

347.06
L961d

U.F.
F.S.-CS.

080341

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

T

347.06

L961d

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y
CIENCIAS SOCIALES.

DE LA PRUEBA POR PRESUNCIONES JUDICIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA.

TESIS PRESENTADA POR
JORGE VITELIO LUNA, HIJO

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO.

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C.A.





DEDICATORIA

A MIS PADRES

JORGE VITELIO LUNA y
EDELMIRA ALAS DE LUNA

con todo cariño.

A MI HERMANO TITO ARMANDO LUNA

A MI NOVIA

NENA QUINTANAR.

PALABRAS PRELIMINARES.

Siempre tuve la idea de escribir sobre la prueba por presunciones. La ansiada oportunidad al fin se presentó y no he vacilado en plantear los problemas, - de por sí difíciles, que esta materia contiene.

La prueba por presunciones, el "patito feo" de nuestro sistema probatorio, ha sido superficialmente - tratada por los comentaristas de algunas legislaciones. Además de ser escasos los expositores que han escrito - sobre ella, tropezamos con la dificultad de que siempre se estudian sus problemas a vista de pájaro, sin descen- der al espinoso campo de la resolución adecuada de los mismos.

No pretendo en absoluto haber encontrado la -- fórmula ideal que resuelva los casos dudosos que a ca- da paso surgen en la práctica de nuestra vida judicial. Sin embargo, me cabe la satisfacción de haber arribado a conclusiones concretas, equivocadas tal vez, pero -- con el mérito de ser planteadas con valentía.

La escasa jurisprudencia existente y el vetusto andamiaje jurídico de nuestros Códigos de Procedimien- tos, fueron los primeros escollos que me afané por sor- tear en el presente trabajo. Cuando inicié el estudio -

de la legislación sobre la materia, me hice el propósito de indicar reformas sustanciales sobre la prueba por presunciones, siendo inútil mi esfuerzo, debido a que toda modificación fundamental necesariamente implicaba la transformación completa de nuestro cuerpo de leyes adjetivas.

Comprendo que defraudaré a los que tengan la benevolencia de leer este ensayo, pero la verdad es -- que una reforma parcial introducida en las anticuadas leyes vigentes, sería como decorar con valiosas obras de arte un edificio en ruinas.

No obstante lo dicho, he tenido que limitarme a señalar cambios fraccionarios en los artículos pertinentes, persiguiendo modestamente, como objetivo -- práctico, el mostrar a los juzgadores la aplicación de los principios doctrinales que rigen la prueba por presunciones.

Pido, pues, se me disculpe no haber desempeñado el papel de arquitecto, planeando una nueva estructura jurídica que reemplazara ventajosamente a la antigua, sino el del humilde albañil que con esfuerzo se limita a quitar goteras y hacer repellos.

DE LA PRUEBA GENERAL

El hombre es todo circunstancias. Colocado en sociedad — ya que no se le puede concebir aislado — puede estar sujeto a situaciones encajadas dentro de la norma penal, es decir, que al relacionarse con sus semejantes puede llegar a infringir las normas de conducta que regulan el orden jurídico y lesionar un derecho ajeno. En esta situación, está sujeto a una pena que le será impuesta para restablecer el orden jurídico roto, según lo afirman algunos autores: o para que no vuelva a delinquir, según otros. Pero en uno y otro caso, para poder aplicar esa pena a que se ha hecho acreedor, es necesario establecer dos extremos: a) que exista una norma de conducta que reglamente las relaciones humanas y b) que esa norma de conducta haya sido violada. Bien, para determinar esas premisas se requiere un elemento que traiga al juzgador la certeza de que la norma de conducta ha sido violada, y violada precisamente por la persona a quien se juzga: ese elemento se llama prueba.

Advertimos que las consideraciones anteriores las hacemos partiendo del supuesto de la existencia del Estado, ya que en la época prejurídica las pruebas no existieron, pues las vemos surgir hasta que se organiza

un poder o bien hasta que surge un Tribunal que dirime las contiendas de los hombres.

Entonces tenemos al hombre juzgando al hombre. Para poderlo condenar debe adquirir la certeza de que ha cometido el hecho que se le imputa y para llegar a esa certeza tiene necesariamente que usar las facultades de que le ha dotado la naturaleza: la de percibir y la de deducir.

El hombre percibe por medio de los sentidos y así trae a su conciencia las realidades materiales exteriores construyendo en esa forma sus propias verdades. Este proceso es llamado por los psicólogos percepción. Más, cuando de uno o varios hechos conocidos, establece uno desconocido, entonces deduce.

La combinación de esas dos facultades (percepción y deducción) colocan al juzgador en posesión de la certeza indispensable para poder sentenciar. Pero conviene advertir que la certeza es un concepto relativo, pues como lo afirma Framarino, la certeza es la percepción de la verdad, más bien, la conformidad de la noción ideológica con la realidad. La percepción de esta realidad es un estado subjetivo que puede a veces no corresponder con la realidad. Verdad y certeza no coinciden siempre,

siendo la certeza relativa con referencia al sujeto.

Aun admitiendo que la certeza es un concepto relativo, tenemos que afirmar que las pruebas son los medios por los que el hombre llega al conocimiento de la verdad y consecuentemente, pruebas judiciales serán los medios legales por los que el juzgador llega a la verdad.

Soslayando el problema filosófico acerca de las relaciones entre la verdad y la certeza, debemos definir lo que es la prueba, para avanzar sobre nuestro tema.

Bonnier da una definición de carácter general y afirma que "las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad".

Domat definió la prueba judicial "como el medio regulado por la Ley para descubrir y establecer con certeza la verdad de un hecho controvertido".

López Moreno la define "como la acción de evidenciar un hecho o un derecho por los medios que la ley prescribe".

Ricci con mayor precisión, dice, que "probar es suministrar la demostración de que un hecho dado ha

existido, y ha existido de un determinado modo y no de otro".

De las definiciones anteriores podemos concluir que si la prueba es el medio de demostrar el hecho, alguna relación debe de haber entre aquella y éste, relación que puede expresarse así: todo suceso, por ser un fenómeno de transformación, deja señales de su existencia, se denota por el cambio sufrido en las personas o en las cosas, al producirse; cambio que en las personas llamamos percepción y en las cosas huella.

Existen ciertas nociones sobre los medios dados al acusador o al acusado, para convencer al Juez de la verdad de sus dichos y sobre los motivos de prueba en que éste habrá de fundar la sentencia, que es el corolario de todo juicio.

Toda prueba implica la idea de una verdad formal o de una verdad material. Cuando el juez falla en virtud de una verdad formal no toma en consideración su íntima convicción, ni los resultados obtenidos a través del razonamiento o de la experiencia; en este sistema de prueba el legislador o la ley le dicen al juez: usted debe de tener por cierto ésto o aquéllo, apoyándose en motivos de pura forma.

Este es el sistema de prueba que se usó en los pueblos primitivos y tuvo su expresión en los juicios de Dios y en el duelo judicial. Aplicando este sistema, el juez, aun cuando su convicción le indicara lo contrario, tenía que fallar de conformidad con el principio de que "la voz de Dios concluye por descubrir la verdad y ayuda a la buena causa". No era raro que se condenara a un inocente habiéndose establecido su inculpabilidad por otros medios de prueba, que si bien llevaban al juez al convencimiento de la inocencia del reo, chocaban con el sistema de pruebas sobre la verdad formal que lo inclinaba siempre a pronunciar una condena. Tal es el caso de una persona, que habiendo estado en lugar distinto de donde sucedió el hecho por el que se lo procesaba, fué sometida a la prueba del agua caliente, consistente en poner a hervir una caldera llena de agua, en el fondo de la cual se ponían nueve piedras pequeñas conocidas con el nombre de "gleras", envueltas en un trapo atado a un hilo que se hacía subir hasta una de las asas del recipiente. El acusado extraía las piedras cuando el agua estuviera hirviendo y si la mano de éste aparecía sin quemadura alguna, Dios había protegido la inocencia y se presentaba el caso de absolver al reo. Demás está

decir, que a todo procesado sometido a dicha prueba, Dios no le pudo ayudar por serle físicamente imposible.

En contraposición al sistema de pruebas fundado en la verdad formal, está el cimentado en la verdad material. Por medio de este procedimiento el juez tiene derecho a basar su convicción en medios más seguros de investigación para llegar a la verdad. A este método de pruebas tienden las legislaciones modernas.

El sistema de pruebas fundado en la verdad formal tuvo su mayor expresión en la Edad Media y no obstante que las legislaciones modernas buscan medios probatorios basados en la verdad material, ya en Roma había sido instituido aunque en una forma rudimentaria en los últimos días del imperio. En esa época se había formulado por la práctica judicial ciertas ideas en lo tocante a la apreciación de la prueba y algunas recomendaciones sobre las personas que podrían declarar en juicio como testigos.

DIVISION DE LA PRUEBA.- Perfecta e imperfecta. Natural y artificial o circunstanciada.

Cuando equiparamos el término prueba y certeza, surge inmediatamente el problema de la existencia de la clasificación de la prueba plena y semiplena. La razón

de la crítica se expone fácilmente, ya que hemos afirmado con anterioridad que la certeza da al juzgador plena convicción para sentenciar y consecuentemente, para sentenciar con acierto. Mas, ante la existencia de pruebas semiplenas, lógicamente se puede concluir de que existen estados del espíritu que dan lugar a un estado de semicerteza o semiconvicción, que no ponen al juzgador en condición de fallar con firmeza. Entonces, ¿Cuál es el motivo de que exista esta división y cuál su fundamento?.

El origen se remonta a los primeros jurisconsultos, quienes hablaron por primera vez de la semi-plena probatio, vocablo que los expositores modernos han transformado en prueba imperfecta, dando a entender, que si bien no existe el estado de certeza absoluta, examinando el conjunto de probanzas, se llega al convencimiento de la existencia del hecho investigado, dada la abundancia y gravedad de los llamados motivos de convicción.

El fundamento histórico de esta división se remite a la organización de las instituciones civiles que establecieron las pruebas plenas y semiplenas. En virtud de las pruebas plenas, tales como las declaraciones

de dos testigos contestes en circunstancias, hechos y lugares, se podía en lo civil sentenciar; pero cuando se presentaba el caso de la deposición de un testigo sobre el hecho litigado, se estaba ante la presencia de una semiplena prueba, que podía llegar a completar la unidad con la diligencia denominada juramento completo. Posteriormente, surgieron los términos semiprueba y más que semiprueba, como queriendo establecer un tercer término que no equivalía a la plena prueba, pero que era más que la semiplena prueba. Todos estos términos se hicieron muy usuales en lo criminal, donde hasta la fecha tienen vigencia.

Anteriormente, en virtud de una semiplena prueba, tal como una presunción, el juez instructor estaba autorizado para ordenar la aplicación del tormento, la visita domiciliaria o la inquisición especial, con el objeto de establecer los hechos y si realmente la prueba no prosperaba por no existir mayores aportes probatorios contra el indiciado, el juez, en vista de la presunción que hacía muy verosímil la existencia del hecho, estaba obligado a pronunciar sentencia pero sin condenarlo, defiriéndolo al llamado juramento purgatorio o a declararle simplemente absuelto de la instancia.

En la actualidad la división a que me he referido de prueba plena y prueba semiplena aún existe. Remitiéndonos únicamente a lo criminal, se puede afirmar que la prueba semiplena tiene gran importancia, pues de conformidad a nuestra legislación, los jueces tienen marcados sus pasos, señalado el camino y reglamentada su actuación y dentro de esta reglamentación existen disposiciones legales que obligan al funcionario a llevar una causa a conocimiento del Jurado estando comprobada semiplenamente la delincuencia, partiendo del supuesto de que está comprobado plenamente el cuerpo del delito. Las pruebas plenas y las semiplenas están enumeradas en nuestro código de Instrucción Criminal en el título XXI.

Volviendo a la división de la prueba, podemos establecer otra clasificación: natural y artificial. La primera ha sido llamada también inmediata porque lleva al espíritu del juzgador los elementos de certeza necesarios para poder sentenciar. La segunda, llamada también mediata, por el contrario, no lleva al juzgador directamente los medios de certeza, la cual obtiene el juez por medio de inducciones.

La prueba natural comprende todos los medios fun-

dados en la evidencia directa: material o personal, en oposición a la prueba "artificial o circunstanciada" en la que de modo indirecto se obtiene la certeza y la cual constituye el estudio básico de este trabajo.

Nuestra legislación reglamenta la prueba en materia criminal en el Art. 404 I que dice: "En materia criminal sólo son admisibles las pruebas siguientes: 1º.- La confesión del reo, 2º.- La testimonial, 3º.- La instrumental, 4º.- La inspección personal, 5º.- Las presunciones, 6º.- El informe de peritos.

DE LA PRUEBA POR PRESUNCIONES EN GENERAL

Cuando el juez investigando un hecho recibe la deposición de dos testigos que afirman, por ejemplo, que vieron cuando X, estando en determinado lugar, causó a Y dos lesiones que le produjeron la muerte, el hecho por él investigado es directamente cierto.

Cuando un juez investigando un hecho recibe la deposición de dos testigos que afirman haber visto salir al señor X de una pieza en donde posteriormente se encontró un hombre muerto, inmediatamente establece relación entre el hecho afirmado por los testigos y la circunstancia de haber un hombre muerto en el interior

de la pieza. Al relacionar estos elementos el juzgador, de manera indirecta y mediata, llega a la convicción de que el señor X causó la muerte de aquella persona.

Entonces podemos afirmar que la certeza moral del juzgador existe o puede existir en los casos anteriormente planteados, pero en el primer caso tiene en su poder la prueba directa o deductiva y en el segundo la indirecta o inductiva.

Tanto en uno como en otro caso, existe siempre la posibilidad de error, así: en el caso que denominamos como de prueba directa la falsedad dolosa o culpable de los testigos puede llevar al juez a cometer una injusticia. Entonces la posibilidad de error en una. En el segundo caso, además de la posible falsedad de las aseveraciones de los testigos que establecieron la salida del señor X de la pieza, existe otro elemento que puede conducir al juzgador a error y es la falsa concatenación de los hechos, o dicho de otro modo el error en el razonamiento.

Hechas las apreciaciones anteriores veamos ahora qué es presumir. Presumir, en términos generales, equivale a sospechar, juzgar o conjeturar alguna cosa. Bien, ahora veamos qué es presunción en el lenguaje técnico ju-

rídico. (El Código de las Partidas en la Ley 8ª Tít. XIV de la partida 3ª, decía: "Presunción tanto quiere decir como gran sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguación de la prueba". Este concepto se deriva de los vocablos latinos proe y munere que equivalen a decir prejuicio sin prueba de un hecho o de un derecho.

(Nuestro Código Civil en su Art. 45 dice: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" y el Art. 488 Pr dice: "Presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido".)

Estas definiciones existen en muchos códigos, teniendo su origen en los textos de Domat y Pothier, definiciones censuradas por los comentaristas, quienes afirman que en el concepto dado se confunde la prueba con las presunciones. Según estos autores, ambas — tanto las presunciones como las pruebas — van de lo conocido a lo desconocido, no teniendo, pues, las presunciones ninguna característica determinante y especial.

En el ejemplo que pusimos al principio de este trabajo, se puede ver claramente que en el caso de prueba directa no hay necesidad de deducir consecuencias,

puesto que éstas se presentan de por sí, ya que los testigos al decir que vieron al señor X lesionar al hombre que se encontró muerto, no nos obligan a hacer ningún razonamiento encaminado del hecho conocido al desconocido.

De aquí. Como se ha planteado el problema de la relación entre la presunción y la prueba, es conveniente exponer las teorías existentes al respecto.

a) La primera opinión, sostenida por Durantón, se limita a presentar la presunción como una subrogación de prueba. En otras palabras, viene a establecer que la presunción no es una prueba, pero que hace las veces de ella. Durantón más bien afirma la función jurídica de la presunción sin señalar las diferencias con la prueba directa.)

b) La segunda opinión, sostenida por Colmet de Santerre, se contrae a sostener que la prueba siempre tiene por base una declaración escrita u oral del hombre, mientras que la presunción se fundamenta en un hecho distinto de dicha declaración.)

c) Finalmente, Grück distingue la presunción de la prueba por su diverso efecto probatorio, pues en tanto que la primera sólo produce una probabilidad, la se-

gunda engendra certeza.

El problema se hace más difícil para los comentaristas de legislaciones que no definen lo que es prueba.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles define en su Art. 235 lo que es prueba, artículo que debe relacionarse con el Art. 253 del mismo Código, que dice: "Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relación de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con juramento o la confesión contraria y con presunciones" *C. 1569.*)

Pero para expresar o seguir algún criterio sigamos a Lessona, quien dice: "que presunción más que un medio de prueba es una apreciación hecha por la ley o por el juzgador respecto de la existencia de un hecho desconocido deducida como consecuencia de sus relaciones lógicas con otro cierto y desconocido, y tanto en uno como en otro caso presupone que esté acreditada la certeza del hecho de que se deduce dicha consecuencia". *Hyg apud*
Copio textualmente el criterio sostenido por el ilustre profesor de la Universidad de Pisa porque alrededor de él, precisamente, pretendo fundamentar el presente trabajo.

Ya que hemos establecido el concepto de presunción y su relación con la prueba, veamos si existe en el lenguaje jurídico algunos términos que corrientemente se usan como sinónimos.

La mayor parte de los comentaristas está acorde en que los vocablos presunción, indicio y conjetura son equivalentes, así: el indicio o presunción se define de este modo: argumento del que se deduce la existencia de una cosa, y la conjetura o presunción se define como la conexión de dos hechos, siendo tanta esta conexión, que permite argumentar o fundar en ella la existencia de uno de dichos hechos por la de otro.

(Por otra parte, un autor francés hace una diferencia entre la presunción y la conjetura y dice que "la presunción presupone el hecho de que se induce el ignorado, mientras que la conjetura requiere, por el contrario, que el hecho de que se induce sea asimismo dudoso".)

Las distintas legislaciones para denominar la prueba artificial a que nos referimos al tratar la prueba en general, han seguido las siguientes denominaciones: "de la prueba presuncional o indiciaria", "de la prueba presuncional e indiciaria". Nuestra legislación dice en la Sección 8ª "De la prueba por presunción y de la prue-

ba semiplena".

Como puede verse, algunas legislaciones confunden la prueba por presunciones con la prueba indiciaria; otras las diferencian. Finalmente la nuestra habla únicamente de la prueba por presunciones. Parece que la palabra indicio no tiene carta de ciudadanía en el Código Salvadoreño, es decir, que si no me equivoco, este vocablo no es usado en nuestro sistema actual de leyes adjetivas.

Pero teniendo a la vista nuestro código de 1857, conocido también como "Código de Procedimientos Judiciales y el de Fórmulas", se ve que el Capítulo 12º decía textualmente "DE LA PRUEBA POR INDICIOS Y DE LA PRUEBA SEMIPLENA" y copio los artículos siguientes en los que se usa este término.

"Art. 443.- Muchos indicios que no dependan uno de otro y que todos concurren al hecho principal harán plena prueba, si cada uno de ellos estaba apoyado sobre la deposición de dos testigos hábiles. Mas un solo indicio, por vehemente que sea, no puede ser considerado como principio de prueba, a menos que sea un indicio necesario; v.g. el parto es un indicio necesario de un delito de cópula carnal".

"Art. 444.- Cuando muchos indicios estén unidos entre sí, con dependencia uno de otro, todos ellos no formarán sino principio de prueba ó prueba semi-plena".

Finalmente en el Capítulo 13º que nos habla "De la fuerza de las pruebas y clasificación de ellas", exis-

te el Art. 450 que dice: "Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta, según el orden siguiente: 1º.- la presunción de derecho y por derecho: 2º.- el indicio necesario: 3º.- la inspección ocular, en los casos en que tiene lugar: 4º.- la confesión judicial: 5º.- el juramento deferido por la parte o por el Juez: 6º.- la prueba literal fehaciente: 7º.- la prueba de testigos: 8º.- la de semi-plenas pruebas cuando hacen prueba perfecta: y 9º.- los indicios cuando hacen plena prueba. La presunción de derecho no tiene entonces lugar, porque cede a la prueba contraria. Sin embargo, la prudencia del Juez atenderá a las diversas circunstancias ocurrentes, para dar a las pruebas el lugar que les corresponda, según la fuerza que tengan en el caso disputado".

Pero mi sorpresa crece, cuando registrando el mismo Código en el Art. 272, leo lo siguiente: "Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o confesión contraria y con presunciones o indicios".

El criterio seguido por nuestro antiguo código

de 1857 era el de establecer una identidad entre el indicio y la presunción, criterio que se ha sostenido hasta nuestros días pero únicamente usando el término presunción.

En realidad, estimo que no existe motivo para confundir los términos presunción e indicio, porque sería como confundir la causa con el efecto: el indicio es la base de la presunción. Así las manchas de sangre en la camisa del indiciado, la huella de un pie descalzo que concuerda con el pie del reo, ciertos rastros materiales que señalan cierta habilidad del delincuente constituyen indicios desfavorables para el procesado. Mas, la conclusión que saca el funcionario, de que el delincuente ha cometido el delito, fundándose en los indicios, es la presunción.

Ya que tenemos determinado el concepto de presunción y habiendo abordado los distintos problemas que se han presentado al ser estudiada por los comentaristas, abordemos directamente el tema, en lo relativo a la clasificación de dicha prueba.

(La clasificación aceptada generalmente por los autores divide las presunciones en legales y judiciales o de hombre; las legales se pueden definir como "las consecuencias que la ley deduce de un hecho conocido pa-

ra alcanzar uno ignorado" y las judiciales o de hombre, como "la consecuencia que el juez, según su prudente criterio, deduce de un hecho conocido para obtener uno desconocido".

Las presunciones legales se subdividen en dos grupos: a) de derecho y por derecho o *juris et de jure* que producen plena prueba y no admiten prueba en contrario y b) las simplemente de derecho o *juris tantum*, que son las que producen plena prueba pero admiten prueba en contrario.

También existe la clasificación que divide las presunciones en legales y simples. Las legales a su vez pueden ser absolutas (*jure et de jure*) si contra ellas está prohibida la prueba en contrario; relativas, si permiten siempre cualquier prueba en contrario y mixtas, si solo permiten determinada prueba en contrario o sólo en ciertos casos.

Nuestro Código de 1857 siguió la clasificación que se expuso primero así:

"Artº. 436.- Las presunciones son unas consecuencias que la ley o el juez saca de un hecho conocido a otro desconocido. Ellas son legales o no."

"Artº. 437.- Las presunciones legales se dividen en presunciones de derecho y por derecho y en presunciones de derecho".

El Artº. 442 habla de las presunciones legales o de hombre diciendo: "Las presunciones que no están establecidas por la ley se dejan a las luces y a la prudencia del juez, que no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes y en los casos en que la ley admite las pruebas testimoniales, a no ser que el instrumento sea rechazado por causa de fraude o de dolo".)

(El Artº. 409 de nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente dice: "Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan conforme el Artº. 45 C". Las judiciales se dejan.....etc.")

El Artº. 45 C. dice: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.)

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

El Artº. 45 C. sigue también la clasificación clásica al dividir las presunciones legales en: presunciones legales que admiten prueba en contrario, presunciones legales que rechazan por completo la prueba en contra. Uso frecuentemente la repetición en contrario para hacer hincapié y afirmar que en sus efectos, no existe diferencia entre la presunción de derecho y la presunción que no admite prueba en contrario.

Ya que hemos entrado a la división de las presunciones y al estudio de cada grupo, bueno es advertir que en su génesis lógica, es decir, en su engendramiento o en su producción, todas son idénticas ya que son consecuencias que la ley deduce de un hecho conocido para alcanzar uno ignorado. Afirmo esto refiriéndome a las presunciones legales objeto de este estudio, pues las de hombre o judiciales las estudiaré en la tercera parte de este trabajo.

Como estamos analizando las presunciones legales, es de importancia establecer el siguiente principio: no puede existir presunción legal sin que exista disposición

en qué fundarla. Parecerá ridículo este concepto al partir del hecho de que si se llama legales es porque se fundan en la ley, pero la verdad es que se han planteado discusiones entre los tratadistas, especialmente los franceses, quienes llegaron a instituir una clase de presunciones fundadas en analogías o en los principios generales del derecho.

Otra regla que debe sentarse como base al presente estudio es el que dice: "tanto en las presunciones juris et de jure o juris tantum, quien invoca la presunción no debe probar el hecho que está presumido por la ley".

Ahora bien, quien invoca la presunción legal debe de probar que existen los hechos sobre los que la ley funda la presunción.

Estos principios se aprecian en el siguiente ejemplo:

Pedro Benjamín presiente el fin de sus días estando agradecido de su médico de cabecera. Sabiendo que el galeno es incapaz de sucederle por haber sido el médico de su última enfermedad, dispone por testamento declarar única y universal heredera a María esposa del abnegado discípulo de Hipócrates.

Pedro Benjamín muere dejando, como de costumbre,

una inconsolable viuda y dos tiernos hijos.

En nuestra legislación existe el Art. 967 C. que dice: "Será nula la disposición de un incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona. Se tendrán como personas interpuestas, el conyuge, los ascendientes o hermanos del incapaz".

Entonces la viuda de Pedro Benjamín, únicamente tiene que probar que María es esposa del médico, por ser éste el hecho en que la ley funda la presunción sin preocuparse siquiera de establecer en juicio que es persona intermediaria.

Entonces, podemos concluir que el inciso segundo del Artº. 967 C, es una presunción legal que no admite prueba en contrario.

Debo de hacer otra advertencia y es que no existe siempre el concepto de presunción legal cuando la ley usa el verbo presumir, como puede apreciarse en los siguientes ejemplos:

"Art. 83 C.- En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos".

"Art. 1660 C. Son vicios redhibitorios los que

reúnen las calidades siguientes:

2ª.- Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menor precio".

Hemos concluido que la persona a quien favorece la presunción debe de probar necesariamente el hecho o los hechos de que la ley funda la presunción. Consecuentemente, siguiendo los principios de justicia universal y las teorías de la presentación de la prueba en juicio, debe de permitirse a la parte perjudicada probar la inexistencia o la existencia parcial de los hechos en que pueda fundarse una presunción, como base importantísima a todo buen procedimiento.

De lo expuesto, fácilmente se podría deducir, que las consideraciones anteriores se refieren únicamente a las presunciones legales que admiten prueba en contrario, pero para ser consecuentes con el criterio expuesto, también debería permitirse probar la no existencia de los hechos en que pueda fundamentarse una presunción de derecho o jure et de jure, ya que las legislaciones se oponen solamente a que se intente contrariar la deducción que la ley ha formulado y atribuir otra significación al hecho base, pero no impide, para ser textual que se afirmo y se acredite la falta de realidad de éste.

Así, no se me permitirá en juicio probar que las personas nacen a los ciento sesenta días como mínimo después de la concepción o trescientos diez días como máximo, porque indudablemente sería ir contra la presunción de derecho que establece ciento ochenta días como mínimo y trescientos días como máximo, pero sí puede probar que una persona concebida en matrimonio el día primero de enero, fecha en que también murió el padre, no pudo ser hijo de éste por haber sufrido en vida una mutilación que hacía imposible el concubito, aun cuando este hijo nazca dentro de los trescientos días posteriores a la muerte del padre.

Antes de entrar a la enumeración de las principales presunciones legales, debo de hacer notar que corrientemente se ha confundido a éstas con las ficciones legales. En los ejemplos de ficción que presento se podrá ver la diferencia existente.

- 1º.- Art. 76 C.- "Cuando de un parto nacieron dos personas y no pudiere saberse cual de ellas nació primero, se procederá como si ambas hubiesen nacido a un tiempo".
- 2º.- Art. 78 C.- "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mis-

mo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".

3º.- Art. 7 C.- "Publicada la ley en la residencia del Gobierno se entenderá que es conocida de todos los habitantes de la República y se mirará como obligatoria después de doce días contados desde la fecha de su promulgación".

La ficción, como las presunciones legales no pueden existir sine lege, punto en que coinciden. Ha sido definida por Gluck como "aquella disposición legal por la que se acepta como verdadera una cosa que manifiestamente no lo es, sino que sólo hubiera sido posible".

La razón de la existencia de la ficción es eminentemente práctica, pues como afirma don Enrique Aguilera de Paz, sólo por el ministerio de la ley y para el mejor desenvolvimiento de los fines jurídicos se supone, mediante ella, la existencia de un hecho o de un derecho que según el orden natural de las cosas debiera existir pero que en realidad no existe o puede no existir.

En fin, el Libro Tercero de nuestro Código Civil está plagado de ejemplos de ficciones tales como las disposiciones que reglamentan la sucesión intestada, la identidad de la personalidad del heredero con la del causante.

Debemos concluir haciendo una diferencia entre lo que es ficción y presunción y para ello hagámoslo en forma sencilla siguiendo a Cuyacio que afirmó: que fingimos lo que sabemos que no es; y presumimos lo que suponemos ser verdad.

Volviendo a la clasificación de las presunciones y con el objeto de poner ejemplos de cada una de ellas, repitamos nuevamente la división seguida por nuestro Código.

a) División General: presunciones legales y judiciales o de hombre.

b) Las presunciones legales pueden ser siguiendo el criterio del Art. 45 C: I - Presunciones legales que admiten prueba en contrario; II - Presunciones legales que no admiten prueba en contrario.

Ejemplos de presunciones legales que admiten prueba en contrario:

Art. 323 C. "Se presumirán la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en la forma debida".

Art. 197 C. incs. 2º y 3º. "La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación de parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá

que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente".

Art. 536 C. "Se presumirá descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes, o disminuirse considerablemente los frutos; y el tutor o curador que no desvanezca esta presunción dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, será removido".

Art. 751 C. "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece presunción contraria".

Ejemplos de presunciones que no admiten prueba en contrario:

PRESUNCIONES DE DERECHO

Art. 74.- "De la época del nacimiento se coliga la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día de nacimiento".

Art. 147 C.- "Las causas de divorcio absoluto se extinguen por el perdón expreso o presunto del cónyuge agraviado.

Se presume de derecho que ha intervenido el perdón, siempre que el cónyuge inocente no haya entablado su demanda de divorcio absoluto dentro de cuatro meses después de haber tenido noticia cierta de aquéllas".

Art. 804 Com. "Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él:

6º - Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas de cuenta ajena, y las letras o pagarés de igual procedencia que obraren en su poder, aunque no estuvieren extendidos en favor del dueño de las mercaderías vendidas, siempre que se pruebe que la obligación procede de ellas y que existían en poder del quebrado por cuenta del propietario para hacerlas efectivas y remitirle los fondos a su tiempo, lo cual se presumirá de derecho si la partida no estuviere pasada en cuenta corriente entre ambos".

B) OTRAS PRESUNCIONES

Art. 234.- "A la madre divorciada, haya dado motivo o no al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio".

Art. 750 incs. 3º y 4º.- "Un error en materia de hecho, no se opone a la buena fé.
Pero un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fé, que no admite prueba en contrario".

En esta última división, he separado los artículos que se refieren a las presunciones de derecho especialmente, por ser ésta una fórmula empleada por nues-

tro legislador para no admitir la prueba en contrario, fórmula que, como se ve, es muy rara y hasta cierto punto innecesaria, porque, como se ha visto en los ejemplos denominados como "OTRAS PRESUNCIONES", el legislador no usa ninguna fórmula sacramental para tener los mismos efectos, ya que simplemente dice: "no se admite prueba en contrario" o "lo que siempre se presumirá".

Puestos los ejemplos de las presunciones legales pasemos a la Tercera parte de este trabajo que se refiere especialmente a las presunciones de hombre o judiciales.

PARTE TERCERA

DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES O DE HOMBRE

Recordando conceptos, debemos tener presente que dividimos la prueba en natural y artificial. En su oportunidad dijimos que la prueba natural comprende todos los medios fundados en la evidencia material o personal directa, en oposición a la prueba artificial o circunstanciada.

(También recordemos que dividimos las presunciones en legales y judiciales.) Las primeras las examinamos ligeramente en la segunda parte de este estudio y ahora nos toca surcar en el difícil terreno de la prueba de presunciones judiciales o de hombre.

Con solo leer la parte del Art. 409 Pr. que dice: "las judiciales se dejan a las luces y prudencia del juez....." sospechamos los grandes problemas que se nos tendrán que plantear y los difíciles escollos, que, Dios mediante, trataremos de sortear para llegar a una conclusión.

Bien, partamos de una base firme que nos permita plantear los problemas con método, a fin de ir gravando conceptos que nos serán de mucha utilidad en el curso

del presente estudio.

No obstante que ya hemos hablado del concepto presunción e indicio, debo advertir que es problema y materia de discusión en Derecho Procesal Penal la definición de esta prueba. He aquí el primer problema.

La confusión de los términos presunción e indicio ha sido una rémora en el progreso de la ciencia probatoria y grande ha sido la lucha de los comentaristas modernos para llegar a diferenciarlos.

(Para Mittermaier las expresiones indicio y presunción son sinónimas.)

Lessona, más científico en la exposición, llega a advertir que ambos conceptos tienen una relativa diversidad inicial, pues, como él lo expresa, el indicio es la causa o mejor dicho, el hecho conocido, siendo la presunción el efecto que se traduce en el conocimiento del hecho ignorado, diferencias iniciales, que, en esencia, no impiden que ambas palabras sean sinónimas.

Si aceptamos que el indicio es la base de la presunción, necesariamente tenemos que admitir que cuando sobre éste no puede fundamentarse el razonamiento lógico que nos lleva a la presunción, constituye lo que los comentaristas han denominado "prueba abortiva" y que otros

califican impropriadamente de "prueba imperfecta", siendo en realidad una prueba inexistente.

Entonces, el indicio, antes del trabajo intelectual denominado razonamiento lógico, es una prueba en potencia.

Pedro Ellero en su libro "De la certidumbre en los juicios criminales", manifiesta que el indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. En otro párrafo del mismo libro dice: "la importancia de la prueba de presunciones....." (refiriéndose a los indicios). En conclusión confunde los términos.

El diccionario Escriche y la Enciclopedia Jurídica Espasa emplea las palabras indicio y presunción como equivalentes.

Nuestra legislación, como quedó explicado en la segunda parte, confundió antes los términos, habiendo ahora descartado de la terminología jurídica el término indicios.

Ahora investiguemos etimológicamente lo que es indicio y lo que es presunción.

Presunción, según el diccionario de la Real Aca-

demia, viene de la palabra latina PROESUMPTIO, derivada del participio PROESUMPTUM, del verbo PROESUMO, compuesto de la preposición PROE y del verbo SUMA, que significa en sentido literal TOMAR ANTES. Indicio se deriva de la palabra latina INDICIUM, del verbo indico o más propiamente del verbo INDUCO, compuesto de la preposición IN y del verbo latino DUCO, DUCERE IN que significa LLEVAR A.

Fijándose, se puede constatar que la segunda etimología (induco) da más idea del indicio, ya que denota el hecho generador y el generado, dando así un concepto claro de lo que es indicio y del procedimiento lógico que encierra: el raciocinio inductivo.

(Concluyendo, la presunción denota un juicio incompleto que deriva del indicio. El indicio presupone siempre un proceso inductivo. La presunción uno deductivo. De aquí se infiere que es el indicio el elemento en que descansa la presunción y que la presunción no es sino un juicio que de los indicios deducen los juzgadores.)

Pero nosotros debemos diferenciar la presunción del indicio y para hacerlo en una forma práctica, veamos el siguiente ejemplo: transitaba Pedro Benjamín por una callejuela cercana a la casa de Marcos Ilano, al

filo de la media noche, cuando inesperadamente, sin motivo alguno al parecer, una sombra lo embistió puñal en mano. Se produjo una breve lucha y Pedro Benjamín rodó sobre la madre tierra ya sin vida. Amaneció. Los comentarios fueron muchos y variados. Se constituyó el Juez, acompañado de su secretario de actuaciones y de los inevitables reporteros. Junto al cadáver del desventurado Pedro Benjamín encontróse una daga de cruz con las iniciales "M.I.", y en la morena mano, crispada todavía, un pedazo de tela de camisa sport. Se instruyó el informativo correspondiente, previo auto cabeza de proceso; se reconoció el cadáver por los médicos forenses quienes dictaminaron que Pedro Benjamín había muerto como consecuencia natural y directa de las lesiones reconocidas. Se examinó a los vecinos inmediatos y algunos de éstos afirmaron que la noche del suceso una fugitiva sombra saltó la tapia de la casa de Marcos Ilano; otros manifestaron al señor Juez que Marcos Ilano había amenazado de muerte a Pedro. Entonces se dirige la investigación contra Marcos, quien mal aconsejado por un vulgar tinterillo negó ser dueño de la daga encontrada junto al cadáver de su infortunado enemigo. Siguen las investigaciones y se establece que el puñal o la daga encontrada

junto a Pedro, fue confeccionada por orden de Marcos en una herrería de mala muerte y en casa del indiciado, se encontró una camisa sport a la que le faltaba el retazo encontrado en la crispada mano del infortunado Pedro. Este es el caso: analicémoslo.

- a) Se comprobó que MARCOS ILANO había amenazado de muerte a Pedro Benjamín.
- b) Se estableció que la daga que causó la muerte y que tenía las iniciales "M.I." pertenecía a Marcos Ilano.
- c) Se demostró que el retazo de tela de camisa sport encontrado en la mano de Pedro encajaba perfectamente en la camisa hallada en casa de Marcos Ilano.
- d) Se confirmó que una sombra saltó la tapia de la casa de Marcos Ilano la noche del crimen.

Entonces, ¿qué es lo que deducimos de todos estos antecedentes?. Muy sencillo: QUE MARCOS ILANO MATO A PUÑALADAS A PEDRO BENJAMIN. He aquí la presunción; los antecedentes se llaman indicios.

Pasemos ahora a la evolución histórica de la prueba por indicios y para ello dividamos su estudio así: Derecho Romano, Derecho Canónico, Edad Media y Moderna.

Roma, la capital del mundo, fundadora de nuestras instituciones civiles, también dió cabida a la prueba indiciaria. En tiempo de los tribunales comiciales y las cuestiones perpetuas tuvo su mayor esplendor la oratoria forense, que legó a nuestros días una de las joyas más preciadas de Marco Tulio Cicerón: la defensa de Anio Milón. (a)

Las constituciones imperiales al confirmar el derecho preconstituido, establecieron principios nuevos sobre la prueba. A pesar de que existen intérpretes que niegan la vigencia de la prueba indiciaria como presupuesto seguro de condena, la interpretación correcta del Libro IV del código de "probationibus", que también se encuentra en el Código Tiodosiano, demuestra lo contrario. Establecido que en aquella época no se podía imponer la pena capital en virtud de la prueba indiciaria, se deduce con mucha razón que se podía imponer condena en todos

(a) Milón fué procesado en el año 702 de Roma, por haber dado muerte en riña a P. Clodio en la vía Apia. Fué defendido por M.T. Cicerón cuando el gran orador tenía cincuenta y cinco años.

Milón fué condenado al destierro por 38 votos contra 13. Se estableció en Marsella y leyendo la pieza oratoria exclamó: ¡¡ Si el bueno de Cicerón hubiera hablado como escribe yo no estaría comiendo sardinas en Provenza!!

aquellos casos en que la pena no fuera la de muerte y especialmente en aquellos en que era difícil la obtención de la prueba directa: el adulterio por ejemplo.

A pesar de las contradicciones en la interpretación de los textos, la mayoría de los investigadores ha llegado a la conclusión de que, dentro del proceso penal, la prueba indiciaria fue usada y conocida por los jurisconsultos y legisladores romanos. Pero su valor y admisión estuvo condicionada por las circunstancias de la época.

En la Edad Media el sistema inquisitorial se extralimitó en la investigación de la verdad, utilizó la prueba por indicios a título de información que debía de combinarse con declaraciones de testigos y, sobre todo, con el interrogatorio del acusado. Bonnier, dice que el deseo exagerado de llegar a la verdad hizo emplear la vía menos propia para lograr este objeto: la violencia física.

Cuando se presentaba el caso de no haber confesión del reo o prueba testimonial de dos testigos intachables, los indicios, por graves que fueran, no podían dar lugar a la pena capital, pero sí a la aplicación del tormento.

El tormento es la expresión de toda una gama de dolores, provocados en científica forma, encaminado a obtener del atormentado una confesión de un hecho que tal vez no había cometido, con la ventaja jurídica de que si el acusado no confesaba, la prueba indiciaria contra el reo quedaba purgada. En otras palabras, este sistema pseudo jurídico de la Edad Media, aplicaba aquel adagio popular que dice: el que de cien paga una queda debiendo noventa y nueve.

Con la aplicación del tormento era corriente obtener la confesión de hechos que no se habían cometido y el juez, con la sola admisión de culpabilidad, imponía la sentencia respectiva, sin investigar el valor real de los indicios.

Estos medios de investigación de la verdad, tan corrientes en la Edad Media, desaparecieron por completo en los países civilizados. En algunos países de la América Latina la aplicación del tormento es corriente, sobre todo en la investigación de los delitos políticos.

El sistema inquisitorial tuvo como antecedente un período de franca rusticidad probatoria en que el azar y la astrología revelaban la verdad por medio de las pruebas conocidas con el nombre de ordalías, siste-

ma por el cual se sometía al acusado a determinadas experiencias, que interpretadas, daban lugar a la absolución o condena del reo.

El Sacramento de la Penitencia, transformó el derecho penal orientándolo hacia el delincuente, según lo afirma Spengler, pues era el hombre el que comparecía ante el Tribunal de la Iglesia y teniendo la confesión como la reina de las pruebas introdujo el tormento para obtenerla.

En vista de los frecuentes errores judiciales, tocó al Derecho Canónico introducir reglas que obligaban al juzgador a investigar la verdad por todos los medios reales, creando así, el sistema de la prueba material. Los jueces eclesiásticos juzgaban de acuerdo con leyes Decretales apreciando jurídicamente la prueba.

El Derecho Canónico tomó en cuenta la prueba indiciaria en la investigación de algunos delitos, que por sus características hacían insuficiente la prueba testimonial y la confesión. El adulterio se daba por comprobado cuando el acusado se encontraba "solus con sola, nudus con nuda in eodem lecto".

A fines de la Edad Media los jurisconsultos estimaban que la prueba indiciaria no producía la plena prueba

ba. Otros, se pronunciaban por la teoría del indicio indubitado, que consiste en la reunión de varios indicios concordantes. Esta contradicción en las ideas de aquella época creó la necesidad de un cuerpo de leyes que reglamentara la prueba por indicios. Fué el jurisconsulto Joham von Schwarzegemberg quien redactó "La Ordenanza de Justicia Penal de Carlos V de 1532", llamada también Constitutio Criminalis Carolina, que en su artículo 22 y de acuerdo con el pensamiento de los jurisconsultos de la época, dispuso que en virtud de la prueba por indicios no debía de imponerse condena alguna, pero autorizaba al juzgador a ordenar el tormento para obtener la confesión, prueba por excelencia de esta etapa de la evolución del derecho probatorio.

Fue la Constitutio Criminalis Carolina la que estableció en el Derecho Procesal Penal, el sistema de la prueba legal, dictando reglas para el peso de la prueba indiciaria. En esta época los juzgadores tienen como fuente el Derecho Romano y "la Carolina", como fue llamada por los tratadistas.

Los siglos XIV y XV marcaron el apogeo de la prueba material. Tratadistas como Julio Claro, Farinacio y otros vinieron a afirmar que la prueba es un cálculo ma-

temático de probabilidades, introduciendo los conceptos de plena prueba, de la semiplena y de la inferior o superior a semiplena, conceptos a que nos hemos referido al principio de este trabajo.

Las legislaciones de los siglos XVII y XVIII fueron fiel reflejo de las teorías expuestas. Se aprecia como adelanto en la investigación, el aislamiento e identificación de los venenos, se le da importancia a la autopsia, ya practicada siglos antes pero asociada al sortilegio (caso de Aubry en Inglaterra), se tomó en cuenta la apreciación empírica de las manchas de sangre (Proceso de Robert Green), pero sin llegar a admitir como prueba su examen microscópico.

Finalmente la cruzada de Beccaria contra el tormento, tuvo su gran éxito a fines del siglo XVIII, cuando fue abolido por las Ordenanzas de José II y las del Duque de Toscana.

Las legislaciones modernas del viejo continente — me refiero a la Europa del siglo pasado — admitieron la prueba indiciaria en forma sistematizada. Sin temor a equivocarse, puede decirse que la prueba de indicios estaba íntimamente unida al largo período de la prueba tasada. Las ideas liberales de la época hicieron apare-

cer a los jueces regulares que juzgaban tanto en el hecho como en el derecho, y la idea nueva de las garantías individuales encajonaron al funcionario que impartía justicia dentro de cierto número de reglas que limitaban en forma exagerada su acción. Los corrientes abusos de las épocas anteriores y la larga lista de errores judiciales (1) influyeron enormemente en los legisladores para implantar el sistema de la prueba tasada, que sujetó a los jueces a no autorizar la condena por indicios cuando éstos existieran como única prueba. Este sistema de derecho procesal, hace que los jueces, por no encontrar los requisitos necesarios en el juicio, se ven precisados a condenar a un inocente o absolver a un culpable.

Los métodos que se utilizaron para garantizar la eficacia de la prueba por indicios, se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) Establecimiento de reglas tendientes a aclarar

(1) Bonnier cita como caso el de la "urraca ladrona" que fué repetido de boca en boca y que dió origen a que en París se celebrara en conmemoración a este triste suceso la llamada "Misa de la urraca" a la que asistían los Magistrados vestidos de togas rojas.

a los jueces las condiciones lógicas que deben reunir los indicios, para alcanzar la certeza del delito.

b) Proscribiendo la condena capital, o pena más grave, en el caso de que la culpabilidad se halle demostrada por sólo prueba indiciaria.

c) Autorizando la condena por prueba indiciaria por un número determinado de votos.

d) Llenando las condiciones que debe reunir esta prueba, sin cuya concurrencia, no se podría pronunciar condena; tales como el número de indicios necesarios.

e) Definiendo, clasificando, enumerando, los indicios en relación con cada delito, para apreciarlos debidamente.

Los métodos enunciados fueron seguidos por el Código austríaco de 1833, el de Odemburgo de 1837, la Ordenanza de Baden de 1851 y finalmente el Código del Cantón de Valois, que según Mittermaier es el modelo en la reglamentación de la prueba indiciaria de aquella época.

El Código del Cantón de Valois de 1848, un Código de avanzada en su tiempo, trae una serie de sabios preceptos que reglamentan la prueba indiciaria así:

1º.- Todo hecho que constituya un indicio debe ser legalmente probado, 2º.- Si la prueba se opera por testigos, dos por lo menos serán necesarios, 3º.- Estableció los indicios generales y especiales, siendo los generales los comunes a muchos delitos, y, finalmente, clasificó los indicios según precedieran, acompañaran o siguieran al delito.

En sus disposiciones generales, tiene reglas para la apreciación jurídica de los indicios, poniendo ejemplos de cada uno de ellos. Trató en capítulo especial los llamados "indicios de inocencia" a los que subdividió en generales y especiales y para rubricar dicha reglamentación, clasificó los delitos según produjeran una sospecha alejada, una vehemente sospecha y una profunda convicción.

El defecto del sistema de la prueba tasada estriba en considerar al juez en un autómata, que clasificaba los indicios de conformidad con un patrón preestablecido en la reglamentación procesal, sin tomar en cuenta la labor intelectual del raciocinio y la investigación eminentemente subjetiva a que conduce esta clase de prueba. Fueron expositores de este sistema Montesquieu, Meyer, Bolstone y Bonnier.

El sistema moderno de libre criterio de conciencia, que tiene por principal fundamento, la libertad de apreciación de las pruebas, ha abierto una brecha segura en la evolución de la convicción judicial.

Desde la abolición del sistema de pruebas legales, han desaparecido las restricciones relativas a la fé en los indicios, y este principio de libertad en la apreciación de la prueba se resume en un artículo común a casi todas las legislaciones y que dice: "LA LEY NO PIDE A LOS JURADOS CUENTA DE LOS MEDIOS POR LOS QUE HAN LLEGADO A FORMAR SU CONVENCIMIENTO: LA LEY NO LES PRESCRIBE LAS REGLAS DE LAS QUE DEBEN DEDUCIR LA PLENITUD Y LA SUFICIENCIA DE UNA PRUEBA: ELLA LES PRESCRIBE INTERROGARSE A SI MISMOS, EN EL SILENCIO Y EN EL RECOGIMIENTO, Y BUSCAR EN LA SINCERIDAD DE SU CONCIENCIA QUE IMPRESION HAN HECHO EN SU RAZON LAS PRUEBAS PRODUCIDAS EN CONTRA Y EN DEFENSA DEL ACUSADO.

La Ley no les dice: TENDREIS POR VERDAD TAL HECHO VERIFICADO POR CIERTO NUMERO DE TESTIGOS; ella no les hace sino esta sola pregunta que encierra la extensión de sus deberes: ¿TENEIS LA INTIMA CONVICCION?".

El Código austríaco de 1873, siguiendo la corriente de este pensamiento jurídico, plasmó en una fórmula

legal los principios de esta doctrina, como sigue: "El juez no puede resolver la cuestión de saber si un hecho debe de aceptarse como demostrado por medio de las pruebas determinadas por las leyes; sino que únicamente resuelve según la convicción formada con toda libertad después de examinar las pruebas que se han dado en pro y en contra. (a)

Creo que hemos estudiado la evolución histórica de la prueba por indicios a grandes rasgos.

Se han formulado muchas divisiones sobre esta clase de prueba y tratando de ser breves detallaremos las más importantes.

Muyart de Vouglans los dividió en manifiestos o urgentes, próximos y remotos.

Son manifiestos o urgentes, los que tienen relación necesaria con el hecho alegado. Esta clase de indicios en la época de las pruebas legales no podía ser combatidos por la prueba contraria, según lo afirma Bonnier, quien pone como ejemplo de esta clase de indicio, el caso de que dos testigos intachables depusieran haber visto al acusado, con una espada desnuda y ensangrentada en la ma-

(a) Parece que esta doctrina fué incorporada al Código francés de 1808.

no, salir del aposento donde había sido encontrada una persona muerta de una estocada. Este fue el ejemplo clásico, que el mismo autor combatió diciendo que si admitía prueba en contrario, pues perfectamente pudo acreditarse, en virtud de la prueba respectiva, que el hombre muerto se había suicidado, o bien, que el acusado había defendido a la víctima de su verdadero matador.

Los indicios próximos son los que tienen una relación directa con el delito, sin suponerlo necesariamente. Mittermaier los definió como los que dan lugar a una conclusión directa en cuanto al objeto que ha de probarse, sin que sea necesario recorrer una serie de deducciones intermedias. Ejemplo: la enemistad capital del acusado, la compra de instrumentos propios para la consumación del hecho.

Los indicios remotos, llamados mediatos por Mittermaier, son los que tienen una relación indirecta con el delito. Ejemplos de esta clase de indicios: la fuga del indiciado, los malos antecedentes. Muyart de Vouglans, pone como ejemplo de esta clase "la cara de pocos amigos del indiciado o el sobrenombre del mismo".

Esta clasificación daba lugar a la pena capital cuando los indicios eran manifiestos, y a la aplicación

del tormento cuando eran próximos.

Otra división estableció las diferencias entre indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes. A los primeros pertenecen los actos preparatorios y las amenazas. A los segundos pertenecen aquellos indicios que acompañan al hecho. Ejemplo: haberse encontrado el puñal del acusado cerca de la víctima. Finalmente pertenecen a la tercera clase, las tentativas de soborno de testigos y la fuga.

Es de advertir que esta división no tiene aplicación práctica, pues no es útil para medir la fuerza probatoria de los indicios.

Se ha dicho que los indicios pueden ser generales y particulares; legales y no legales; claros o indubitables, oscuros o dudosos, etc.

La generalidad de los autores que confunden el indicio con la presunción los divide en: VEHEMENTES, PROBABLES O MEDIANOS LEVES, según el mayor o menor grado de probabilidad que ofrecen.

COMENTARIO A LA LEGISLACION SALVADOREÑA SOBRE LA PRUEBA
POR PRESUNCIONES JUDICIALES.

DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL

- 1) Valor probatorio de la prueba por presunciones en materia civil.
- 2) Condiciones de la prueba por presunciones cuando es plena prueba.
- 3) Condiciones de la prueba por presunciones cuando es semi-plena prueba.

1) VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA POR PRESUNCIONES EN
MATERIA CIVIL.

Entramos ahora al estudio de lo que nuestra legislación dispone en materia de presunciones de hombre o judiciales.

Para hacer un comentario adecuado, hemos creído pertinente, estudiar esta clase de prueba, primeramente en materia civil y luego en materia criminal, pues por dar origen estas materias a dos juicios totalmente distintos, como son el juicio civil y el juicio criminal, no será de extrañar que encontremos disposiciones especiales o soluciones legales diversas en materia de presunciones, ya se trate de un juicio civil o de un juicio criminal.

La prueba de presunciones está admitida en el Código de Procedimientos Civiles como lo demuestra el

Artº. 415 que estatuye esta clase de prueba como la última en la escala preferencial de las pruebas admisibles en materia civil.)

Transcribimos el texto de dicho artículo:

Artº. 415.- "Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta en el orden siguiente:

- 1º La presunción de derecho.
- 2º El juramento decisorio.
- 3º La confesión judicial.
- 4º La inspección personal en los casos en que tiene lugar.
- 5º Los instrumentos públicos y auténticos.
- 6º Los privados fehacientes.
- 7º La confesión extrajudicial escrita.
- 8º La confesión extrajudicial verbal con otra semiplena.
- 9º La prueba pericial en los casos que tiene lugar.
- 10º La prueba testimonial.
- 11º Las semiplenas pruebas de diverso género que hacen prueba perfecta.
- 12º Las presunciones cuando hacen plena prueba. La presunción legal no tiene entonces lugar, porque cede a la prueba contraria; salvo la presunción de derecho de que habla el número 1º."

Tenemos por otra parte, que el mismo Código de Procedimientos civiles en el Capítulo IV - Sección 8ª y en los Arts. 408 y 414 se ocupa en forma especial "DE LA PRUEBA POR PRESUNCION Y DE LA PRUEBA SEMIPLENA".

Una revisión histórica de nuestros Códigos de Procedimientos nos demuestra — y no podría ser de otra manera — que la prueba por presunciones ha sido siempre

medio probatorio admitido en nuestra legislación civil.

Pasaremos ahora a hacer el estudio de estas disposiciones especiales que puntualizan el valor probatorio de la prueba por presunciones en materia civil. Esta prueba engendra tanto una plena prueba como una semiplena prueba. Es característica de esta clase de prueba, pues, el ser capaz de producir tanto una prueba semiplena como una prueba plena, lo que no ocurre con otra clase de pruebas privilegiadas como la confesión judicial, el juramento, etc....que sólo engendran plena prueba.

El Artº. 410 Pr. determina cuando la prueba por presunciones constituye plena prueba. Dice así este artículo:

Artº. 410.- "Dos o más presunciones que no dependen una de otra y que todas concurren al hecho principal, harán plena prueba si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado. Mas una sola presunción no puede ser considerada sino como principio de prueba o prueba semiplena".

Vemos pues, que para que las presunciones constituyan plena prueba deben ser varias, es decir dos o más; que no deben depender una de otra y que todas deben concurrir al hecho principal. Adelante examinaremos el alcance de estos conceptos y el de otros requisitos

que la ley exige para elevar las presunciones judiciales a la categoría de plena prueba. Por ahora nos basta con señalar su valor probatorio.

(Las presunciones también pueden dar origen a semiplena prueba. Tal lo demuestra el Art. 412 Pr. que a continuación transcribimos:)

Artº. 412.- "Son pruebas semiplenas; la comprobación de letras, la deposición de un solo testigo idóneo, la confesión extrajudicial verbal probada por dos testigos, la presunción judicial y los testimonios o copias de que habla el artículo 275".

El Artículo 410 Pr. nos había dicho ya que una sola presunción podría ser considerada como principio de prueba o prueba semiplena y el Art. 412 Pr. nos afirma categóricamente que la presunción judicial es prueba semiplena.

Principio de prueba por escrito según el Artº. 1582 C. es un acto escrito del demandado o de su representante, que hace verosímil el hecho litigioso. Esto nos lleva a afirmar que el principio de prueba por escrito es en el fondo una categoría especial de presunción, que no debe contener como cualidad específica sino la de hacer verosímil el hecho litigioso y que hubiera sido más acertado que el legislador dijera que el principio de prueba por escrito es una presunción

especial y no decir que la presunción tiene en ciertos casos la categoría de principio de prueba por escrito. Al examinar los requisitos que debe reunir la presunción judicial para constituir semiplena prueba expon-dremos con más claridad nuestro punto de vista y hare-mos ver que en el caso del Artº. 1582 C., el legisla-dor no hace otra cosa que determinar las característi-cas especiales de una categoría de presunción judicial.

2) CONDICIONES DE LA PRUEBA POR PRESUNCIONES CUANDO ES
PLENA PRUEBA:

(Conforme el Artº. 410 Pr. que ya citamos, las presunciones judiciales constituyen plena prueba cuan-do son varias, no dependen una de otra y concurren to-das al hecho principal.) Las presunciones para consti-tuir plena prueba deben ser varias, independientes y concurrentes. Son independientes las presunciones, cuan-do cada una está basada en un hecho distinto pues no le es permitido al juez, extraer de un mismo hecho, diver-sas presunciones. Son concurrentes las presunciones ju-diciales cuando separadamente, es decir por si solas, llevan a una idéntica conclusión, como si en un momen-to dado dos líneas paralelas ^{separan de sí y} se juntaran en un punto determinado, cuando convergen pues, a un idéntico esta-

do de convencimiento.

No basta para que las presunciones judiciales constituyan plena prueba, que sean varias, independientes y concurrentes. (Nos dice el Artº. 409: "las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan conforme el Artº. 45 C. Las judiciales se dejan a las luces y prudencia del juez, quien no deberá admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes". He aquí pues, que es necesario para que las presunciones judiciales constituyan plena prueba, que sean, además de varias, independientes y concurrentes, graves, precisas y concordantes.) El propio legislador se ha encargado de definirnos estos conceptos de "graves, precisas y concordantes". Presunción grave — dice en el mismo artículo 409 — es la que se apoya en un hecho conocido que haga muy verosímil el hecho desconocido que se trata de averiguar. Precisa — dice — la que sólo se puede aplicar a un hecho y no a varios. Presunciones concordantes — agrega — son aquellas que siendo varias no se destruyen unas a otras y tienen tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no puede dejar de considerarse como antecedentes o consecuencias de éste.

Antes de determinar el significado del requisi-

to de la concordancia entre las diversas presunciones, detendremos nuestra atención sobre los términos que usa el legislador de "graves y precisas". La palabra precisa, tal como explica el legislador, al exigir este requisito en las presunciones judiciales de que solo puede aplicarse a un hecho, da a entender que esta clase de presunciones constituye un silogismo perfecto en el que, atendido el hecho antecedente, no cabe sino una conclusión, y precisamente solo esa. Ahora bien, como hemos visto en nuestro estudio preliminar, la prueba por presunciones judiciales, constituye una prueba indirecta, que no revela por si sola el hecho, sino que necesita de una labor de raciocinio que ejercita libremente el juez. De tal manera, que resulta imposible imaginar una presunción en la que el antecedente tenga un consecuente lógico forzoso, en el que no quepa otra posibilidad de conclusión. Si la prueba por presunciones es indirecta, y si en ella juega papel importante, el buen criterio del juzgador, cuando es judicial, imposible de exigir como requisito de esta clase de presunción, el que solo pueda referirse a un hecho y no a otro, pues en tal caso, dejaría de ser prueba indirecta para convertirse en prueba directa reveladora del hecho que se investiga. Las pruebas

según el sujeto revelador de la verdad, se dividen en materiales y personales, según que sea una cosa o una persona la que revele el hecho al juzgador. Este, recibiendo prueba material o personal, puede encontrarse con pruebas que directamente le revelen el hecho investigado o con pruebas que de un modo indirecto se lo revelen y con las cuales necesita ejercitar una prudente labor de raciocinio para formular una conclusión. La conclusión queda a juicio prudencial del juez; por lo mismo, es imposible suponer que ante el antecedente sea posible una única conclusión. Imaginemos el caso de una prueba abrumadora presuncional que haga forzosa una determinada conclusión. Aun en este caso, siempre cabrá la posibilidad, por remota que sea, de otra conclusión o conclusiones diversas, distintas de las que la lógica indica como forzosas.

La palabra grave, por el contrario refleja un grado de intensidad que obliga a una conclusión determinada; y precisamente, cuando se habla de grado de intensidad o de mayor verosimilitud, como dice el legislador, se está dando a entender que la conclusión no es única ni forzosa, sino que es la más aceptable entre una serie de posibilidades menores y una posibilidad mayor.

De tal manera que nos atrevemos a decir, que los términos grave y precisa que usa el legislador envuelven una contradicción, pues siendo precisa una presunción dejará necesariamente de ser grave, es decir intensa, vehemente, para convertirse en cierta, evidente y forzosa. Bastaba con exigir el requisito de que la presunción fuera grave para dar a entender que por su intensidad de convencimiento, llevaba a una conclusión determinada sin excluir por eso otras posibilidades remotas, que de no existir, la convertirían en precisa. (La prueba por presunciones como dicen muchos autores, se apoya en la teoría de las probabilidades). En consecuencia, serán graves las presunciones en que los motivos de convicción inclinan al juzgador a creer como muy posible el hecho que se deduce. Si la prueba de presunción judicial fuera prueba de certeza absoluta, dejaría de ser prueba indirecta, para convertirse en prueba directa en la que nada tendrían que ver las "lucces y prudencia del juez".

Todavía nos queda por precisar un último requisito exigido por la ley para que sea válida la prueba por presunciones. De una vez hacemos constar que este requisito, a nuestro entender, es indispensable para todos los casos de presunciones judiciales, es decir,

tanto cuando la presunción constituye plena prueba como cuando es semiplena prueba.

El requisito a que aludimos está contenido en el Artº. 410 Pr. ya citado en cuanto dispone: "si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado". Este requisito exigido por la ley significa que la prueba constitutiva del indicio, o sea la prueba en que descansa la presunción y de la cual el juez deduce el hecho desconocido, debe ser siempre plena.

En el código de Fórmulas de 1857 que se debe al talento preclaro del padre Menéndez, disponía en su artículo 443 lo siguiente:

Art. 443.- "Muchos indicios que no dependan uno de otro y que todos concurren al hecho principal harán plena prueba, si cada uno de ellos estaba apoyado sobre la deposición de dos testigos hábiles. Mas un solo indicio, por vehemente que sea, no puede ser considerado sino como principio de prueba, a menos que sea un indicio necesario; v.gr. el parto es indicio necesario de un delito de cópula carnal".

Desde la edición de 1880 la disposición aparece redactada tal como está ahora. (1)

(1) Buscando los decretos legislativos que precedieron a la reforma establecí que nuestro Diario Oficial no tuvo siempre el nombre que en la actualidad lleva y a título de curiosidad me permito insertar los datos históricos siguientes: se llamó "Gaceta del Gobierno Supremo del Estado del Salvador en la Re-

Razón suficiente tuvieron los legisladores para sustituir las palabras "apoyado sobre la deposición de dos testigos hábiles" por la de "un hecho legalmente comprobado". Este nos indica que los legisladores reformistas de nuestro sistema de leyes procesales comprendieron perfectamente que el hecho en que se basa la presunción puede provenir tanto de prueba personal (el caso de dos testigos hábiles), como de prueba material; el caso de que la presunción descansa en un hecho comprobado mediante inspección ocular o dictamen de peritos.

(Hemos afirmado ya que la prueba de presunciones judiciales, puede descansar en un hecho revelado por prueba personal o en un hecho revelado por prueba material.) De manera que la disposición contenida en el Código del padre Menéndez era incompleta o diminuta al exigir que el hecho en que descansaba la presunción debería de estar probado siempre por dos testigos; pues

pública de Centro América", tomo I que empieza con la edición del 23 de Marzo de 1847. Esta es la primera publicación oficial del Gobierno de El Salvador. Este primer tomo se quemó al incendiarse el Palacio Nacional y se reimprimió tomándolo de la biblioteca de la extinguida Universidad Nacional, según reza el decreto correspondiente (20 de nov. de 1903). Posteriormente tomó las siguientes denominaciones: "Gaceta del Salvador en la República

esto excluía - sin ninguna razón lógica ni jurídica- a las otras clases de prueba y especialmente a la material como generadoras de hechos presuncionales. El término "legalmente comprobado" que usa actualmente el legislador viene a salvar esta omisión y a dar cabida a toda clase de prueba admisible en juicio como generadora de hechos presuncionales.

El término "legalmente" sin embargo, podía ser perfectamente sustituido por el de "plenamente". Nosotros interpretamos la disposición del Artº. 410 Pr. en el sentido de que es indispensable para tener por establecida una presunción que el hecho en que descansa ésta, esté PLENAMENTE comprobado. Nos basamos para ello en el criterio uniforme de los tratadistas que no conciben la presunción sino basada en un hecho plenamente comprobado, exigencia que resulta evidente desde luego que la prueba por presunciones no

de Centro América" (1849); "Gaceta del Gobierno del Salvador en la América Central" (1853); "Gaceta del Salvador en la América Central" (1858); "Gaceta Oficial del Supremo Gobierno de la República del Salvador en la América Central" (1859); "Gaceta Oficial" (1862). Hubo "El Constitucional", periódico oficial del Supremo Gobierno (1863) y un Boletín Oficial (1871/1874). El 15 de Enero de 1873, apareció el primer número del Tomo I del DIARIO OFICIAL DEL SALVADOR, del cual contamos ya 154 tomos. Esta publicación se ha mantenido con ligeras variantes en el título, hasta nuestros días.

es una prueba directa, no es una prueba creadora de certeza absoluta; y, por lo mismo, mal podría fundarse en un hecho que no estuviera plenamente comprobado, es decir que estuviera comprobado a medias.)

El término "legalmente" significa pues, en nuestra legislación "plenamente" y abogamos por la sustitución para evitar interpretaciones torcidas que con un exagerado apego a la letra de ley dejan de ahondar en el pensamiento filosófico del legislador y en las razones de equidad y justicia general que se supone lo animan al ejercer la facultad de crear la ley. Nosotros sostenemos que este requisito de que el hecho en que descansa la presunción debe estar legalmente comprobado es válido también en el caso de que la presunción sola constituya semiplena prueba. Para nosotros, una semiplena prueba presuncional, cuando no proviene de prueba material, debe de estar fundamentada en el dicho conteste de dos testigos. Parece ser que esta interpretación es la que ha prevalecido, en materia civil, entre nuestros jueces y magistrados. El punto, sin embargo, se encuentra en el tapete de la discusión cuando se trata de prueba por presunciones judiciales en materia criminal. Muchos opinan que para decretar un auto de detención en materia criminal y aun para ele

var la causa a plenario, es suficiente la declaración de un testigo que testifique acerca de un hecho del que puede derivarse una presunción. En su oportunidad haremos el análisis crítico de este criterio interpretativo.

3) CONDICIONES DE LA PRUEBA POR PRESUNCIONES CUANDO ES

SEMIPLENA PRUEBA:

Nuestra ley - en el Art. 236 del Código de Procedimientos Civiles - dice que la prueba puede ser plena o semiplena, siendo plena o completa la que deja al Juez suficientemente instruido para pronunciar sentencia y semiplena o incompleta la que por sí sola no instruye lo bastante para decidir.

Hemos afirmado que las presunciones judiciales producen plena prueba cuando son dos o más, concurren al hecho principal, son graves, precisas y concordantes, y ha sido deducida cada una de ellas de un hecho legalmente comprobado. Entonces: ¿ qué requisitos debe llenar la prueba por presunciones para constituir semiplena prueba en el juicio civil ?

Es el artículo 409 de nuestro Código de Procedimientos Civiles el que nos da la pauta a seguir. Este artículo nos dice que las presunciones para ser admitidas en juicio tienen que ser graves, precisas y concor-

dantos.) Al hacer esta exigencia el legislador no hizo distinciones para el caso de que la presunción engendrara plena prueba o semiplena prueba. Debemos entender que los requisitos de gravedad, precisión y concordancia, lo son para ambos casos, es decir, tanto para el caso de que la presunción judicial constituya plena prueba como para el caso en que constituya semiplena prueba. Sólo podemos excluir de estos tres requisitos, tratándose de la semiplena prueba, el de la concordancia, porque éste es viable solamente en el caso de que las presunciones sean varias. De modo que según nuestro legislador la presunción judicial, para constituir semiplena prueba, debe reunir los requisitos de gravedad y precisión a que nos hemos referido anteriormente, y siempre que esté deducida de un hecho legalmente comprobado. Así lo establece el Art. 409 Pr. cuando dice que: "las presunciones judiciales se dejan a las luces y prudencia del juez quien no deberá admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes. Por su parte el Art. 410 Pr. nos dice que dos o más presunciones que no dependen una de otra y que todas concurren al hecho principal harán plena prueba si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado. Y una presunción — agrega dicho artículo — no puede ser conside-

rada sino como principio de prueba o prueba semiplena.

De manera que estamos en capacidad de afirmar que la presunción judicial para engendrar semiplena prueba debe ser grave y precisa y estar además deducida de un hecho legalmente comprobado. Los argumentos demostrativos de este último punto de que la presunción, aun siendo semiplena prueba, debe descansar en un hecho plenamente comprobado, los expusimos ya en líneas anteriores; y solo nos cabe agregar que consideraríamos como absurda una interpretación estrictamente literal del artículo 410 Pr. en el sentido de que el término "legalmente comprobado" se refiere exclusivamente al caso de la presunción judicial como plena prueba, pues esto sería suponer en el legislador una ignorancia absoluta de los principios filosóficos generales que rigen esta clase de prueba.

(Pero según nuestra legislación la presunción judicial no constituye semiplena prueba en el solo caso de que sea una, grave, precisa y deducida de un hecho legalmente comprobado.)

Hay otro caso en que la presunción judicial - constituye semiplena prueba. Nos dice el artículo 411 Pr, "cuando muchas presunciones estén unidas entre sí con dependencia una de otra, todas ellas no forman sino principio de prueba o prueba semiplena".

Dos interpretaciones se han dado a este artículo:

a) La primera es puramente gramatical y se funda en la idea que nos da la palabra "dependen" usada por nuestro legislador en dicho artículo. En efecto, "dependen" significa subordinación de un hecho a una cosa, o de una cosa a otra cosa, dando la idea de superposición. Para el caso de las presunciones, sería como establecer una serie sucesiva de deducciones, dicho en otras palabras, equivaldría a deducir una presunción de otra presunción. Esta forma de concatenación es idéntica a la fórmula lógica denominada "sorites" que es una serie de silogismos dispuestos en cadena, de manera que la conclusión de uno sirve de premisa para confeccionar el otro.

(Pero la doctrina ha desechado esta interpretación por oponerse a la máxima romana que dice: "proesumptum de proesumpto non admitatur" que quiere decir

que nunca la presunción puede ser fuente legítima de otra presunción.)

La verdad es que apégándonos al tenor literal de la ley, no existe en nuestro código una disposición que expresamente prohíba deducir una presunción de otra presunción, pero interpretando en debida forma el Arto. 410 Pr., podemos concluir que tácitamente lo impide, - desde el momento que exige como requisito esencial que el hecho en que se funde una prueba de esta clase debe estar "legalmente comprobado" o PLENAMENTE COMPROBADO como lo hemos sostenido anteriormente. De tal manera, pues, que conforme el criterio que sustentamos no puede deducirse de una presunción una segunda presunción, pues entonces esta última no estaría fundamentada en - un hecho plenamente comprobado ya que la presunción de que se deriva solamente tiene el valor de semiplena -- prueba.

b) La segunda interpretación, la que nosotros consideramos aceptada por no chocar con ninguno de los principios doctrinales que rigen la teoría de las presunciones judiciales, es la siguiente: puede darse el caso de que de varios hechos legalmente comprobados el juez deduzca varias presunciones que no sean graves ni

precisas y que no concurren directamente al hecho principal, es decir, que separadamente no son capaces de producir en el ánimo del juzgador la certeza por el -- máximo de probabilidades de que hemos hablado; pero -- que relacionadas entre sí, unidas todas bajo régimen -- de dependencia y formando un conjunto armonioso, sí -- llevan todas al ánimo del juzgador la fuerza de convicción suficiente para poder formar un silogismo con su conclusión definitiva sobre el hecho que se investiga. Este es el caso a que se refiere nuestra legislación -- en su artículo 411 Pr. al hablar de "muchas presunciones que estén unidas entre sí con dependencia una de otra". El legislador no podía dejar como ineficaces todos estos hechos de conclusiones parciales que ya unidos y relacionados originan una fuerte base de convicción.

Imaginemos el caso de un socio administrador -- en una sociedad colectiva a quien se quiere remover -- por ser incapaz de administrar últimamente los bienes de la sociedad. El juez recibe prueba de hechos parciales como los siguientes: falta de concurrencia a las -- horas habituales de trabajo; no asistencia a actos importantes para el control del estado financiero de la

sociedad, vida disipada, etc. Estos hechos por sí solos no podrían considerarse generadores de presunciones graves precisas y concordantes; pero sí da lugar a presunciones que sin ser precisas ni graves ni concurrir al hecho principal, demuestran unidas, concatenadas, la mala administración del socio. Este es el caso que plantea el Arto. 412 Pr. determinando que estas presunciones, dependientes unas de otras, no constituyen plena prueba sino principio de prueba o prueba semiplena. En este caso estas presunciones no podrían, por sí solas, fundamentar un fallo condenatorio para el administrador; pero unidas a otra prueba semiplena que se recogiera sobre la mala administración, se impondría la condena por el complemento de dos semiplenas pruebas si de la unión de éstas "resulta que no pudo menos de ser la cosa como la prueba anuncia", tal como lo dispone el artículo 413 que está estrechamente relacionado con el 412 Pr. que comentamos.

(No queremos terminar este capítulo de nuestro trabajo, sin hacer resaltar un requisito que la ley exige para que la prueba por presunciones judiciales sea admitida en materia civil y es el de que, esta -- clase de prueba tiene valor únicamente en los casos --

en que la ley admite la prueba testimonial. El fundamento de este artículo es notorio si se toma en cuenta que la prueba por presunciones es inferior en la escala general de la prueba a la prueba testimonial y mal podría el legislador admitir la prueba por presunciones en los casos en que rechaza la prueba testimonial. Nos hemos referido en último término a este aspecto -- por su carácter general y hasta cierto punto libre de escollos interpretativos. Y queremos en último término referirnos al hecho de que esta regla sólo tiene validez tratándose de juicios civiles, pues en materia criminal la admisión de la prueba testimonial es regla general, que no tiene excepción sino en los casos específicos en que el legislador exige prueba especial para la comprobación del cuerpo del delito: tal sucede en los casos de homicidio, aborto, lesiones, etc....Y aun en estos casos, -cuando las señales del delito han desaparecido- es admisible la prueba testimonial, por disponer nuestro legislador que cuando las señales del delito desaparecen se comprobará el cuerpo del delito -- por cualquier medio legal de prueba. (Arto. 130 I).

DE LAS PRESUNCIONES EN MATERIA CRIMINAL

- 1) Valor probatorio de la prueba por presunciones en materia criminal.
- 2) Condiciones de la prueba por presunciones cuando es plena prueba.
- 3) Condiciones de la prueba por presunciones cuando es semiplena prueba.
- 4) De la prueba por presunciones para decretar la detención de una persona.
- 5) De la prueba por presunciones para elevar la causa a plenario.
- 6) De la prueba por presunciones para dictar sentencia condenatoria.

1) Valor probatorio de la prueba por presunciones en materia criminal.

Nuestro Código de Instrucción Criminal, en su Art. 403⁵, dice que en materia criminal es admisible la prueba por presunciones.

Debemos recordar que al estudiar esta clase de prueba en la segunda parte de este trabajo, dijimos -- que las presunciones se dividían en presunciones legales y judiciales, y subdividimos las primeras en presunciones legales que admiten prueba en contrario y -- presunciones legales que no la admiten. Recordemos también que afirmamos en forma categórica que en sus efec

tos no existía diferencia alguna entre la presunción de derecho y la presunción legal que no admite prueba en contrario.

Bien, cuando nuestro Código de Instrucción Criminal en su Arto. 404 admite la prueba por presunciones, se refiere a las presunciones legales o se refiere únicamente a las judiciales, o se refiere a ambas?

Hay un principio jurídico que dice: "cuando la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros". Entonces, aplicando este principio, debemos concluir que el mencionado artículo se refiere a toda clase de presunciones.

Efectivamente así es. En nuestra legislación penal, tanto sustantiva como adjetiva, encontramos casos de presunciones legales que no admiten prueba en contrario y de presunciones legales que admiten prueba en contrario.

Casos de presunciones legales que no admiten prueba en contrario son los contenidos en los artículos 401 inc. último del Código Penal, en el 351 del Código de Instrucción Criminal y en los artículos 475 y 498 del Código Penal que a continuación transcribimos:

Art. 401 Pn. "No puede procederse por causa de estupro sino por acusación de la agraviada o de sus padres, o abuelos, tutor o curador.

Para proceder en las causas de violación y en las de raptó ejecutado con miras deshonestas; bastará la denuncia de la persona interesada o de sus padres, abuelos, hermanos, tutor o curador.

Si la persona agraviada careciere por su edad o estado moral, de capacidad para acusar o denunciar, y no tuviere padres, hermanos, abuelos, tutor o curador, podrá el Juez proceder de oficio.

En todos los casos de este artículo - el perdón presunto o expreso de la persona agraviada extinguirá la acción penal.

El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor; y en este sólo caso, quedará extinguida la pena, si ya se hubiere impuesto".

Art. 351 I. "Se presume de derecho que el dueño o director de la imprenta es el autor del impreso y por consiguiente el culpable del delito que se persigue, en los casos siguientes:

1º Si se niega a dar la declaración a que se refiere el inciso 1º del artículo 350, o en ella no se diese las indicaciones necesarias para determinar la persona que aparece firmando el escrito:

2º Si la persona que en su declaración indica que es la responsable de la publicación, fuese desconocida en el domicilio que le atribuye:

3º Si dicha persona fuere irresponsable del delito en conformidad a lo dispuesto en los tres primeros números del artículo 8 Pn.:

4º Si no se pudiere comprobar, aunque sea semiplenamente, que la persona indicada en su declaración fuese la autora del delito: (artículo 350); y

5º Si el original apareciere firmado por más de cinco personas. En este caso --

también se presume de derecho que son culpables las primeras cinco firmantes".

Art. 475 Pn. "La usurpación es violenta cuando se hace uso de la fuerza o intimidación para apoderarse del inmueble o derecho usurpado o para rechazar a su actual poseedor.

Se presume intimidación siempre que el apoderamiento o retención del fundo o derecho real se haya llevado a efecto por tres o más usurpadores."

Art. 498 Pn. "Se presume que la venta es simulada, siempre que el vendedor sea insolvente y concurra, en la celebración del contrato, cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º Si se verificare noventa días antes de que venza el plazo para el cumplimiento de alguna obligación:

2º Si la venta se efectuare cuando se ha presentado demanda ejecutiva contra el deudor:

3º Si después de celebrada la venta, en cualquier tiempo que se haga, el vendedor fuere el que cuida, administra o usufructúa la cosa vendida, o se entienda directa o indirectamente con la administración o cuidado de ella:

4º Cuando el notario y los testigos que intervinieron en la escritura de venta, no presenciaron que ante ellos se haya entregado al vendedor, el precio de la cosa en moneda efectiva; y

5º Cuando siendo casado el vendedor, se hubiere promovido contra él el juicio de divorcio o de separación de bienes.

Lo dispuesto en este artículo se refiere también a todo otro acto o contrato simulado que tienda a defraudar los derechos de tercero".

Casos de presunciones legales que admiten prueba en contrario son los contenidos en los artículos --

440, 445, 460 y 525 todos del Código Penal y 352 y 415 del Código de Instrucción Criminal que a continuación trascribimos:

Art. 440 Pn. "En la misma pena incurrirá el que hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

Cuando la persona desaparecida se encontrare o se demostrare que sobrevivió - al desaparecimiento, o que el sentenciado no tuvo culpa de su muerte, quedará exento de pena."

Art. 445 Pn. "El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona o sustrajere un menor de siete años, y no diere razón de su paradero o no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con nueve años de presidio.

En la misma pena incurrirá el que abandonare un niño menor de siete años, si no acreditare que lo dejó abandonado sin haber cometido otro delito.

En los casos de los dos incisos anteriores, si se encontrare la persona ofendida o se demostrare que sobrevivió al hecho sin que el condenado haya tenido culpa de su muerte, la pena se reducirá a la ordinaria de la detención, sustracción o abandono".

Art. 460 Pn. "Los malhechores presentes a la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla, serán castigados como autores de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlos.

Se presume haber estado presente a -- los atentados cometidos por una cuadrilla, el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario."

Art. 525 Pn. "En los delitos de hurto y robo se presume el ánimo de lucrar, salva la prueba -- contraria."

Art. 352 I. "Se presume legalmente que el dueño o director de la imprenta es el autor del impreso y por consiguiente el culpable del delito que se persigue, si dentro del término que el Juez lo señale, no presentare el original que lo exija en conformidad a lo dispuesto en la regla segunda del artículo 348.

Contra esta presunción solamente se admitirá prueba acerca de la pérdida o destrucción total o parcial del archivo de la imprenta, ocasionada, por incendio, inundación, saqueo u otros casos semejantes de fuerza mayor o caso fortuito que sean del dominio público.

Destruída la presunción contra el dueño o director de la imprenta, se averiguará quien sea la persona del delincuente en conformidad con lo dispuesto en la regla primera del inciso 1º, del artículo 348 de este Código.

Las hojas sueltas escritas a máquina, en mimiógrafo o empleando cualquier otro medio mecánico, serán consideradas como impresos clandestinos para los efectos de este Título, y tanto su origen como la delincuencia de los autores se determinará por cualquier medio legal de prueba."

Art. 414 I. "El hallazgo de las cosas hurtadas o robadas en poder de una persona que sea sospechosa, a juicio prudencial del juez, y que no pruebe su adquisición o conservación, forma plena prueba contra ella."

Sobre este aspecto de las presunciones legales en materia criminal es de suyo interesante entrar al análisis del inciso último numeral 4º del Art. 8 Pn. y del inciso último del numeral 11º del mismo artículo 8 del Código Penal que tratan respectivamente de la legítima defensa presunta y del presunto cumplimiento de -

un deber o de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Con relación a la legítima defensa, que como ya sabemos consta de los tres requisitos de agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente, establece nuestro código que: - "SE ENTENDERÁ que concurren estas tres circunstancias, respecto de aquel que durante la noche rechace el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione - al agresor."

Muchos han sostenido que este es un caso de presunción legal que no admite prueba en contrario y que -- basta que se establezca en juicio que durante la noche se rechazó un escalamiento en lugar habitado, para que el homicida (dado el caso) esté exento de responsabilidad criminal.

No nos parece correcta tal interpretación. En primer lugar, porque el legislador no ha dicho: "se entenderá siempre" ni ha rechazado expresamente la prueba en contrario ni ha usado los términos sacramentales de: "se presume de derecho". En segundo lugar, porque puede

muy bien darse el caso de que no obstante que concu--
rran los elementos materiales dichos del escalamiento,
la nocturnidad y el rechazo, se recoja prueba que pon-
ga en evidencia de modo indudable que no se trataba de
un homicidio por legítima defensa sino de un homicidio
intencional.

Imaginemos este caso: Griselda mujer de Timo--
león, lleva relaciones ilícitas con Pancraccio. Acostum-
braban verse furtivamente en altas horas de la noche,-
en ausencia del marido y usando para ello Pancraccio del
sistema de escalamiento para llegar a la alcoba de la -
adúltera. Una noche, previo concierto de los adúlteros,
Griselda esperaba a Pancraccio, quien a la hora conveni-
da se introduce por escalamiento. Pero esa noche el ma-
rido engañado estaba en casa. Griselda advierte que es-
tá a punto de ser descubierta, si Pancraccio logra en-
trar. Entonces decide matar al amante para salvar la -
honra y dispara sobre Pancraccio, a quien mata. Alega -
después legítima defensa presunta. Pero en el proceso -
salen a luz los hechos bochornosos ¿ se absolverá o se
condenará a Griselda? Entendemos que la presunción está
destruida y que Griselda debe ser sometida a proceso co-
mo homicida intencional.

Distinto es el caso del inciso último del numeral 11º del artículo 8 Pn. que textualmente dice:

11. "El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Se entenderá que concurre esta circunstancia respecto de la autoridad, de sus agentes o de las personas que concurren en su auxilio, SIEMPRE QUE, en caso de desobediencia o resistencia, o para evitar la fuga de un delincuente, emplearen medios proporcionados de represión, con tal que preceda intimación formal."

Aquí vemos, desde el punto de vista formal, que el legislador usó la expresión "SIEMPRE QUE"; y desde el punto de vista lógico, dados los supuestos del caso de desobediencia o resistencia o de fuga de un delincuente y de intimación formal y empleo de medios proporcionados, no cabe otra conclusión sino la de que se ha actuado dentro de la órbita jurídica y la de que los autores de esos hechos están exentos de responsabilidad criminal.

Sobre la creación de presunciones legales que no admiten prueba en contrario, para tener por cierta la culpabilidad del indiciado, tal como sucede en el Art. 351 I., 475 Pn. y 498 Pn. que tuvimos ocasión de ver, hemos de dejar constancia que las nuevas teorías del Derecho Procesal Penal rechazan por completo la --

creación de esta clase de presunciones, porque no es -
dable imaginar que la libertad o la vida de la persona
dependan de un razonamiento frío, inflexible, dogmáti-
co. Por más henchido de lógica que esté ese razonamien-
to siempre cabrá un resquicio por donde puede entrar -
la prueba en contrario y desbaratar el frío razonamien-
to del legislador.

Hemos visto ya que en nuestra legislación pro-
cesal penal están admitidas las presunciones legales -
que no admiten prueba en contrario, las presunciones -
legales que admiten prueba en contrario y las presun-
ciones judiciales. Respecto de las presunciones lega-
les -admitan o no prueba en contrario-, sabemos que --
constituyen siempre plena prueba. Nos queda por ver si
en materia procesal penal así como en materia procesal
civil, la prueba por presunciones judiciales da origen
a plena prueba y a prueba semiplena.

(El artículo 412 del Código de Instrucción Cri-
minal nos dice:

Art. 412 I. "Dos o más presunciones que no dependen u-
na de otra, y que concurren al hecho prin-
cipal, harán plena prueba, si cada una de
ellas es deducida de un hecho legalmente -
comprobado."

Este artículo, nos afirma claramente que la --

prueba por presunciones judiciales engendra plena prueba en materia criminal. La redacción de este artículo es idéntica a la del 410 del Código de Procedimientos Civiles, a cuyo comentario nos remitimos. Le falta sí, a dicho artículo, la expresión: "mas una sola presunción no puede ser considerada sino como principio de prueba o prueba semiplena" que usa el Art. 410 Pr. Y en la omisión pecó de corto el legislador, pues de una vez y en forma clara, debiera habernos dicho en el Código de Instrucción Criminal, que una sola presunción constituye semiplena prueba. Cierito es que el Art. 413 I. lo da a entender en forma tácita; pero hubiera sido más propio la afirmación categórica del legislador. Tal vez éste tuvo como motivo el hecho de que no podía emplear los términos: no puede ser considerada sino como principio de prueba, ya que en lo criminal no se conoce esa modalidad probatoria de PRINCIPIO DE PRUEBA. Pero bastaba que el legislador hubiera suprimido esos términos, para decirnos categóricamente que una sola presunción constituye semiplena prueba. Abogamos, pues, por la reforma del artículo 412 I. en el sentido indicado.

Decíamos que la prueba por presunciones judiciales engendra también semiplena prueba en materia crimi-

nal y que esto lo daba a entender en forma tácita el -
Art. 413 I. Efectivamente ese artículo dispone:

Art. 413 I. "Una presunción unida con otra semiplena -
prueba, o dos más pruebas semiplenas, for-
marán plena prueba, si de su unión resulta
que no pudo menos de haber cometido el reo
aquel delito, o de ser la cosa como la ---
prueba anuncia."

Está claro, pues, que si una presunción unida
con otra semiplena prueba, constituye plena prueba, u
na sola presunción judicial tiene el valor de semiple-
na prueba en materia procesal penal.

Gi (La prueba por presunciones judiciales engendra
prueba plena como prueba semiplena y el legislador de-
biera categóricamente hacer afirmaciones en este sen-
tido. *te hubieran agradeso nos aclarara tal afirmación*) ?

2) Condiciones de la prueba por presunciones
cuando es plena prueba.

(Vimos que en materia civil las presunciones ju-
diciales para constituir plena prueba deben estar dedu-
cidas de un hecho plenamente comprobado; ser indepen-
dientes y concurrentes; graves, precisas y concordan-
tes. Todo de conformidad a los artículos 409 y 410 Pr.)

En materia criminal los requisitos indispensa-
bles para que la prueba por presunciones judiciales --

constituya plena prueba están determinados en el Art. 412 I., que dice textualmente:

Art. 412 I. "Dos o más presunciones que no dependen - una de otra, y que concurren al hecho - - principal, harán plena prueba, si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado."

Hemos escuchado concordantes opiniones entre - profesores universitarios y profesionales en el sentido de que los mismos requisitos que la ley exige para que las presunciones judiciales constituyan plena prueba - en materia civil son los mismos exigidos para que ésta valga como plena prueba en materia criminal, pues los artículos 409 y 410 Pr. -dicen los sustentantes de tal criterio- se aplican tanto a la prueba en juicio civil como a la prueba en juicio criminal. Deducen esta generalidad de aplicación de tales artículos del texto de - la disposición contenida en el Art. 566 I. que a continuación transcribimos:

Art. 566 I. "Todos los recursos extraordinarios, reglas y procedimientos establecidos para lo civil, tienen lugar en lo criminal en cuanto le sean aplicables y no se encuentren - modificados expresamente por este Código. Se exceptúa el recurso extraordinario de - nulidad que no tiene lugar en lo criminal."

Nos vamos a permitir disentir de tal criterio.

En nuestra opinión, las disposiciones de Procedimientos

Civiles relativas a la prueba de presunciones judiciales no tienen validez jurídica de aplicación en materia criminal. A nuestro entender, son especiales las reglas que rigen esta clase de prueba en materia criminal porque el Art. 566 I. da aplicabilidad a las reglas del Código de Procedimientos Civiles en lo que "NO SE ENCUENTREN MODIFICADOS EXPRESAMENTE en el Código de Instrucción Criminal. Es decir, que ese artículo da validez su pletoria a las reglas procesales civiles en materia cri minal. Y tratándose de las presunciones judiciales, por estar lo relativo a esta prueba ampliamente legislado en el Código de Instrucción Criminal, es en este Código donde debemos indagar y precisar los requisitos indispensables que esta clase de prueba requiere para conver tirse en plena.

Tenemos al efecto el artículo 412 I cuyo texto ya transcribimos. Según este artículo, para que las -- presunciones judiciales constituyan plena prueba en materia criminal, es necesario a) que sean dos o más; b) que se deduzcan de un hecho legalmente o plenamente com probado; c) que no dependan unas de otras y d) que concurran al hecho principal.) (No exige el Código de Ins-- trucción Criminal, en forma expresa y categórica, como

lo hace el Código de Procedimientos Civiles, que las presunciones sean graves, precisas y concordantes. Esto no obstante, nosotros creemos que las presunciones judiciales, además de los requisitos ya especificados y que fueron deducidos del texto del artículo 412 I., deben ser graves. ~~Para que la prueba por presunciones judiciales constituya plena prueba en materia criminal,~~ es necesario pues: a) que sean varias; b) que sean deducidas de un hecho legalmente comprobado; c) que sean independientes entre sí; d) que sean concurrentes al hecho que se investiga y e) que sean graves.

El requisito de la gravedad no lo deducimos sin embargo basándonos en el carácter supletorio o complementario del Código de Procedimientos Civiles con relación al Código de Instrucción Criminal. Lo deducimos de una disposición expresa del Código de Instrucción Criminal y es la contenida en el Art. 66 que dice:

Art. 66 I. "Para proceder a la detención de una persona se necesita una presunción grave de que ha cometido un delito o falta, pero bastará cualquiera presunción para detener a los indicados de alguno de los delitos siguientes: homicidio, hurto, robo, incendio, falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal, ejecución de trabajos dentro del derecho de vía de las carreteras troncales, departamentales y caminos vecinales de la República, conforme al

artículo 165 incisos segundo y tercero -- del mismo Código.

En los delitos de malversación de caudales públicos, se tendrá como presunción grave de delincuencia, la certificación del acta a que se refiere el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Auditoría General de la República, extendida por el Auditor o Sub Auditor en su defecto. (1)

Vemos que en esta disposición se requiere, para decretar la detención de un individuo, procesado por un delito cualquiera, de los no especificados como excepcionales en el mismo artículo, que la presunción judicial sea grave. De este artículo deducimos nosotros -- que si se exige que la presunción sea grave como regla general, para decretar la detención de una persona, con mayor razón debe de exigirse también que la presunción sea grave cuando se trate de condenar a una persona con base en la prueba por presunciones.

Parace ser que nosotros hemos establecido un -- criterio muy particular en materia de presunciones judiciales según que se trate de un juicio civil o de un -- juicio criminal y que en nuestro parecer esta prueba -- está regida por principios distintos en uno y otros ca-

(1) -En cuanto a la certificación que se indica y quien ha de extenderla, debe estarse a la disposición o las disposiciones respectivas de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas, que rige actualmente en la materia.

so. Sin embargo esto no es cierto de modo absoluto. -
Puede verse que nosotros no exigimos que las presuncion
es judiciales en materia criminal sean precisas y cono
cordantes. Pero si se toma en cuenta que nosotros le -
hemos negado eficacia al término "preciso" que usa el
legislador en materia civil y si se toma en cuenta que
las presunciones al ser concurrentes, forzómente tien
en que ser concordantes, pues siendo contradictorias
no podrían ser concurrentes, se advierte de inmediato,
que en nuestro modo especial de pensar, la prueba por
presunciones judiciales está regida por los mismos - -
principios tanto en materia civil como en materia cri-
minal. Enumerados estos requisitos, no nos vamos a de-
tener, a explicar de nuevo el contenido de cada uno, -
pues al tratar de la prueba por presunciones en materia
civil dejamos ampliamente diluidos esos conceptos.

3) Condiciones de la prueba por presunciones -
cuando es semiplena prueba.

El Código de Instrucción Criminal en los artí-
culos 412 y 413, que legislan la prueba por presuncio-
nes judiciales, no determina cuales son los requisitos
necesarios para que dicha forma probatoria constituya
semiplena prueba. (Ni siquiera dice concretamente que -

la prueba por presunciones puede dar origen a prueba somiplena.) Es por el sistema deductivo que extraemos esa afirmación del texto del Art. 413 I. Existe pues, un silencio del legislador a ese respecto.

(Tratándose de los juicios civiles vimos ya cuáles eran los requisitos necesarios para que una presunción judicial constituyera somiplena prueba, consistiendo estos últimos en que la presunción fuera una sola, -- que fuera grave, y que estuviera deducida de un hecho legalmente comprobado. (Señalamos también que en materia civil varias presunciones constituían somiplena prueba cuando sin ser graves estaban unidas entre sí con dependencia una de otra y siempre que fueren deducidas de un hecho legalmente comprobado.)

¿Rigen estos mismos principios en materia procesal penal? ¿En un juicio por delito, para que una -- presunción constituya somiplena prueba es preciso que descansa en un hecho legalmente comprobado y que sea -- grave? ¿Es admisible en materia penal la regla de que varias presunciones unidas entre sí con dependencia una de otra, aun cuando no sean graves, constituyen somiplena prueba?

El silencio del legislador no nos puede llevar

a una conclusión negativa. Rige ante este silencio la regla que da validez supletoria al Código de Procedimientos Civiles con relación al de Instrucción Criminal en lo que no se encuentre expresamente modificado en éste. Nos referimos a la regla contenida en el Art. 566 I. que a continuación copiamos:

Art. 566 I. "Todos los recursos extraordinarios, reglas y procedimientos establecidos para lo civil, tienen lugar en lo criminal en cuanto le sean aplicables y no se encuentren modificados expresamente por este Código. Se exceptúa el recurso extraordinario de nulidad que no tiene lugar en lo criminal."

De modo que en nuestro criterio y con base en el citado artículo 566 I. la prueba por presunciones para constituir semiplena prueba se rige por los principios que ya dejamos expuestos en capítulo anterior de nuestro trabajo. (Debe tenerse pues, por afirmado, todo lo dicho anteriormente, pues en nuestro modo de pensar la presunción judicial engendra semiplena prueba en materia penal en estos dos únicos casos: a) cuando es una sola presunción, de carácter grave y deducida de un hecho legalmente comprobado y b) cuando se trata de varias presunciones fundadas en un hecho legalmente comprobado, las cuales sin ser graves están unidas entre sí con dependencia una de otra.

4) De los requisitos de la prueba por presun-
ciones para decretar la detención. Art. 66 I.

(No basta haber estudiado en materia de presun-
ciones judiciales al tratar el juicio criminal, cuándo
esta prueba constituye plena prueba y cuándo constitu-
ye semiplena prueba). Esta investigación resultaba com-
pleta tratándose de los juicios civiles por cuanto to-
dos los medios probatorios establecidos en esa materia,
tienen exclusiva eficacia en el momento en que el juez
dicta su fallo aceptándolos o rechazándolos. Pero como
el juicio criminal es sustancialmente distinto del jui-
cio civil, no sólo en relación a su estructura sino --
también al hecho de no encontrarse regido por el prin-
cipio de la soberanía de las partes sobre la litis, --
pues el juicio criminal es de mera pesquisa y hay que
ir precisando los pasos que debe dar el juez con rela-
ción a la libertad del procesado, para compaginar los
intereses de la sociedad que acusa y los intereses de
la persona acusada.

Es así como vemos que en el juicio criminal hay
dos momentos cruciales e importantes que no se encuen-
tran en el juicio civil y que nacen de su naturaleza pu-
nitiva: el momento de decretar la detención provisoria--

nal y el de elevar la causa a plenario.

La ley, atendida la garantía individual de la libertad humana, no ha dejado al arbitrio de los jueces el cercenamiento de don tan preciado como éste. Para decretar la detención de un individuo y para elevar la causa a plenario contra un reo, son indispensables ciertos requisitos, pues de otra manera, la libertad humana estaría como antaño sometida al capricho de los jueces.

En esta parte de nuestro trabajo vamos a estudiar la prueba por presunciones como prueba suficiente para decretar la detención de una persona. Después hablaremos de ella con relación al auto de elevación a plenario.

Dico el Art. 66 I.:

Art. 66 I. "Para proceder a la detención de una persona se necesita una presunción grave de que ha cometido un delito o falta, pero bastará cualquiera presunción para detener a los indicados de alguno de los delitos siguientes: homicidio, hurto, robo, incendio, falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal, ejecución de trabajos dentro del derecho de vía de las carrerteras y caminos vecinales o desperfectos causados en las carreteras troncales, departamentales y caminos vecinales de la República, conforme al artículo 165 incisos segundo y tercero del mismo Código.

En los delitos de malversación de cauda-

les públicos, se tendrá como presunción -- grave de delincuencia, la certificación del acta a que se refiere el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Auditoría General de la República, extendida por el Auditor o Sub Auditor en su defecto. (1)

Nuestros jueces de lo criminal y de paz, han interpretado este artículo -tal vez impulsados más por -- el celo de la justicia que por una estricta interpretación legal- en el sentido de que la palabra "presunción" usada en este artículo es sinónima de indicio. Es así -- como hemos visto muchos casos en que nuestros jueces -- de instrucción decretan el arresto provisional de un indiciado, con base en la declaración de un solo testigo, revelador de un hecho en el que puede fincarse cualquier presunción, cuando se trate de un delito de los especialmente enumerados en el Art. 66 I. o en el que puede fincarse una presunción grave cuando se trata de las otras clases de delitos. Los jueces salvadoreños, basados en las expresiones legales "cualquiera presunción" o "presunción grave", no exigen que estos hechos de los que se deduce la presunción, estén plenamente comprobados. Es por eso, que con la declaración de un solo testigo revelador del hecho presuncional, decretan la de-

(1) En cuanto a la certificación que se indica y quien ha de extenderla, debe estarse a la disposición o las disposiciones respectivas de la Ley Orgánica -- de la Corte de Cuentas, que rige actualmente en la materia.

tencción. La práctica constante ha convertido este criterio en axioma.

No obstante lo anterior, nos vamos a permitir hacer una crítica a esa práctica judicial; a esa interpretación de la ley perjudicial para los intereses del individuo que cae bajo las redes de un juicio criminal.

(Es principio universal, en doctrina, tratándose de la prueba por presunciones judiciales, que nunca puede deducirse ésta sino de un hecho plenamente comprobado. Ese principio resulta imperativo en nuestra legislación de conformidad con los artículos 409 Pr. y 410 I, en cuanto disponen: "si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado".)

Nuestros jueces han olvidado este requisito por el uso de las palabras del legislador "cualquiera presunción", sin tomar en cuenta que este término cualquiera, se refiere al hecho de que la presunción no sea -- grave ni precisa y nunca a que pueda faltarle el requisito de ser deducida de un hecho probado plenamente.

(Por otra parte, han confundido el término presunción con el término indicio. Antes, es cierto, el legislador usó el término indicio. Ahora no. Ahora usa el término presunción que no puede referirse sino

al medio probatorio especial deductivo llamado prueba por presunción que debe estar basado en un hecho comprobado plenamente.

La tesis, por más revolucionaria que parezca, está basada en las conclusiones doctrinales de los comentaristas y en el texto claro de la ley; y los señores jueces que impulsados por el celo de la justicia decretan autos de detención en estos casos debieran más bien, movidos por el celo, pedir la reforma del Art. 66 I. en el sentido de sustituir la palabra presunción por la palabra indicio, pues estos dos términos, como ya lo demostramos, significan cosa distinta.

5) De la prueba por presunciones para elevar la causa a plenario. Art. 183 I.

Para elevar la causa a plenario conforme a nuestra ley, es indispensable: a) que esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. b) que esté por lo menos semiplenamente comprobada la delincuencia del reo.

Relacionando este principio con la prueba por presunciones judiciales la primera interrogación que nos surge es la siguiente: ¿se podrá probar el cuerpo de un delito mediante presunciones judiciales?

El cuerpo del delito es la materialidad de la infracción y es la base del juicio criminal. La prueba del cuerpo del delito es la que revela la ocurrencia del hecho criminoso. Esta teoría tiene especial importancia tratándose de los delitos que dejan señales los cuales exige la ley o la doctrina que deben comprobarse mediante prueba material. Tratándose de ciertas formas especiales delictivas que dejan señales como el homicidio, las lesiones, el robo, hurto etc. la ley exige además prueba especial y específica para comprobar el cuerpo del delito.

Pero el cuerpo de los delitos que no dejan señales o el cuerpo de los delitos que las dejan, cuando éstas hubieran desaparecido, puede comprobarse por cualquier medio legal de prueba según el tenor del Art. 130 I. cuyo texto copiamos:

Art. 130 I. "En los delitos o faltas que no dejaron señales o cuando éstas hubieron desaparecido, se justificará el cuerpo del delito o falta por cualquier medio legal de prueba, inclusive la confesión del reo; pero si la existencia del cuerpo del delito se hubiere establecido con la sólo confesión del procesado, ésta no surtirá los efectos que preceptúa el inciso segundo del artículo 265 de este Código y prevalecerán las declaraciones del Jurado al respecto.

De la misma manera se comprobará el cuerpo de un delito que deja señales, cuando su reconocimiento no exija conocimientos pe-
riciales."

De manera que, tratándose de los delitos que no dejan señales o de los que las dejan cuando ya han desaparecido, la teoría del cuerpo del delito sólo tiene validez en cuanto a la exigencia de que se pruebe plenamente la consumación del mismo, y como la prueba por presunciones, según ya vimos, es susceptible de -- constituir plena prueba, perfectamente puede tenerse como probado, en ciertos casos, el cuerpo del delito por prueba presuncional.

En cuanto a la delincuencia, por ser requisito legal el que ésta se compruebe por lo menos semiplenamente, y siendo que la prueba por presunciones judiciales puede generar semiplena prueba, estamos en capacidad de afirmar de que aun una sola presunción deducida de un hecho legalmente comprobado y de naturaleza grave, puede servir para elevar la causa a plenario en lo relativo a la delincuencia.

No queremos terminar esta parte del trabajo sin referirnos, aunque someramente, al Art. 183 I, en cuanto dispone que en el caso de que existan pruebas contra el reo suficientes para elevar la causa a plenario y existan también pruebas favorables al reo, el juez se abstendrá de sobreseer sopesando la prueba y elevará

la causa a plenario. El Art. 183 I no distingue acerca de los distintos casos posibles de contraposición de pruebas. No se ha referido expresamente a la oposición de pruebas del mismo género, es decir de prueba de testigos favorables y prueba de testigos desfavorables o de presunciones favorables y de presunciones desfavorables. De tal modo, que según el tenor literal del Art. 183 es posible elevar la causa a plenario, con base -- en una presunción judicial constitutiva de semiplena prueba, aunque haya prueba pericial, que es de naturaleza plena, en contra de la presunción.

Nos parece oportuno que desde ya el legislador se adentre en este problema, sobre todo tratándose de la prueba por presunciones judiciales, que según la teoría es, por su naturaleza, destructible. Deberían contemplarse los distintos casos posibles y dar carácter preferencial a ciertas pruebas contradictorias, -- cuando la prueba de la delincuencia en que descansa la elevación a plenario sea prueba por presunciones judiciales.

6) De la prueba por presunciones para dictar fallo condenatorio.

En materia criminal, es regla general; pero no

absoluta, que los fallos descansen en el veredicto del jurado. Así, elevada una causa a plenario, con plena prueba del cuerpo del delito y semiplena de la delincuencia, si el veredicto es condenatorio, el juez debe de fallar en contra del reo, no basándose ya en la prueba recogida en el proceso sino en la calidad de verdad jurídica que la ley otorga al Tribunal de Conciencia.

Por lo decimos que la regla es general y no absoluta, porque tratándose de ciertos delitos, como los que quedan bajo la jurisdicción del Juzgado General de Hacienda (jurisdicción privativa) no se ha establecido el Tribunal Popular; y porque, aun tratándose de los delitos comunes, hay casos en que el juez desatien de el veredicto y falla conforme la prueba de autos.

Para estos casos rige el Art. 421 I, que dispone:

- Art. 421 I. "Para la condenación del reo es indispensable se pona de nulidad:
- 1º La justificación completa del cuerpo del delito;
 - 2º La prueba plena de ser él el delincuente.

Como ya vimos que la prueba por presunciones judiciales puede generar plena prueba y semiplena prueba

ba, afirmamos que en estos casos puede fundamentarse un fallo condenatorio en prueba de presunciones judiciales.

Para terminar queremos referirnos a la incongruencia existente entre el Art. 421 I, ya citado, y el 428 I: que transcribimos:

Art. 428 I. "Cuando no estuvieren plenamente comprobados el cuerpo del delito y la delincuencia del reo, o resultare plenamente comprobada su irresponsabilidad, se lo absolverá de toda pena y se declarará irresponsable poniéndolo en el acto en libertad, y mandándosele indemnizar conforme a las leyes, a juicio prudencial del tribunal superior.

La resolución indicada en el inciso 1º de este artículo se notificará al Fiscal -- respectivo, o al acusador si lo hubiere; y si se apelase de ella, o fuese de las que deben remitirse en consulta a la Cámara de 2ª Instancia, la libertad del detenido se acordará bajo la fianza de la haz."

La incongruencia a que aludimos estriba en que el artículo 421 pena con nulidad la falta de comprobación del cuerpo del delito (Tesis sustentada por el Art. 475 I.) y el artículo 28 I, establece que la falta de comprobación del cuerpo del delito no acarrea nulidad -- sino que da motivo a la absolución del reo.

Hemos arribado por fin a puerto seguro. La navegación ha sido dificultosa, pero algún resultado favorable hemos obtenido.

La prueba por presunciones, gelatinosa por --
cierto, y peligrosa en su apreciación, ha causado, lo
repetimos, la intranquilidad de algún juez, que por --
precipitación y no por malicia, ha llegado a pesar --
los indicios o antecedentes en forma contraria a los --
principios generales de la prueba a que nos referimos.

Las luces y prudencia del juez, de que habla --
nuestra ley, pueden reducirse al siguiente precepto: --
EL JUEZ DEBE DEDUCIR LAS PRESUNCIONES DE HECHOS O ANTE-
CEDENTES PLENAMENTE COMPROBADOS. Esta sencilla regla --
podríamos denominarla "la regla de oro de la prueba --
circunstancial". Esa misma prudencia debe obligar al --
funcionario a desechar por completo la conclusión extra-
ída de la deposición de un testigo singular. ?

Siendo la libertad y el honor los fundamentos
de la personalidad humana, se impone a los juzgadores
la obligación de meditar detenidamente una resolución
que descansa sobre presunciones y no olvidar nunca el
sabio consejo de Manzini, que dice: "EL MAGISTRADO DEBE
ESFORZARSE EN ALEJAR DE SU ESPIRITU TODO AQUELLO QUE, --
DETERMINANDO INSIDIOSAS PREVENCIONES, PUEDA INDUCIRLO A
ERROR".

F I N.