

PIETRO ELLERO

SENADOR DEL REINO Y CONSEJERO DE ESTADO

**de la certidumbre
en los
juicios criminales
o tratado de la
prueba
en materia penal**

7^a EDICIÓN

**BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES
ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS**

DE LA CERTIDUMBRE
EN LOS
JUICIOS CRIMINALES
O TRATADO DE LA PRUEBA
EN MATERIA PENAL

Por
PIETRO ELLERO
Senador del Reino y Consejero del Estado.

Traducción
ADOLFO POSADA

SEPTIMA EDICIÓN ESPAÑOLA

REUS, S.A.
MADRID
1980

7.ª Edición, 1979.

©Editorial Reus

Preciados, 23 - 28013 - Madrid, 2001

Teléfonos: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 521 30 54

Fax: (34) 91 531 34 08

Email: reus@editorialreus.es

<http://www.editorialreus.es>

ISBN 84-290-1257-5

Depósito Legal: M-39.351-1979

Impreso en España

Printed in Spain

Producción Gráfica: Acd. Pinto, S.L.

C/ San Bartolomé, 4. 28004-Madrid

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

**DE LA CERTIDUMBRE
EN LOS JUICIOS CRIMINALES
O
TRATADO DE LA PRUEBA
EN MATERIA PENAL**

DE LA CRITICA CRIMINAL

I

De las disciplinas criminales en general y especialmente de la crítica criminal

El amor patrio fue siempre un acicate de nobles y magnánimas acciones; pero en vano hierve y se agita en el pecho cuando el pueblo se encuentra despojado de su vida pública; entonces, quienquiera que en el rebaño de esclavos siente inclinarse su alma hacia las grandes proezas, y, sin embargo, tiene que refrenarse y hasta apagar el ardor que las inunda, debe morir sin haber sido comprendido, infructuoso y desconsolado. Cerrado el camino de las grandes aspiraciones sociales, los espíritus nobles vuelven sus miradas y dirigen sus pasos a la literatura; pero los más, atemorizados ante el árido desierto que les rodea, y desesperados porque no habrá de ser oída su voz, o porque será nulo su influjo, pasan su vida en vanos entretenimientos, convirtiendo las letras en mero solaz y recreo individual. Mas quien quiera honrar a la Patria y servirle, a causa de la tristeza de los tiempos, con sólo obras de pluma, debe, a lo menos, cultivar estudios severos, procurando despertar la conciencia pública y preparando a los demás en la disciplina de la vida cívica.

Y a la verdad, a pesar de lo adverso de las circunstancias de los últimos tiempos, algunos espíritus fuertes, luchando con el celo de quien pretendía prohibirles el cultivo de la verdadera sabiduría, dieron prueba espléndida de que el genio y el sentido jurídico no se habían agotado en los descendientes de los jurisconsultos romanos. Una de las disciplinas sociales,

predilecta durante casi siglos, entre nosotros, y ávida de todas las reformas necesarias, fue la penal; en ella se produjo una ilustre pléyade de ingenios italianos que elevaron sus nombres muy alto e influyeron poderosamente en el extranjero, impulsando hacia adelante la civilización. Realmente, si en Europa y en América se transformó la legislación penal, de fiera en humana, y desaparecieron los tormentos atroces y los falsos delitos, a nosotros se debe, a nuestros grandes hombres, como Beccaria, Filangieri, Pagano, Renazzi, Cremani, Romagnosi, Carmignani, Rossi..., y tal fue la última victoria, en el orden del tiempo, de la itálica civilización. Por esto los estudios penales (únicos entre los sociales que eran lícitos en ciertas partes de la península) deben constituir nuestra más firme ambición, y, por decirlo así, nuestra herencia, llegando hasta los últimos principios; que el campo no está aún libre de todos los obstáculos ni es tan augusto que no se pueda mejorar indefinidamente.

Esta situación no completamente franca es lo que ha impedido llevar al debate arduo y difícil de la jurisprudencia penal algunos de los estudios geniales, debiendo además tener en cuenta que una dura experiencia impone todavía nueva reserva... Por mi parte, tal situación me obliga a proceder con cautela y prudencia, ya que, al fin y al cabo, consideraciones debidas a la tranquilidad general impiden en ciertos momentos decir las cosas con toda claridad, no tanto, por temer al peligro (¡Dios nos libre!), cuanto por hábil deseo de contemporar. Dado esto, uno de los estudios más inofensivos de profesar y más útiles de exponer, y que más se separan de las contingencias políticas, de los intereses concretos, de los temores y de las esperanzas, paréceme el referente a la lógica judicial, o bien al criterio y a los medios de la certidumbre. Así, dejando para el porvenir el estudio de aquellos temas que podrían suscitar ciertas discusiones, limitaréme a tratar de este, frío y sutil, pero grandioso asunto, de la *crítica criminal*.

Entiendo por crítica la *disciplina de lo cierto*; por tanto, la crítica criminal, según que se considere como teoría o como práctica, es la *ciencia* o el *arte de adquirir certidumbre en los juicios criminales*. Sea o no precisa la palabra, no importa;

basta para entendernos y que en el uso se la interprete en ese mismo sentido. Hubiera dicho *probatoria penale* si su objeto se redujera tan sólo a las pruebas; pero como se trata de un tema más amplio, la amplitud del tema exige nuevas palabras, o mejor, palabras antiguas aplicadas a conceptos nuevos.

Pero, ¿en qué consiste la novedad? No es fácil responder en breves términos. Por de pronto, creo no haberme limitado a repetir lo dicho por otro (en cuyo caso me callaría); antes bien, aprovechándome del patrimonio de datos científicos, por otros descubiertos y acrecentados, creo haber enderezado estas investigaciones a la verdadera meta, la certeza pura, merced a su legítima guía, la lógica. He rechazado, en su virtud, todo lo que con esta última no tuviera que ver, a pesar de hallarse consagrado por la autoridad y por la costumbre; ya que me parece que ciertas instituciones de los romanos, convertidas por los doctores en principios, usurparon su función a la lógica y trastornaron la crítica criminal. Paréceme también necesario hacer notar que en los tratados hasta ahora publicados acerca de este punto (entre los cuales los de Bentham y Mittermaier son sin duda los mejores, no pudiendo desconocer, antes bien, debo proclamar el hermoso fruto que de ellos se obtiene), se ha incurrido, aunque no voluntariamente, en uno u otro de estos cuatro defectos: I, falta de una distinción perfecta entre las pruebas criminales y las civiles; II, confusión de las leyes absolutas de la certidumbre con las sugerencias de la conveniencia; III, falta de una separación adecuada entre las cuestiones críticas y las que se refieren a los ritos procesales; IV, omisión completa o falta de consideración bastante de las presunciones, que son una parte tan esencial del juicio criminal. En el desarrollo ulterior de la investigación habrá ocasión de reconocer estos defectos con relación a los casos particulares; pero, independientemente de esto, debo decir ahora algunas palabras, respecto del segundo y del tercero de los defectos indicados.

Se afirma, verbigracia, comúnmente, que el testimonio no jurado, o bien el de los correos, no vale. Ahora bien: en mi concepto, confúndese aquí una cuestión de esencia con una cuestión de *forma*; la verdadera naturaleza con la economía

de la prueba; un principio lógico, en suma, con una conveniencia moral y política. El testimonio *conviene* que vaya acompañado de juramento, porque éste confirma la tendencia impulsiva hacia la verdad; conviene también que no siempre se acoja la manifestación de personas perdidas, o interesadas de cualquier manera, en un éxito injusto del proceso. Pero no por esto es menos cierto que las deposiciones, aunque sean no juradas o de correos, que se encuentren revestidas de todos aquellos requisitos esenciales (no de los formales) que las hacen verídicas, y que en su virtud atraen la adhesión del ánimo, son propias para procurar prueba plena (VIII, XXII, XXV, XXVIII).

No hay, pues, tratados relativos a las pruebas penales que no se entretengan en cuestiones accesorias que se refieren, no a ellas, sino al procedimiento. Puede éste ser objeto, sin duda, de hermoso estudio, pero siempre en tales condiciones muy ocasionado a errores; así como, por ejemplo, ocurre cuando se discute acerca de los medios probatorios según el sistema inquisitorial o acusatorio del procedimiento penal, y se deduce que deben ser distintos. Ahora bien: en mi concepto, la forma procesal es completamente indiferente con relación a los medios de prueba y de certeza. Procédase por síntesis o mediante análisis, por acusación o bien por inquisición, un hecho no es cierto sino cuando los medios que lo ponen de manifiesto (decretados o no por la ley) ofrecen o provocan la certeza esencial del mismo. Una obra de crítica criminal debe prescindir de toda traba proveniente de las instituciones y de los preceptos legales para mirar tan sólo a la mera certeza. Dondequiera que (y esto es lo propio del procedimiento inquisitorial) el legislador señale cánones para el juicio, la crítica debe aceptarlos en cuanto se conformen con sus propios cánones, esto es, con la verdad; de otro modo, debe rechazarlos. Pero me he adelantado demasiado tratando de cosas que aún están por discutir y demostrar (IV, XLI); fuerza es que volvamos sobre nuestros pasos para comenzar ordenadamente el estudio de nuestro asunto.

INDICE

PÁGINAS

I.—De las disciplinas criminales en general y especialmente de la crítica criminal	5
II.—De la certeza y de sus especies	9
III.—De la certeza criminal	14
IV.—De la certeza legal	19
V.—De los medios de certeza y, en primer término, de las presunciones	28
VI.—De la verosimilitud	34
VII.—De las pruebas en general, y especialmente de las perfectas	38
VIII.—De las pruebas formales y esenciales	45
IX.—De las pruebas simples y compuestas, inmediatas y mediatas, personales y reales	50
X.—De las pruebas internas y externas, directas e indirectas, positivas y negativas	54
XI.—De las pruebas de inculpación y de descargo, objetivas y subjetivas, intencionales y de ejecución, principales y accesorias	59
XII.—De los indicios	64
XIII.—Del indicio de la capacidad de delinquir	69
XIV.—Del indicio del móvil para delinquir	76
XV.—Del indicio de la oportunidad para delinquir	79
XVI.—Del indicio de las huellas materiales del delito	82
XVII.—Del indicio de las manifestaciones anteriores al delito	87
XVIII.—Del indicio de las manifestaciones posteriores al delito	90

XIX.—De los indicios de disculpa	99
XX.—De la prueba indiciaria perfecta	103
XXI.—Del testimonio	109
XXII.—De los requisitos que dan validez al testimonio ...	111
XXIII.—Del juramento de los testigos	117
XXIV.—De la pluralidad de testigos	120
XXV.—De los vicios que invalidan los testimonios	124
XXVI.—De la confesión	132
XXVII.—De la división de la confesión y de las demás pruebas testificales	140
XXVIII.—De la prueba perfecta testifical	144
XXIX.—De las pruebas reales	150
XXX.—Del cuerpo del delito	157
XXXI.—De la prueba real perfecta	161
XXXII.—De los peritos	167
XXXIII.—De la prueba pericial perfecta	170
XXXIV.—De los documentos	173
XXXV.—De la prueba documental externa	177
XXXVI.—De la prueba documental interna	186
XXXVII.—De las pruebas imperfectas	191
XXXVIII.—Del cálculo probatorio	198
XXXIX.—De la prueba intencional	203
XL.—Del juicio criminal	214
XLI.—De los aforismos de la crítica y de los cánones del juicio	222
XLII.—Del sistema crítico adoptado y de la falibilidad de los juicios humanos	229

EDITORIAL
REUS
S.A. - AÑO 1852

