado mayor de complejidad que los anteriores, en cuanto exige la aplicación de los principios particulares a todos ellos, y en cuanto, además, requiere la eliminación de mayor número de hipótesis infirmativas. Pero esta mayor complejidad y dificultad del problema ahora considerado, no impide pueda también llegarse en él a la certeza en igual forma que en los otros casos y mediante la aplicación de los mismos principios ya conocidos de concordancia, de convergencia, de verosimilitud, de exclusión de hipótesis infirmativas, etcétera.



LECCION XXII

GENERALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

- I.—Aplicación de nuestra teoría a las ciencias reconstructivas.
- II.—El método reconstructivo en geología.
- III.—El método reconstructivo en paleogeografía y paleoclimatología.
- IV.—El método reconstructivo en paleobotánica.
- V.—El método reconstructivo en arqueología.
- VI.—El método reconstructivo en paleoglotología (lingüística, gramática comparada, lingüística histórica general).
- VII.—Conclusión.

I.—De acuerdo con el plan que nos trazamos al iniciar esta investigación y con las promesas que hicimos después, cúmplenos ahora ocuparnos en llevar los principios de la prueba indiciaria a su grado máximo de generalización, lo que equivale a mostrar que esos principios se confunden con los de la metodología reconstructiva, o, en otros términos, que el método empleado por cualquiera de las ciencias reconstructivas para la determinación de sus verdades, para la reconstrucción de los hechos, cosas o seres del pasado que constituyen su



objeto de estudio, coincide con el método compuesto cuyas diversas operaciones hemos explanado en las lecciones anteriores.

Antes de entrar en materia conviene observar que las diversas disciplinas reconstructivas cuya enumeración conocemos (Lección III) pueden dividirse en dos grupos, constituido, el primero, por las ciencias reconstructivas *naturales*, podría decirse, y el segundo, por las ciencias reconstructivas *de índole moral* y cuyo objeto es reconstruir el pasado humano. La división antedicha responde a hacer notar que las del segundo grupo, pueden y suelen utilizar una clase de rastros, los psicológicos, no empleados por las del primero. Por manera que la metodología de las ciencias reconstructivas naturales estará estrictamente calcada en los principios de la prueba indiciaria, mientras que, en la metodología de la historia se aplicarán, además de estos principios, los que especialmente hemos determinado con relación a las pruebas de confesión, testimonial y documental. La prueba pericial, cuya índole híbrida conocemos, se utiliza tanto en las unas como en las otras.

Por el apremio del tiempo y por la naturaleza de nuestro curso no podremos llevar a cabo la demostración que emprendemos en forma circunstanciada y completa. En virtud de las razones enunciadas, y contra nuestro deseo, habremos pues de li-



mitarnos a una muy rápida y sucinta exposición del asunto.

II.—Tomemos, por ejemplo, la geología, cuya finalidad, como es sabido, es hacer la historia de la tierra, reconstruir la vida del globo que habitamos, ilustrándonos especialmente sobre las sucesivas transformaciones que ha experimentado la corteza terrestre, única porción del planeta que conocemos hasta una pequeña profundidad. Dicha corteza, como es sabido, consta de capas, estratos o terrenos de origen por lo común sedimentario, superpuestos en un cierto orden; estratos que, en algunos parajes, se ofrecen plegados, a veces, otras, dislocados, formando contorsiones y ofreciendo deformaciones singulares. Pues bien, la disposición en capas de los terrenos que forman el subsuelo, el orden de superposición de los mismos, las deformaciones a que aludíamos, son otros tantos indicios o hechos reveladores de los fenómenos geológicos pasados, del modo cómo se han formado dichos terrenos, de las fuerzas mecánicas, físicas o químicas que han actuado de diverso modo para producir las cosas y los hechos que hoy tenemos a nuestra vista. La geología ha dado un paso enorme desde el momento que ha conseguido descubrir, por el estudio de sus efectos, las causas más generales de los fenómenos que estudia: enfriamiento terrestre, solidificación y cristalización de la materia, vulcanismo, erosión, ac-



ción química, compresión, gravedad (deslizamiento), choques, desecaciones, hundimientos, etc.

Creyóse, al principio, que el orden de superposición de las capas o estratos era indicio seguro de su antigüedad; que él indicaba el orden de su formación, de abajo hacia arriba. Bien pronto se comprendió que era necesario rectificar esta idea, en razón de que ese orden había sido profundamente alterado y embrollado en muchos lugares, por la intervención de fuerzas y fenómenos considerables, poderosos. Entonces los caracteres estratigráficos pasaron a un segundo plano y fueron sustituidos por los caracteres paleontológicos, o sea, los datos suministrados por los fósiles, que constituyen hoy uno de los indicios más precisos para la exacta determinación de la edad geológica y del modo de formación de los sedimentos, utilizándoseles, también con el mejor resultado, para sincronizar los hechos geológicos, esto es, para establecer la contemporaneidad de los terrenos.

De lo expuesto se desprende cuán múltiple debe ser la preparación del geólogo, que necesita ser químico, a fin de poder comprender y explicar cómo se han formado, en el gran laboratorio de la naturaleza, muchos de los cuerpos que encierra la corteza terrestre; mineralogista, para poder conocer esos cuerpos; matemático y físico, para interpretar los hechos de su formación, los accidentes de orden



geométrico y de orden mecánico, que han modificado la corteza terrestre, transtornando o dislocando sus capas o estratos; paleontólogo, y, por lo tanto, botánico y zoólogo, dado el valor inmenso que, como indicio geológico, presentan los fósiles; geógrafo y topógrafo; meteorólogo o climatologista; oceanógrafo, etc. etc.

Cuanto más completas sean las nociones que el geólogo posea sobre estas distintas disciplinas auxiliares, tanto más habilitado estará para hacer interpretaciones y formar inferencias explicativas de los hechos concretos ofrecidos a su estudio. Los problemas se plantean, en esta ciencia, en la forma característica de toda investigación reconstructiva: dados tales rastros, vestigios o resultados, por ejemplo, dado el hecho del plegamiento de los estratos que forman la corteza terrestre determinar qué causas han podido producir ese resultado.

El geólogo supone, por ejemplo, que para producir tales pliegues han actuado presiones laterales debidas a la reducción de volumen experimentada por la corteza de la tierra a causa del enfriamiento de ésta. Todas estas inferencias é hipótesis, como se ve, suponen el conocimiento de las causas y leyes de los fenómenos físicos, químicos y mecánicos que suceden en la actualidad y postulan la analogía entre estos hechos y los que se trata de reconstruir. Como contraprueba de la inferencia



explicativa suele producirse, en los laboratorios o gabinetes, algunos fenómenos geológicos por la vía de la experimentación.

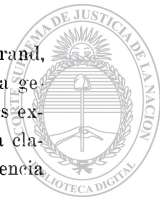
Estas inferencias indiciarias, para darles su verdadero nombre, que dan razón de hechos geológicos accesorios o parciales, se combinan luego, entre sí,—ajustándose a los principios de concordancia, de convergencia y de confirmación que ya conocemos—para explicar los hechos geológicos de naturaleza más compleja y general: origen y modo de formación de los sedimentos antiguos que han dado nacimiento a las capas geológicas de las diversas edades; *facies* o aspectos diversos que asumen dichas capas según los lugares, etc. El geólogo que reconstruye estos episodios sucesivos de la vida de nuestro globo aplica así el mismo método e iguales modos de razonar que el magistrado al investigar un hecho delictuoso. ¿Qué otra cosa sino una utilización de la prueba por concurso de indicios implica la siguiente conclusión del geólogo Macpherson: “datos *por todos lados*, vienen a *converger hacia un punto*, que justifica el considerar que estas rocas (gneises y micacitas) representan el momento en que la fase estelar de la tierra ha concluído, etc.” (Geología, pág. 156).

Es de justicia reconocer que el carácter general del método reconstructivo ha sido como vislumbreado o intuído por algunos hombres de ciencia,



entre los cuales se destaca el geólogo Bertrand, quien, sin haber llegado a formular una teoría general y sistemática al modo de la por nosotros expuesta, ha percibido, no obstante, con relativa claridad, el parentesco entre el método de su ciencia y el propio de la historia.

Véase cómo se expresa sobre el particular: “la estructura y la composición química y mineralógica de los materiales que forman la corteza terrestre; los restos de los seres fósiles de toda naturaleza que encierran los antiguos sedimentos; las relaciones estratigráficas originales de esos depósitos; las deformaciones que los han afectado ulteriormente y las relaciones tectónicas anormales que actualmente presentan unos con relación a otros, constituyen cuatro órdenes de documentos, que el geólogo debe utilizar, de la misma manera que el historiador utiliza los monumentos, las monedas y medallas, los documentos escritos y las tradiciones de toda clase. El estudio propio de estos diversos órdenes de documentos: petrográficos, paleontológicos, estratigráficos y tectónicos es ya muy interesante en sí mismo, sin duda; pero, además, constituye otras tantas ramas distintas de la ciencia geológica, o, con mayor exactitud, otras tantas ciencias auxiliares de la geología, en el sentido de las ciencias auxiliares de la historia, tan necesarias al historiador digno de tal nombre”



(Bertrand, *Le but et les problèmes de la Géologie*, in: *Méthode dans les sciences*, II, pág. 92).

Anotemos, todavía, por lo curiosas, algunas explicaciones del mismo autor, en las cuales se sirve de expresiones que parecen tomadas adrede en préstamo al derecho procesal, como la antes citada de Macpherson: “los antiguos sedimentos, escribe, han experimentado, por lo común, una especie de *fosilización* que va hasta el grado más avanzado del *metamorfismo*; lo que, a menudo, permite formarse una opinión aproximada sobre su ancianidad, partiendo del simple aspecto litológico”. Mas es de advertir, según lo previene a renglón seguido, que “*si el descubrimiento ulterior de fósiles “confirma” frecuentemente esa “presunción”, suele con frecuencia también “infirmarla”*” (*Op. cit.*, página 105). ¿Qué otra cosa sino una presunción *juris tantum*, diríamos, constituye esta otra afirmación: “*mientras que, en el orden normal, una capa superpuesta a otra debe presumirse de formación más reciente, ciertas superposiciones anormales... debidas a los fenómenos de deslizamiento, pueden dar lugar a que, en grandes extensiones, vayan capas más antiguas a reposar sobre otras más recientes*” (*Op. cit.*, pág. 91).

Ilustremos, con un ejemplo, la demostración de nuestra tesis. Supóngase que se intenta explicar el modo de formación de un terreno. La disposi-

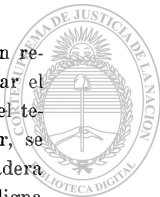


ción o arreglo de los sedimentos será un primer indicio que nos sugerirá la sospecha de que tal vez se trata de un antiguo fondo de mar. La naturaleza de los materiales depositados constituirá una segunda serie de indicios corroborantes. A ellos se agregará, para confirmarlos, una nueva serie de “documentos” formados por los restos de los millares de seres que poblaron el presunto fondo de mar. Nada más preciso que estos últimos indicios. En efecto, la fauna abisal, el *benthos* de los biólogos, hoy bastante conocida merced a las exploraciones del fondo de los mares realizadas en los últimos tiempos, es, por demás, característica. Pero, es el caso que, mezclados a tales fósiles, se habrán encontrado también otros no pertenecientes a la fauna abisal, que es, por lo general, sésil y sedimentaria, sino correspondientes a seres nadadores o bien libres y flotadores (esto es, el *nekton* y el *plankton* de los biólogos). ¿Cómo excluir la conclusión infirmativa, fundada en la presencia de estos fósiles, que abiertamente parece contradecir la provisoriamente formulada? No existe contradicción alguna, sin embargo; el hecho infirmativo tiene una explicación sencilla: los cadáveres de muchos animales superficiales caen, necesariamente, al fondo de los mares y se mezclan allí con los que viven *in situ*. Y no faltará, seguramente, un hecho indiciario especial, por ejemplo, el que resulta del



escaso número de fósiles de la última clase en relación con el de los de la primera, para abonar el raciocinio eliminatorio. La conclusión de que el terreno estudiado es un antiguo fondo de mar, se ha obtenido, como vemos, merced a una verdadera prueba por concurso de indicios, tanto más digna de crédito, cuanto que ella resulta de la concordancia de millares de indicios y de la convergencia de otras tantas inferencias indiciarias apoyadas en leyes tan constantes como la física de la gravedad o la biológica de la adaptación de los seres vivos al medio que habitan (ejemplo ideado con datos de Bertrand, *Op. cit.*, pág. 109 y sig.)

III.—Constituyen corolarios de la geología dos ciencias reconstructivas ya diferenciadas de ésta: la paleogeografía y la paleoclimatología. La paleogeografía se propone reconstituir, en la forma más exacta y completa posible, las diversas condiciones de orden geográfico correspondientes a cada una de las épocas geológicas sucesivas. Compréndese, entre esas condiciones, la configuración de las tierras y aguas, la orografía e hidrografía en sus distintos caracteres de profundidad, temperatura, grado de salazón, corrientes, etc., y, por último, las faunas y floras terrestres y acuáticas. Algunas de las indicadas condiciones son susceptibles de traducirse en mapas denominados paleogeográficos. Por lo que hace al método de esta rama de la geología no hay



nada nuevo que agregar. El proceso es siempre el mismo, y se apoya en la analogía entre lo pasado y lo presente, todo lo cual resulta, implícitamente, de las siguientes palabras del geólogo Bertrand: “en la reconstitución de las condiciones geográficas antiguas deberemos evidentemente partir de la época actual, y mediante la comparación con las *facies* de las formaciones que en ellas se producen, tratar de determinar las condiciones biológicas, físico-químicas y geográficas que han debido motivar, en otro tiempo, la producción de las diversas *facies* antiguas, a la luz de aquellas condiciones que determinan hoy la existencia de *facies* en un todo semejantes a aquellas que debemos interpretar”.

Igual procedimiento en la peoclimatología. Para la reconstitución de climas antiguos los fósiles constituyen un indicio inapreciable. Se estudia la fauna y flora fósil correspondiente a una formación determinada; se busca las análogas que en la actualidad existen y que pueblan una región de clima conocido. Se infiere, de ahí, que el clima de la época geológica en que vivió la fauna y flora fósiles es análogo al clima de la comarca habitada por la fauna y flora actuales que se les asemejan. La paleobotánica presta, a este respecto, un auxilio de primer orden, según lo hace notar el paleobotánico Zeiller, quien, a propósito de estas investigaciones cita como un modelo los verificados en Escandina-





via, donde, dice, “el estudio minucioso, lecho por lecho, de los menores restos vegetales encontrados en las turbas y los *tufs* cuaternarios, ha permitido seguir todas las oscilaciones climatéricas a partir de la época glacial y todas las modificaciones sucesivas que han traído finalmente la flora local a la composición que hoy presenta”.

IV.—Y pues hemos hablado de paleobotánica y citado a Zeiller diremos que este autor al teorizar sobre el método propio de la ciencia por él cultivada, lo llama “comparativo”, fijándose en la sola circunstancia de que el paleobotánico se ve obligado a recurrir, en sus investigaciones, a la comparación de las formas fósiles con las actuales, a fin de resolver sus problemas que son de morfología, fisiología, taxonomía (clasificación) y filogénesis o filiación de las especies. Pero Zeiller olvida que, además de la comparación, se hace necesario también acudir a la observación de los rastros, a la analogía, a la hipótesis, a las inferencias indiciarias, a la deducción, a todos los procedimientos, en suma, que constituyen el método compuesto que hemos expuesto bajo el título de reconstructivo (Véase Zeiller “Paleobotánica” in: *Méthode dans les sciences, Deuxième Série*, págs. 132, 134, 138, 143, 148, 153, etc.)

No cabe dudar que el sabio autor, como la generalidad de sus colegas, emplean las reglas del método reconstructivo con bastante exactitud, llegando a

resultados positivos y ciertos; pero esa utilización instintiva y empírica, es susceptible de convertirse en una aplicación razonada, y, por ello mismo, más segura y fructuosa.

No insistiremos, después de lo dicho, en seguir mostrando cómo se usa el método reconstructivo en cada una de las ciencias que forman el primer grupo. Haremos, sí, notar nuevamente, que, en muchos de los cultores de esas ciencias, es dable observar algo así como una intuición acerca de la naturaleza del método por ellos usado; intuición que se patentiza en algunos de los términos y expresiones que emplean. Prescindiendo, pues, de una demostración sistemática y detallada, nos limitaremos a seguir apuntando ciertos hechos interesantes confirmatorios de la exactitud de nuestra teoría.

V.—Propónese la arqueología, como lo observa el erudito Salomón Reinach, en su discreta síntesis sobre metodología de esta ciencia, explicar la antigüedad valiéndose de los monumentos figurados, o, para emplear la propia definición de Reinach, “explicar el pasado por los monumentos que el hombre ha producido.” De consiguiente, la primera tarea del arqueólogo consistirá en procurarse esos monumentos, que, con frecuencia, hállanse sepultados bajo de tierra. Síguese de aquí una serie de advertencias dirigidas a obtener que las operaciones de busca, recolección, etc., de rastros o restos arqueol-



lógicos se verifiquen en forma adecuada; advertencias en las cuales se reproduce, punto por punto, las indicaciones que, para circunstancias análogas, hace la ley procesal a los funcionarios sumariantes.

Así, las excavaciones no deben realizarse descuidadamente, omitiendo precauciones determinadas, sino por trabajadores expertos dirigidos por especialistas. Ellas no se encaminan, propiamente, a procurarse objetos de vitrina, de más o menos valor material o artístico, sino “documentos” significativos de la historia humana y de las fases sucesivas de la civilización. De ahí que los monumentos y lugares deban ser excavados y explorados con prolijidad, dejándose, cuando convenga, los primeros *in situ*. Antes de remover o de transportar cosa alguna es menester tomar todos los datos, dibujos y vistas fotográficas que puedan asignar a los objetos el carácter de un indicio preciso. Por falta de estas medidas de precaución ignórase la procedencia, “el estado civil” de numerosas piezas arqueológicas; lo que disminuye o nulifica su valor documentario. Hay que evitar el destruir lo que pudiera llamarse “los archivos del suelo”. Así “la excavación por capas de los sedimentos del Soma, de las cavernas de la edad del reno, de los palafitos lacustres de Suiza, ha permitido establecer los principios de la sucesión de las épocas industriales, desde los tiempos más remotos hasta la edad del



hierro. La excavación por capas de los escombros acumulados sobre el Acrópolis de Atenas ha revelado la cronología de las cerámicas griegas de la bella época y probado que la fabricación de los vasos con figuras rojas, cuyos orígenes se colocaba hacia el año 480, remonta, en realidad, al último cuarto del siglo VI” (Reinach, in: *Méthode dans les sciences*, II, págs. 210 y sig.)

La condición en que son hallados los objetos, la circunstancia misma de su reunión o aproximación, son detalles importantísimos a que debe prestarse atención vigilante. Es menester enumerar siempre los objetos que se encuentran por grupos, porque la agrupación, cuando no es fortuita, a igual que la presencia en determinado lugar de personas u objetos, cuando se trata de la prueba indiciaria, es, por sí sola, un indicio, ya sea de contemporaneidad en los objetos agrupados, ya sea de intercambio comercial entre pueblos diversos, etc. Oigamos, a este respecto al autor citado, “sea un hallazgo de objetos de uso o de adorno realizado en un medio homogéneo tal como una tumba, un escondite de fundidor, una capa bien determinada de una estación lacustre. Esos objetos no serán todos, por necesidad, contemporáneos; pero si se les encuentra juntos una, dos, tres, n veces, llegará a ser no solamente verosímil, sino cierto, que pertenecen a la misma época. Se conseguirá eliminar los obje-



tos muchos más antiguos o mucho más recientes de un sólo hallazgo, por aplicación del mismo método” (*Op. cit.*, II, 212). ¿Quién no percibe, en la operación descrita, un caso de utilización del principio de concordancia? A la luz de este principio se ha hecho también posible reconstituir en yeso las obras maestras del arte helénico de las cuales se poseía diversas copias. El estudio comparativo de las *réplicas* de dichas obras y de sus reproducciones más o menos fieles verificadas en Roma durante la época imperial, ha permitido esa restitución, a la manera que, mediante el cotejo de múltiples copias mutiladas, interpoladas o corrompidas de un texto literario consíguese restituir el arquetipo o texto original (*Op. cit.*, II, 205).

Con esto basta para formarse una idea definida de la evidente similitud entre el método practicado en arqueología para la reconstrucción de cosas o hechos del pasado y la teoría de la prueba en general. Ambos constituyen a todas luces simples casos particulares de la metodología reconstructiva. Pero la semejanza presenta todavía un aspecto original que señalaremos antes de cerrar estas consideraciones. La falsificación de objetos arqueológicos, explotada con éxito creciente en los últimos tiempos, hasta conseguir engañar a los mismos expertos de los grandes museos de Berlín, París, etcétera, ha dado motivo para que arqueólogos dis-



tinguidos ocupen la atención pública mostrando la inconveniencia en divulgar los conocimientos por medio de los cuales es posible distinguir las antigüedades auténticas de las apócrifas que pululan en todas partes. En comprobación de este peligro cuenta Reinach el siguiente caso: Rayet reveló en cierta oportunidad el carácter diferencial de las terracotas griegas falsas y de las verdaderas. Observaba Rayet que, tanto las unas como las otras, aparecían llenas de tierra, pero que sólo en la de las últimas se encontraban raicillas. Poco tiempo después de tan ingénua revelación el mercado se inundaba de terracotas falsificadas con las raicillas distintivas, y el criterio, una vez conocido, se volvía del todo ineficaz. En virtud de peligros análogos, y traducidos ya en hechos concretos, resultantes de la vulgarización de los medios y artificios policiales empleados en la investigación de los hechos criminosos y en el descubrimiento de los culpables ¿no sería el caso de prohibir esa inconveniente popularización a fin de no dejar desarmada a la sociedad frente a frente de los criminales que empiezan a utilizar esas nociones para burlar a la justicia?

Al ocuparnos en la arqueología hemos abandonado ya el campo de las ciencias reconstructivas estrictamente naturales, como son la geología o la paleobotánica, para penetrar en los dominios de las ciencias reconstructivas de índole moral o psico-



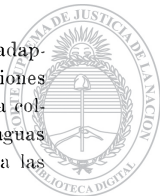
social. Aunque la definición de Reinach no lo expresa,—y ello constituye, sin duda, una omisión—es “el pasado humano” y no simplemente “el pasado”; lo que la arqueología se propone “explicar por los monumentos”. Quizá la fórmula Reinachiana adolece todavía de una deficiencia, en cuanto ha debido prevenir que los monumentos forman los elementos utilizados *en primer término o principalmente* por el arqueólogo, para las operaciones reconstructivas, pero que dichos medios no excluyen, y antes exigen, el auxilio que todos los demás rastros o *fuentes* pueden prestarles, sea para el mejor conocimiento de los mismos monumentos, sea para la reconstrucción de los hechos históricos, la cual se obtiene, casi siempre, combinando las diversas clases de fuentes unas con otras, ni más ni menos que, en la práctica judicial, se ayudan y combinan entre sí las pruebas simples para producir la prueba compuesta.

VI.—Iguales o parecidas consideraciones a las que anteceden podrían formularse respecto de otra ciencia reconstructiva de carácter psico-social, la que me he permitido bautizar con el nombre de paleoglotología y cuyo objeto es reconstruir los idiomas muertos, así como la mentalidad, sentimentalidad y costumbres de los hombres que los hablaron, mediante los restos filológicos que, en una u otra forma, sea gráfica sea oral, han llegado has-



ta nosotros. Los cánones reconstructivos, se adaptan, sin dificultad, aunque con las modificaciones consiguientes, al caso de que tratamos. Y para colmar las lagunas que en la historia de las lenguas deja el estudio de los documentos, recurrese a las luces de la gramática comparada.

El principio fundamental de que se sirve esta disciplina, en la solución de sus problemas sobre parentescos lingüísticos, no es otro que el de concordancia. Véase de qué manera lo expone Meillet: “una concordancia aislada de vocabulario puede ser efecto del azar... Todo conjunto de concordancias sistemáticas en las formas gramaticales de dos lenguas prueba, pues, que ambas lenguas son transformaciones de una sola é idéntica lengua; porque no teniendo las formas una relación necesaria con las cosas, la presencia de un conjunto de formas concordantes, en dos lenguas distintas, es cosa inverosímil. Si el italiano, el español y el francés no fueran, del punto de vista histórico, una sola y misma lengua, a saber, latín transformado de tres modos diferentes, no se explicaría el empleo del italiano *io, tu, egli*, del español *yo, tu, el*, del francés, *je, (yo en viejo francés), tu, il* para el pronombre en singular de las tres personas y todas las coincidencias sistemáticas innumerables que presentan los tres idiomas” (*in: Méthode dans les sciences*, II, pág. 302 y sig.).



Pero la gramática histórica es de suyo importante para remontar estas investigaciones mucho más atrás de los textos escritos que se poseen, según el sabio mencionado. Una nueva disciplina, la lingüística histórica general, viene entonces en su ayuda, suministrándole ciertas leyes que ha conseguido establecer y a que se halla subordinada la evolución de los idiomas. Estas leyes fonéticas no son inflexibles, sólo encierran una probabilidad, una tendencia. Así, el pasaje de una *t* a una *d*, y muchos otros.

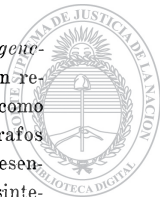
El sabio profesor del Colegio de Francia ilustra el punto con el ejemplo siguiente: “habíase reconocido, de largo tiempo atrás, que la forma latina *iumentum*, bestia de carga, debía basarse en *iouksmentom* y no en *ioukmentom*, porque el latín clásico *m* no responde a un *km* prehistórico; el descubrimiento de una inscripción latina más antigua que todas las que se poseía, la piedra negra del foro, ha suministrado la forma arcaica postulada por las leyes fonéticas” (Meillet, *Op. cit.* pág. 306).

VII.—Aquí nos detendremos en nuestro ensayo de generalización de los principios de la prueba general a la metodología reconstructiva. No intentaremos la aplicación de nuestra teoría a los hechos históricos de índole compleja (pues los simples, los particulares, son meros casos de prueba indiciaria común). No adaptaremos el método a la reconstruc-



ción de los hechos *colectivos*, o de los hechos *generales*, de duración y extensión considerable con relación al espacio y al tiempo. El asunto no es como para tratarse a la ligera y en dos o tres párrafos apresurados de un final de curso, sino para desenvolverse en una nueva obra, o, por lo menos, sintetizarse en un capítulo sobre metodología de la historia.

Capítulo o libro, creemos sinceramente en la novedad y la utilidad de ese trabajo y esperamos alguna vez acometerlo.





INDICE

	<i>Pág.</i>
LECCIÓN	
I.—Objeto y propósitos del curso.....	3
» II.—Concepto de la prueba.....	9
» III.—Las ciencias reconstructivas.....	17
» IV.—El método reconstructivo.....	27
» V.—La prueba y la verdad.....	35
» VI.—Aspectos diversos de la prueba.....	43
» VII.—El criterio de la prueba.....	47
VIII.—La teoría general de la prueba.....	53
» IX.—Clasificación de las pruebas.....	57
» X.—Didáctica de la prueba.....	61
» XI.—La prueba indiciaria en la doctrina.....	65
» XII.—Fundamento racional de la prueba indiciaria	75
» XIII.—El azar y la prueba falsificada.....	85
» XIV.—Exclusión del azar y de la falsificación de prueba	95
» XV.—El principio de confirmación.....	105
» XVI.—Condiciones de la prueba por concurso de indicios	113
» XVII.—Las presunciones legales y la prueba indiciaria	119
» XVIII.—La prueba indiciaria en la legislación y la jurisprudencia argentina	129
» XIX.—La prueba indiciaria y la confesión.....	145
» XX.—La prueba indiciaria y las de testigos, peritos y documental.....	163
» XXI.—La prueba indiciaria y la teoría general de la prueba.....	179
» XXII.—Generalización de los principios de la prueba	183

