

345.05
P852w
1978
F. J. J. C.

093092
E. J. 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Apreciación de la prueba
Testimonial conforme al
sistema de la sana critica
en el Código Procesal
Penal Salvadoreño.**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Carlos Alexis Portillo Alvarez

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1978



U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

RECTOR:

INGENIERO SALVADOR ENRIQUE JOVEL

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Rafael Antonio Ovidio Villatoro.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Francisco Vega Gómez h.

SECRETARIO:

Dr. Edmundo José Adalberto Ayala Moreno.



EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras.
1er. Vocal: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva.
2do. Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. Francisco Vega Gómez h.
1er. Vocal: Dr. Mauricio Roberto Calderón.
2do. Vocal: Dr. José Antonio Morales Erlich.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. Ronoldy Valencia Uribe.
1er. Vocal: Lic. Miguel Angel Flores Macall.
2do. Vocal: Dr. José Belarmino Jaime.

ASESOR DE TESIS:

Dr. Carlos Arturo Barrientos Zepeda.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. José Artiga Sandoval.
1er. Vocal: Dr. Eduardo Calderón Ramos.
2do. Vocal: Dr. Atilio Ramírez Amaya.

ESTA TESIS LA DEDICO A:

DIOS TODOPODEROSO Y AL DIVINO MAESTRO,

mis queridos padres,
JOSE ELEAZAR PORTILLO y
ANGELITA ALVAREZ,
como tributo a sus nobles sacrificios;

mi querida esposa,
CONNIE VISCARRA CEVALLOS,
quien conmigo ha compartido
los sacrificios vividos para
alcanzar el éxito deseado;

mis adorados hijos,
TITO ALEXIS,
CONNIE LARISSA,
JEAN CARLOS,
YURI ALEXANDER,
con la fe puesta en Dios,
que sabrán superar la
labor de su padre;

la memoria de mi hermano,
TITO ELEAZAR, que pese a su
ausencia física, estoy seguro
ha de compartir conmigo
la alegría del éxito alcanzado;

mis hermanos,
SIGIFREDO ALBERTO y NORMA,
que supieron alentarme
en los momentos difíciles;

mis FAMILIARES, PROFESORES
y AMIGOS.

I N D I C E

- CAPITULO I.- LA PRUEBA. CONSIDERACIONES GENERALES.
SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE.
SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA.
- CAPITULO II.- LA SANA CRITICA.
DEFINICION.
CARACTERISTICAS.
- CAPITULO III.- ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES
PERTINENTES DEL CODIGO PROCESAL
PENAL.
- CAPITULO IV.- CONCLUSIONES.

CAPITULO I

LA PRUEBA. CONSIDERACIONES GENERALES.

Debemos comenzar, para desarrollar el trabajo que hemos seleccionado como punto de tesis, por citar algunas palabras del doctor Rafael de Pina: "La Prueba de los hechos (y de los actos) en el proceso es una actividad normalmente inexcusable, si se quiere llegar en él a un resultado útil, por lo que tiene una trascendencia fundamental. Aunque el proceso puede tener como tema del debate solamente el Derecho, este evento es excepcional; generalmente, el debate procesal tiene como base una doble cuestión, de hecho y de Derecho.

La necesidad de probar los hechos (y los actos) en que las pretensiones formuladas al Juez se fundan -salvo los casos de excepción legalmente conocidos- explica satisfactoriamente el interés del tema de la Prueba y la importancia que se le concede por los tratadistas de Derecho Procesal".(1). Esto explica en forma breve pero satisfactoria, la enorme y singular importancia del tema a desarrollar, lo cual, desde luego, dada nuestra limitada capacidad, convierte la tarea en una empresa difícil de realizar, aunque no imposible. Para iniciar el desarrollo de este tema, debemos exponer algunas consideracio-

(1) RAFAEL DE PINA. Doctrina General de la Prueba. Trabajo reproducido en la Revista Carta Forense. Tomo II. No. 8, 1975, Pág. 71.

nes generales sobre la Prueba y para ello diremos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (2) define la Prueba como: "Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa". El concepto antes expuesto nos parece demasiado amplio o genérico, aplicable a cualquier rama del saber, por lo que debemos buscar u orientar nuestros pasos en procura de un concepto más adecuado a la disciplina o ciencia del Derecho, por lo que diremos que Prueba es "Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro y es especialmente en el Juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. Según el Vocabulaire Juridique, la Prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley".(3)

Eduardo J. Couture (4) en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil "nos dice que "En su acepción común la prueba

(2) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 19a. Edición. España. ESPASA CALPE. 1970. Pág. 1077.

(3) GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario de Derecho Usual. Tomo III. Editorial Heliasta S.R.L. Edición de 1977. Pág. 423.

(4) EDUARDO J. COUTURE. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1972. Pág. 215-216.

es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación". "La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto". "En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba Penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba Civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación".

Francesco Carrara dice: "En general se llama Prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición". "La certeza está en nosotros; la verdad, en los hechos". "Respecto a un hecho podemos encontrarnos en cuatro estados distintos: de ignorancia, de duda, de probabilidad, o de certeza. Todo lo que sirva para hacernos progresar desde el primero hasta el último de éstos estados se llama Prueba".
(5)

(5) FRANCESCO CARRARA. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. II. Editorial TEMIS. Bogotá, 1957. Pág. 381.

Mittermaier la define como "La suma de los motivos que producen la certeza" (6). Al decir de Vicente y Caravantes, según cita referida por Rafael de Pina", la palabra prueba tiene su etimología, según unos, del adverbio "probe", que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o, según otros, de la palabra "Probandum", que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fé, según expresan varias leyes del Derecho Romano (7).

Debemos intentar, ahora, dar nuestro propio concepto de Prueba, sin embargo previamente hay que recordar una frase que, creemos nosotros, tiene plena validez en materia de Derecho, la cual en su forma original dice: "nada hay nuevo bajo el Sol", alocución que expresamente excluye la posibilidad de que seamos absolutamente originales al pretender elaborar nuestro concepto de Prueba hecha esta aclaración, diremos que Prueba;(hablando en términos procesales) es el conjunto de actos o hechos producidos en juicio, encaminados a demostrar la verdad de lo que se afirma o a desvirtuar lo sostenido por otro. Este concepto podríamos abreviarlo o reducirlo, si nos referimos al proceso penal, y entonces diríamos que -

(6) C.J.A. MITTERMAIER. Tratado de la Prueba en materia Criminal. Editorial REUS.(S.A.). Madrid 1929, Pág.50.

(7) RAFAEL DE PINA. Tratado de las Pruebas Civiles. Ediciones Porrúa, México D.F.1942. Pág.35.

prueba es el conjunto de actos o hechos producidos en juicio, encaminados a demostrar la verdad. Esa simplificación del concepto inicial es explicable pues bastará que nos remitamos a nuestro Código Procesal Penal, específicamente en sus Arts. 115, 116, 117, 121, 123 y 124, para comprobar que en el proceso penal el juez es un verdadero investigador de la verdad, es decir, de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos, de allí que no es menester, en el proceso penal, al menos en la fase de instrucción, que exista una parte que pretenda demostrar lo que afirma y otra que pretenda desvirtuar lo sostenido por aquél, pues como ya se dijo anteriormente, el juez es un verdadero investigador de la verdad.

Es tal la importancia de la prueba en el proceso que modernamente, aunque en forma moderada, se habla del Derecho Probatorio, como una nueva rama del Derecho, que, desde luego, goza de verdadera autonomía dedicada al estudio de la Prueba y sus materias afines. Rafael de Pina (8) nos dice que el Derecho Probatorio se divide corrientemente en Civil y Penal, según se refiera a la prueba para el proceso civil o para el penal; división que es sumamente sencilla, pero que en estas consideraciones generales nos resulta apropiada pues no es ésta el núcleo de nuestro trabajo, sino una especie de introducción.

En vista de la importancia de la prueba en el proceso,

(8) RAFAEL DE PINA. Ob.cit.(Tratado de las Pruebas Civiles). Pág.37.

hemos decidido emplear unos cuantos párrafos para referirnos a ella y precisamente por esto haremos una ligera exposición respecto de su clasificación y de los sistemas de valoración de la misma.

Existen diferentes clasificaciones de la Prueba, no nos referiremos a todas ellas sino exclusivamente a las que consideramos más acertadas o completas. La mayoría de los tratadistas, al referirse a las pruebas han establecido dos grandes categorías: a- Pruebas propiamente dichas y b- Presunciones.(9).

Rafael de Pina (10) manifiesta que "para la clasificación de las Pruebas propiamente dichas se han seguido generalmente los criterios siguientes: 1.-La naturaleza del proceso; 2.-El grado de eficacia; 3.-Los modos de observación y percepción; 4.-La función lógica que provocan y 5.-El tiempo en que se produzcan.

En atención a la naturaleza del proceso puede ser la prueba penal, civil, mercantil.

"Por el grado de convicción que produzca en el juez, se han dividido en plena y semiplena. La primera es aquélla que alcanza un resultado positivo, que permite sea aceptada sin el temor fundado de incurrir en error; la segunda no puede considerarse, realmente, como una verdadera prueba, pues,

(9) RAFAEL DE PINA.Ob.cit.(Tratado de las Pruebas Civiles)
Pág.41.

(10)RAFAEL DE PINA.Ob.cit.(Tratado de las Pruebas Civiles)
Pág.41.

de hecho, no es otra cosa que una prueba frustrada.(11).

Las pruebas pueden ser, también, directas e indirectas. Se llaman directas cuando por ellas, sin interferencias de ninguna clase, se demuestra la realidad o certeza de los hechos, e indirectas cuando sirven para demostrar la verdad de un hecho, pero recayendo en o por mediación de otros con el que aquél está íntimamente relacionado.

Se califican de reales las pruebas cuando el conocimiento se adquiere por la inspección o análisis de un hecho material; personales si conducen a la certeza mediante el testimonio humano.

Reciben las pruebas el nombre de originales cuando se refieren a primeras copias o traslados de un documento, o a testigos presenciales del hecho, e inoriginales si se trata de segundas copias o de testigos que han depuesto por referencia.

Otra división de las Pruebas es la de históricas y críticas. La prueba histórica se concreta en la observación personal del juez frente al hecho de probar o en la de terceras personas aptas para representarlo ante él; la crítica se traduce en una operación lógica, en virtud de la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a otro desconocido que queda también probado.

(11) RAFAEL DE PINA. Ob. cit. (Tratado de las Pruebas Civiles). Pág. 41.

Con relación al tiempo en que se produce la prueba, ésta se divide en simple o constituida (en el proceso) y preconstituida (con anterioridad al proceso)".

Framarino (12) hace una clasificación más científica, - completa y acertada manifestando inicialmente que "la prueba puede estudiarse en relación con el efecto que produce - en la mente, y por este aspecto, equivale a la certeza y a la probabilidad; y que, por otro lado, la prueba, puede considerarse en cuanto a la naturaleza y a su producción"; para estudiarla en estos dos últimos aspectos, debe partirse de tres - criterios esenciales y homogéneos en sí mismos. Hay tres aspectos esenciales de la Prueba, pues ésta puede considerarse ya en cuanto a su contenido, ya en cuanto al sujeto del cual emana o bien en cuanto a la forma en que se presenta.

"Si consideramos la prueba en cuanto al objeto, o si se quiere, en cuanto al contenido vemos que la prueba puede referirse, o bien a la cosa que se quiere comprobar, o bien a algo distinto de lo cual se deduce la primera; y en relación con el juicio penal en particular la prueba puede referirse al delito o a una cosa diferente del delito, de la cual luego y mediante un proceso racional la mente del juez deduce el - delito. De consiguiente, la prueba, en cuanto a su objeto, -

(12) NICOLA FRAMARINO. Lógica de las Pruebas en materia Criminal. Vol. I. Editorial TEMIS, Bogotá, D.E. 1964. Pág. 128.

se divide en dos clases: 1o. Prueba directa y 2o. Prueba indirecta.

Si consideramos la prueba en cuanto al sujeto del cual proviene, observamos que sólo hay dos sujetos posibles, pues como productora de la prueba puede presentarse o bien una persona o una cosa ante la conciencia de quien debe hacer la comprobación, que en materia penal es el juez del conocimiento, el que está investido de facultades para absolver o para condenar, o en otros términos el juez de la audiencia. Por lo tanto, respecto al sujeto, la prueba se divide también en dos clases: 1a.-Prueba Personal o testimonio de persona; 2a. Prueba real o testimonio de cosa.

En cuanto a la forma, en términos generales, la prueba se divide en tres clases:

1a.-Prueba testimonial, que es el testimonio de persona en forma oral; este testimonio cuando proviene de testigos accidentales del hecho y tiene por materia cosas perceptibles por los hombres comunes y corrientes se denomina testimonio común; en cambio cuando ese testimonio deriva de testigos escogidos después del hecho y recae sobre cosas perceptibles sólo por personas que ostentan especial pericia, se llama testimonio pericial.

2a.-Prueba documental, es el testimonio de personas cuando éste aparece en forma escrita o en otras formas materiales permanentes.

3a.-Prueba material, es el testimonio de cosa directamente percibido en la materialidad de sus formas.

Debemos de hacer notar, aunque en forma muy breve, que algunos autores también clasifican la prueba en materia criminal, ateniéndose a los fines que se persiguen con ella y - así se dice que hay pruebas destinadas a establecer la culpabilidad del reo así como también destinadas a combatirla, es decir a demostrar la inocencia del procesado. Por esa razón, si tomamos en consideración los dos fines principales y opuestos a que se dirigen las pruebas en materia penal, pueden - ellas dividirse genéricamente en pruebas de culpabilidad y pruebas de inocencia. Esta clasificación que proviene de los fines especiales de la prueba, debemos aclarar que es accesoria y subordinada a la clasificación fundamental que se ha expuesto antes y la cual se deriva de la naturaleza misma de las pruebas.

Es oportuno en este momento referirnos a dos temas de suma importancia en relación con la prueba, ellos son: a) el objeto de la prueba y b) la carga de la prueba.

¿Qué debemos entender por objeto de la Prueba? Eduardo

J.Couture (13) dice al respecto: "El tema del objeto de la Prueba busca una respuesta para la pregunta: "Qué se prueba, qué cosas deben ser probadas"?, pues, es natural y lógico, no todos los elementos deben probarse. Por regla general, son objeto de prueba, en los juicios civiles y penales, los hechos; pero no todos ellos sino solo los hechos controvertidos, es decir, el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes. Al afirmar esto (que los hechos son objeto de la prueba) podría preguntársenos si el derecho no es objeto de prueba, a lo que debemos responder diciendo que el derecho no es objeto de prueba, salvo raras excepciones. Estas excepciones son: a) en los casos en que la costumbre es fuente de derecho, si fuera discutida o controvertida y b) el derecho extranjero, pues la existencia de ese derecho no tiene para el juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida.(14).

La regla general, ya expuesta, de que sólo los hechos son objeto de prueba tiene también una serie de excepciones.

La primera excepción consiste en que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba. Los hechos admitidos quedan

(13) (14) EDUARDO J. COUTURE. Ob.Cit.Págs.219, 221 y 222.

fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba (15). Esa admisión de los hechos puede ser en forma expresa o tácita, admisión que vuelva inútil e innecesaria la prueba de los mismos e incluso por razones de economía procesal no deben probarse.

Además, no todos los hechos controvertidos necesitan probarse. "No son objeto de prueba, por ejemplo, dentro de los hechos controvertidos, los hechos presumidos por la ley, los hechos evidentes y los hechos notorios. Sin embargo, respecto de estos hechos debemos aclarar que aunque realmente se exime de la prueba a la parte que los alega, la parte contraria podría pretender probar lo extraordinario (es decir, lo contrario de lo normal, constante o evidente, o de lo presumido por la ley) y, por consecuencia, deberá producir la prueba de ese extremo.

La teoría del objeto de la prueba procura, como se ha visto antes, señalar cuáles son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración, lo cual nos lleva a distinguir entre la pertinencia de la prueba y la admisibilidad de la misma.

Respecto a esta distinción Couture dice (16): "Prueba pertinente es aquélla que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba imperti

((15) (16) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Págs. 224 y 238.

nente es, por el contrario, aquélla que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración". "En cambio, de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla".

Todo lo anteriormente expuesto es en términos generales, pero debemos adecuar estos preceptos al derecho procesal penal, puesto que es la rama que nos interesa en el desarrollo de nuestra tesis. En este sentido debemos decir (17) que "constituye el objeto de la prueba la demostración auténtica de la comisión de un hecho delictivo y sus circunstancias." "En todo hecho o suceso humano habrá que probar todos los requisitos precisos para determinar la persona, lugar, tiempo y circunstancias que concurren a limitarla y fijarla con sustantividad". Todo esto se concreta en las siguientes interrogantes: ¿Qué ocurrió?, ¿Dónde?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Quién lo hizo?, ¿Por qué?, ¿Y para qué lo hizo?, "cualquier prueba procesal que no sea capaz de responder a estas preguntas resultará in completa.(18)

(17) (18) ENRIQUE JIMENEZ ASENJO. Derecho Procesal Penal. Vol.I, Editorial Revista de Derecho Privado.Madrid.Pág.. Pág.405.

Establecidos los elementos que deben probarse, la doctrina estudia luego aquellos otros que, aún componentes del hecho procesal, no necesitan probarse aunque, desde luego, no se impide que sean objeto de prueba, si fueran contradichos por algún interesado en ello.

Entre esos elementos que no necesitan probarse tenemos las presunciones, los hechos evidentes y los notorios; en cuanto a estos últimos estimamos conveniente transcribir lo dicho por Jiménez Asenjo en su obra citada: "Importa sobremanera obrar en la prueba penal con cautela extrema en la admisión de circunstancias como notorias, porque de ellas suelen aprovecharse hábilmente los delincuentes para encubrir su crimen bajo la más inocente forma aparentemente natural y por ende indiscutible, por notoriedad, por el instructor. En principio, pues, no existen hechos notorios que representen un axioma jurídico intangible para el juez".

En cuanto a la carga de la prueba, debemos decir que ésta tiende a saber quién prueba; cuál de los sujetos que actúan en el juicio (el actor, el demandado, el juez) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate. "Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. La carga de la prueba no supone, pues, ning

gún derecho del adversario, sino un imperativo del propio - interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo - que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito".(19)

¿Qué ocurre en el debate penal, es decir en el juicio - penal? ¿En qué forma tiene aplicación la teoría de la carga de la prueba? En cuanto a esto debemos manifestar que la inocencia del hombre se presume; por lo que inicialmente debe entenderse que si se presume que todo hombre es inocente mientras no se compruebe su culpabilidad, una vez abierto el proceso - penal debe tratar de probarse aquélla. ¿A quién corresponde probar su culpabilidad? Al respecto Pietro Ellero (según cita referida por José Sartorio) (20) dijo: "En materia penal le corresponde al juez la obligación de probar, puesto que el juez penal debe dirigir sus esfuerzos a establecer la verdad sustancial, que es el fin último de todo proceso penal, y que por eso es impropio, pues pertenece al derecho civil, del cual se ha extraído, decir que esa obligación corresponde al acusado o al acusador". Consideramos que lo anteriormente expuesto es una verdad a medias pues sólo en la fase de instrucción se entiende que puede ser función exclusiva del juez instructor buscar la verdad por todos los medios, tanto por los favorables como por los contrarios al acusado;

(19) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Pág. 241.

(20) JOSE SARTORIO. Ob. cit. Pág. 158.

sin embargo en la fase plenaria, que tiene por objeto discutir contradictoriamente los elementos de juicio recogidos en la instrucción, refiriéndonos al juicio ordinario, y después del auto de llamamiento a juicio, en los juicios sumarios, serán las partes (acusador y defensor) quienes deberán comprobar los extremos por ellos pretendidos. Aunque, desde luego, en aplicación del principio de oficiosidad que rige en materia penal, el juez instructor, puede, por su parte, continuar en la búsqueda de la verdad, pues, lo sabemos perfectamente, éste puede de oficio disponer que se practiquen las diligencias que considere conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos. En los delitos de acción privada o sea los que requieren de acusación, la carga de la prueba sí se vuelve un imperativo del propio interés de cada litigante, tal como lo hemos expresado anteriormente.

Hasta este momento hemos realizado un ligero examen respecto de la prueba, pero hemos dejado, de propósito, de señalar que la finalidad de la prueba judicial es producir la convicción o certeza del juez, es decir en el juzgador, en ese hombre que por carecer de los atributos requeridos, se ve frente a una misión de imposible cumplimiento, cual es la de juzgar; pues, lo sabemos muy bien, y somos conscientes de esto, que la justicia humana no puede aspirar a la infabilidad, lo dice claramente la expresión "errare humanum est" (el

error es de humanos). La justicia, atributo divino, debe ser la meta que debe alcanzar el juez, sin embargo, para alcanzar esa meta debe sortear muchas dificultades comenzando por eliminar sus propias pasiones e intereses para poder así acercarse, lo más posible, a ese elevado concepto de justicia, evitando, además, las presiones, muchas veces enormes, que tratan de influir en su ánimo, con el exclusivo propósito de inclinar la balanza a favor de velados intereses con aviesas intenciones. Al momento de emitir su fallo el juez debe apreciar o valorar las pruebas que han sido proporcionadas por las partes o que han sido recogidas personalmente por él; pues bien, para apreciar o valorar esas pruebas hay diversos medios, formas o métodos, los cuales suelen llamarse "Sistemas de Convicción" o "Métodos de valoración de la prueba". En efecto, una de las operaciones más importantes o de mayor trascendencia que el juez tiene que realizar en el proceso, es, precisamente, la apreciación o valorización de los medios de prueba, pues de tal apreciación o valorización dependerá que se considere o no, la existencia del hecho que se juzga, así como la participación del procesado, de allí que podemos afirmar que éste es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria en el proceso, ya que es ésta la oportunidad en que se calificará, de parte del juzgador, si la prueba vertida en el mismo ha sido provechosa o no para for-

mar en él la convicción o convencimiento necesario.

Esos sistemas de convicción o métodos de valoración de la prueba son los siguientes:

- 1.-Sistema de la Prueba Libre.
- 2.-Sistema de la Prueba legal o tasada.
- 3.-La sana crítica.

Algunos autores (entre ellos Rafael de Pina) (21) hacen una enumeración similar aunque con una ligera variante, así: a) sistema de la prueba libre; b) sistema de la prueba legal o tasada; c) sistema mixto y d) de la Sana Crítica. Debemos señalar, además, que el sistema de la prueba libre también es llamado sistema de la libre convicción o de la íntima - convicción y el sistema de la prueba legal o tasada es llamado tarifa legal de pruebas.

Trataremos ahora de realizar un somero estudio de los - sistemas primeramente enumerados, es decir, del sistema de la prueba libre y del sistema de la prueba legal o tasada, para dejar el estudio de la sana crítica en un capítulo especial por tratarse, precisamente, nuestro punto de tesis, de la apreciación de la prueba testimonial conforme al sistema de la sana crítica en nuestro Código Procesal Penal, lo cual nos obliga, desde luego, a dedicarle un capítulo especial a este sistema, aunque no pretendemos, de manera alguna, realizar un exhaustivo estudio del mismo, sino, tal como,

(21) RAFAEL DE PINA. Doctrina General de la Prueba. Trabajo reproducido en la Revista Carta Forense. Tomo II, No. 8. 1975. Pág. 74.

lo hemos dicho antes, un ligero análisis en vista de nuestras limitadas capacidades.

SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE

"Este sistema otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas. El sistema de la prueba libre no sólo concede al juez la facultad de apreciarla sin traba legal de ninguna especie, sino que esta potestad se extiende, igualmente, a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valoración (22). Por libre convicción debe entenderse "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes".(23). En los párrafos antes transcritos tenemos una idea clara de entender en qué consiste el sistema, sin embargo, la idea o noción es más clara y convincente al decir el maestro Couture, en su obra ya citada. Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos"....."La libre convicción no tiene por qué apoyarse en hechos probados; puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aún por su saber

(22) RAFAEL DE PINA. Ob. cit. (Tratado de las Pruebas Civiles). Pág. 60.

(23) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Pág. 273.

privado; no es menester, tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida". Lo antes expresado nos dice claramente que en nuestro medio, es decir, en nuestra legislación, encontramos una - figura que resuelve exactamente dentro de los límites de este sistema, ésta es la institución del jurado, el cual al momento de emitir su veredicto, absolutorio o condenatorio, no tiene obligación de motivar o razonar el mismo, sino, tal como lo expresa el inc.2o. del Art.363 de nuestro Código - Procesal Penal "La ley no pide a los jurados cuenta de los medios por los que han llegado a formar su convencimiento". ..."ella hace esta sola pregunta que encierra la extensión de sus deberes: tenéis una íntima convicción? Y a propósito de la institución del Jurado es necesario que en relación a la misma mencionemos, aunque sea brevemente, algunas características especiales y, además, algunas objeciones que diferentes autores han puntualizado y que, por parecernos más adecuadas hemos tomado de C.J.A.Mittermaier.(24) siendo

(24) C.J.A. Mittermaier.Ob.cit.Pág.82.

sus características las siguientes: 1o.-Para cada causa son llamados a entender y decidir ciudadanos sacados del pueblo; 2o.-Estos ciudadanos no son **sino** los jueces del hecho; 3o.-Que relevados de toda regla de prueba legal y no obedeciendo más que a su convicción personal, no tienen que dar cuenta de su sentencia (en nuestra legislación debe decirse decisión); y 4o.-Que gozando el acusado del más amplio derecho de recusación, pueden aparecer como jueces aquéllos cuya decisión acepte libremente". Esta última característica no se da en toda su plenitud en nuestra legislación pues nuestro Código Procesal Penal en el inc.1o. del Art.342 manifiesta que cada una de las partes tiene derecho a recusar un jurado sin expresión de causa y hasta cuatro con expresión de causa y por escrito.

Sin embargo, se hacen muchas objeciones respecto del jurado, las hemos sintetizado del mismo autor, ellas son: 1a. Como los integrantes del Jurado son escogidos por la suerte, puede ocurrir que la suerte escoja individuos carentes de cultura, inhábiles para sus funciones y hasta débiles de espíritu. 2a.-No estando los Jurados sujetos a regla alguna, y además, no teniendo que dar la razón de su decisión, puede ocurrir que por una funesta confusión se dejen llevar de su disposición momentánea de espíritu, como si existiera prueba completa en la causa y que sorprendidos por el teatral com-

portamiento del acusado, o irritado por su actitud viva y al
tanera, se deje llevar de esas impresiones externas y absuel
va al culpable o condene al inocente. 3a.-Puede ocurrir que
la oratoria del defensor seduzca a los integrantes del jura
do y los obligue a absolver al culpable. 4a.-Debido a que -
al Jurado se le exime de dar la razón de su decisión, éste
no garantiza la conciencia del examen ni la justicia del ve
redicto. 5a.-La decisión del Jurado no admite apelación lo
que aumenta su peligro para la sociedad y para el inocente.
6a.-La distinción entre jueces de hecho (jurado) y de Dere-
cho realmente es ilusoria, puesto que la mayor parte de -
"cuestiones de hecho sometidas a la decisión del Jurado, no
contienen cosa diferente a puntos de Derecho. 7a.-Existen -
grandes dificultades para establecer qué mayoría debe reunir
el veredicto.

SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA

Este sistema se caracteriza fundamentalmente por el he
cho de que el legislador le señala a cada medio probatorio
el grado de convicción que producirá en el juez; es decir,
se establece, a priori, de parte del legislador, qué medio
probatorio es prueba suficiente y cuál no lo es. En este

sistema la valoración de las pruebas no depende del criterio del juez. "La valoración de cada uno de los medios de prueba se encuentra previamente regulada por la ley y el Juez ha de aplicarla rigurosamente, prescindiendo de su -- criterio personal". "En el sistema de la prueba Tasada el legislador da al Juez reglas fijas con carácter general, y, según ellas, tiene que juzgar sobre la admisibilidad de los medios de prueba y sobre su fuerza probatoria".(25). De allí que podemos decir que las pruebas legales (26) son aquéllas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.

En este sistema la tarea del Juez se vuelve meramente mecánica, en este sentido: el Juez se limita a confrontar el medio de prueba con el valor que el legislador, previamente, le ha otorgado a ese medio; y no obstante de que el juez esté íntimamente convencido que un hecho existe, que es cierto, no puede aceptarlo como tal. Cualquiera que sea la convicción que el juez obtenga del resultado de la prueba, ésta prevalece si no está de acuerdo con la valoración legal fija

(25) RAFAEL DE PINA. Ob.cit. (Tratado de las Pruebas Civiles). Pág.65 y 67.

(26) EDUARDO J. COUTURE. Ob.cit. Pág.268.

da en la ley. En el sistema de la prueba legal o tasada la tarea o labor que se le encomienda al juez no es muy elegante, pues, como ya se dijo, se convierte en una función mecánica y no se le obliga a fomentar en él el sentido de la responsabilidad ni la confianza en su propio esfuerzo y capacidad. En cuanto a este sistema se ha dicho, entre otras objeciones, (27): 1o.-"Que es una locura querer detener con reglas fijas el vuelo de la facultad innata en todos los hombres de investigar y descubrir lo cierto de las cosas, de esa facultad que guía a todo individuo en los sucesos cotidianos de la vida privada. Encadenar de este modo su libre desarrollo, No es encerrar al juez prudente y experimentado en un círculo de hierro, del que no puede salir? No es crear al Juez, todavía inexperto e inhábil, una tutela ineficaz y que jamás podrá prestarle la sabiduría que le falta?". 2o.- "Toda tentativa en este sentido, debe fracasar necesariamente: es imposible abrazar en dos o tres descarnados artículos de la ley la multiplicidad de casos en que debe juzgarse, con todos sus matices y combinaciones infinitas, y nunca se le ocurrirá a un legislador sensato establecer para cada especie posible una regla distinta"; 3o.-"En toda teoría legal

(27) C.J.A. MITTERMAIER. Ob. cit. Pág. 64.

de la Prueba es indispensable una enumeración de las diversas pruebas. Pues bien: esta enumeración necesariamente restrictiva hace muchas veces que el juez no pueda dar toda su importancia a tales o cuales circunstancias, olvidadas por el legislador, a causa de su aparente insignificancia; pero no por eso dejan de hacer frecuentemente la misma poderosa impresión en todos los hombres; y para el que tiene un exacto y profundo conocimiento del corazón humano, llevan en sí la convicción de la culpabilidad. Sin embargo, el Juez deberá permanecer impasible ante ellas; y le será vedado obedecer a esas grandes leyes de la naturaleza que le muestran tan claramente la marcha que debe seguir". No obstante todos estos inconvenientes o desventajas, expresados con anterioridad, es nuestra obligación puntualizar que el referido sistema tiene su justificación histórica pues cuando éste apareció representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, aunque, desde luego, en vista del desarrollo y avance de la ciencia del Derecho, cada día es menos usado este sistema.

Nuestro Código de Instrucción Criminal (derogado por el vigente Código Procesal Penal) se regía en forma predominante por este sistema de la Prueba legal o tasada, ejemplos claros de ello los encontramos en los Arts. 411 y siguientes del referido Código.

CAPITULO II

LA SANA CRITICA. DEFINICION Y CARACTERISTICAS

Antes de definir este sistema de valoración de la prueba debemos expresar que la mayoría de autores que hemos podido consultar sostienen que la Sana Crítica es un concepto que configura una categoría intermedia entre el sistema de la Prueba Legal y el de la Libre convicción (28), sin embargo, Rafael de Pina (29) considera que es un cuarto sistema ya que él estima que la clasificación inicial es tripartita así: - 1o.-Sistema de la Prueba legal o tasada. 2o.-El de la Prueba libre o de conciencia y 3o.-El sistema Mixto. Aún más, de Pina, llega a sostener que la Sana Crítica no es un verdadero sistema probatorio al afirmar que "la pretensión de convertir las reglas de la sana crítica en un sistema probatorio distinto de los hasta ahora clasificados por la teoría de la Prueba, es, sin duda, excesiva"..... y luego manifiesta: "por nuestra parte, sin negar la importancia de las reglas de la sana crítica (a las que estimamos sujeta la actividad del Juez, dispóngalo o no el legislador) sino, por el contra

(28) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Pág. 270.

(29) RAFAEL DE PINA. Doctrina General de la Prueba. Trabajo - reproducido en la Revista Carta Forense. Tomo II. No. 8. Pág. 76 y 81.

rio, otorgándoles la máxima que debe atribuírseles, no llegamos a la conclusión de considerarlas como constitutivas de un sistema probatorio autónomo". . . . Nuestros respetos a la opinión del profesor de Pina no impiden que expresemos nuestro desacuerdo, pues consideramos que la Sana Crítica, no obstante que, como obra humana, adolece de algunos defectos o imperfecciones, es un verdadero sistema de valoración de la Prueba, el cual, demás está decirlo, constituye un sistema revolucionario que rompió con muchos siglos de prueba aritmética.(30). Aunque resulta difícil para nosotros elaborar una definición de Sana Crítica, podemos decir que por tal debe entenderse el sistema de valoración probatoria en el cual el legislador faculta al juez para que de la certeza deducida de las pruebas o de determinado medio de prueba, establezca su convencimiento, de acuerdo a su criterio, regulado por las reglas de la sana razón y de la experiencia, las formas procesales, y exigiéndole la motivación de sus decisiones o resoluciones. Es oportuno señalar que el doctor Couture (31) manifiesta que "de los fallos, tomados en con-

(30) (31) EDUARDO J. COUTURE. "Las reglas de la Sana Crítica" en la apreciación de la Prueba testimonial. Reproducción de su conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Buenos Aires (27-7-1940) "Rev.D.J.A.", LXXXVIII; Págs. 269-270.

junto, parecería desprenderse más bien la idea de que las reglas de la sana crítica no son sino el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado"; y tratando de concretar esas ideas en una definición dice que: "reglas de la Sana Crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"; por lo que consideramos que nuestra definición antes expuesta se apega mucho a los cánones señalados en este párrafo del eminente maestro; para dejar un concepto más claro, el Diccionario de Derecho Usual de G.Cabanellas dice que Sana Crítica es la fórmula legal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas.

Antes de seguir adelante queremos hacer una pequeña exposición respecto de la historia del concepto, "reglas de la Sana Crítica", para ello, y a falta de mejor información, tenemos que referirnos a la conferencia antes citada del profesor Couture y, además, a la obra "De la Prueba de testigos en el Procedimiento Federal" de José Sartorio, (32) que, di

(32) JOSE SARTORIO. De la Prueba de testigos en el Procedimiento Federal. Edición de Jurisprudencia Argentina, - Talcahuano 640, Buenos Aires, 1945, Pág. 184.

cho sea de paso, nos ha llamado la atención pues éste hace cierta aclaración respecto de lo afirmado por el maestro Couture. Este último dice: "La fórmula vigente (reglas de la Sana Crítica) ha sido tomada sin duda del proyecto Argentino de Domínguez (Art. 164), el que a su vez, utilizó literalmente el texto del Art. 137 de la Ley Española de enjuiciamiento de 1855. Pero la ley de enjuiciamiento no creó el concepto, sino que se limitó a utilizar palabras usadas algún tiempo antes en una simple disposición administrativa: El Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado Español utilizaba, por primera vez en la historia del Derecho Procesal, la idea de que la prueba de testigos sería apreciada "según las reglas de la sana Crítica" (Arts. 147 y 148); al respecto José Sartorio en la obra antes citada hace alusión a estos datos diciendo: "el enunciado de reglas de la Sana Crítica" como norma axiológica de la prueba testimonial aparece por primera vez formulado en el Reglamento del Consejo Real de España de 1846 (Art. 148); de allí pasó a la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (Art. 317) y luego a la de 1881 (Art. 659). El término Sana Crítica no pasó de la ley de Enjuiciamiento Civil al Proyecto Argentino de Domínguez sino que hubo una ley intermedia: la Ley Federal Argentina de 1863.

En dos párrafos anteriores dice: La ley provincial de 10 de Agosto de 1867, autorizó al Poder Ejecutivo "para en-

comendar a un Abogado que formule un proyecto de Enjuiciamiento Civil tomando por base la Ley nacional de 14 de septiembre de 1863 (Ley 50) y las demas que le son anexas". El Poder Ejecutivo nombró al doctor José Domínguez y éste presentó su proyecto en junio primero de mil ochocientos sesenta y ocho. En la exposición de motivos decía: "De acuerdo con lo prescrito en la ley de 10 de agosto del año anterior, él está basado en la ley nacional del 14 de septiembre de 1863 (Ley 50) y en las que a ésta han servido de fuente y modelo".

De este modo se ve que el doctor Domínguez basado en la ley 50, tomó de ella, Art. 124, el concepto de la "Sana Crítica" y con un texto igual al original de la Ley Española de 1855, redactó el Art. 164 de su proyecto, que es el actual Art. 204 del Código de Procedimientos de la Capital: "Los Jueces y Tribunales apreciarán según las reglas de la Sana Crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos".

Valga también esta alusión histórica como amable observación a los lectores de la obra del profesor de la Universidad de Montevideo doctor Couture que en la clase Magistral sobre "Las Reglas de la Sana Crítica", que dió en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en julio de 1940, publicada en la Revista de Jurisprudencia Argentina, Tomo 71 Sección doctrina,

página 80 y que hasta hoy es el más hondo y erudito estudio - sobre el tema, hizo referencias del origen de la fórmula pasando de la ley española de 1855 al proyecto Domínguez, sin reparar en la existencia intermedia de la ley federal Argentina - de 1863.

Hecha esta digresión podemos, ahora desarrollar el punto específico que nos ocupa y para ello debemos comenzar - por preguntarnos Cuáles son las reglas de la Sana Crítica? y contestar diciendo que son aquellas reglas que la lógica y la experiencia proporcionan al entendimiento. Las primeras, las reglas lógicas, elaboradas por la ciencia de la - Lógica, que se caracteriza por ser una ciencia teórica, -- normativa y técnica, son un presupuesto indispensable en - la elaboración de la sentencia.

"El correcto razonamiento está sujeto a principios formales, de los que el juez no puede apartarse sin afectar - desfavorablemente la responsabilidad de sus funciones jurisdiccionales. No se concibe una violación de las normas lógicas, sin pensar en una anomalía del órgano judicial. En el oficio del juez va implícita, como esencial, la salud mental con su correlativa educada capacidad crítica. La Arbitrariedad o el ilogismo sería un contrasentido, un absurdo jurídico (33). En cuanto a las reglas que nos da la expe--

(33) JOSE SARTORIO, Ob. cit. Pág. 185.

riencia se da por entendido que éstas hacen desarrollar el sentido común de las personas y que precisamente se adquieren en el transcurso o devenir de las experiencias sufridas en la vida, de ahí que los principios lógicos y las expe--riencias de la vida le sirven al Juez de brújula para o--rientar sus pasos hacia la verdad y la certeza en ese laberinto, difícil de recorrer, que constituye el conjunto de probanzas vertidas en el proceso y en las que sin tales --guías u orientaciones difícilmente podría el funcionario -judicial encontrar el sendero que lo conduzca a la meta an--siada: La Justicia.

Lo antes enunciado puede dar origen a una interrogante: Podemos enumerar en forma casuística las reglas de lógica y de experiencia?. A lo que tendríamos que responder que tal enumeración casuística no es posible, tratándose de las reglas de la Sana Crítica, pues entonces entraríamos en con--flicto con la naturaleza jurídica propia de ésta, por eso -podemos afirmar categóricamente que las reglas de la Sana -Crítica no son disposiciones jurídicas, es decir, no son leyes que se encuentren reguladas en los artículos de los Có--digos procesales; pero sí son reglas indeterminadas a prio--ri y que nacen, en cada caso particular, de la razón y de -la conciencia del juzgador y, al decir del maestro Couture (34), "las reglas de la Sana Crítica son, ante todo, las re
(34) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Pág. 270.

glas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a -- que el Magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en -- los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la Sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas". Desde -- el punto de vista semántico, las palabras que componen la -- expresión Sana Crítica, sumadas, indican un juicio o examen sincero y sin malicia de alguna cosa o cuestión. La crítica (examen o juicio) de una cuestión o cosa, se califica de sa na, cuando está caracterizada por la sinceridad y la buena fe. En el lenguaje corriente, criterio sano, sanas costum-- bres y otras expresiones semejantes se utilizan para seña-- lar un juicio o una conducta de alta calificación intelec-- tual o moral (35). Resulta evidente, entonces, que la Sana Crítica requiere además de las reglas lógicas, otro factor valorativo que junto a éstas configuran su concepto íntegro, ellas son las "Máximas de experiencia", de las que ya habla-- mos en párrafos anteriores, pero que es oportuno ampliar -- los conceptos antes vertidos, pues éstas "Máximas de expe-- riencia" están constituidas por las reglas de la experiencia de la vida y de la cultura general, formada por inducción,

(35) RAFAEL DE PINA. Ob. cit. (Doctrina General de la Prueba Pág. 77.

mediante la observación de los casos de la práctica y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria. "La ley le concede al Juez la facultad de poner a contribución sus conocimientos no jurídicos, siendo indiferente que se haya servido antes de esas reglas de la experiencia como tal Juez o las haya adquirido como simple particular; y nada importa tampoco el que las forme de momento, recordando casos anteriores de la realidad, observados u oídos, es decir, con ayuda de lo que se llama el sano sentido común" -- (36). A su vez el Maestro Couture en la conferencia ya citada dice "Stein ha dado a la doctrina, en un libro memorable, la idea de "Máxima de experiencia". "Por tal se entiende el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comunmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio" (37).

Esa combinación de elementos, principios lógicos y reglas de experiencia, hacen que unos se complementen con los otros, aunque tal combinación reúne, por una parte elementos inmutables y eternos (principios lógicos) con elementos cambiantes, que varían al impulso del progreso científico y --

(36) JOSE SARTORIO. Ob. cit. Pág. 187.

(37) EDUARDO J. COUTURE. Conferencia citada. Pág. 272.

técnico (reglas de experiencia), los cuales pueden tener plena validez en una época o en un momento histórico determinado pero pierden su validez o eficacia al desarrollarse las ciencias, de ahí que en cierta época un hecho puede parecer naturalmente imposible y sin embargo algunos años después el mismo es posible, gracias a los adelantos científicos y técnicos. Para ser mas exactos debemos decir que los principios lógicos son rígidos en tanto que las máximas de experiencia son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. Por ello, pues, la Sana Crítica será, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro.

Esos principios lógicos son: 1o. Identidad; 2o. Contradicción; 3o. Tercero excluído y 4o. Razón suficiente. Para demostrar lo cambiante o variable bastará con señalar dos ejemplos, así: Hasta hace escasos cincuenta años si un testigo le hubiese manifestado a un Juez que el mismo día estuvo en lugares tan distantes como México y Brasil, el Juez hubiese rechazado el dicho de tal testigo por ser imposible en esa época lo relatado; lo mismo hubiese ocurrido si hace doscientos años un testigo hubiese manifestado al Juez que una persona había recorrido la distancia de sesenta kilómetros en una hora sin ayuda de animales de ninguna clase.

Al valorar la prueba conforme al sistema que nos ocupa "el juez no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería Sana -- Crítica, sino libre convicción. La Sana Crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el mas certero y eficaz razonamiento" (38) y esto se da, sobre todo, en la apreciación de la prueba testimonial, pues es aquí donde el juez debe hacer uso de su normal conocimiento de las cosas.

El maestro Couture en la conferencia tantas veces citada hace un resumen bastante interesante manifestando que -- "resumiendo las conclusiones anteriormente expuestas, puede afirmarse: 1o. Que es regla de la Sana Crítica la que obliga al juez a examinar los testigos considerando (junto con sus otros múltiples elementos de juicio), el error que es -- propio e inherente a la declaración testimonial. Frente a -- cada testigo deben ser examinados, el origen y los medios de la declaración, para extraer de ellos los necesarios juicios de valor. 2o. Que el error que es connatural a la declara-- ción, no quita a ésta su autoridad. Leves contradicciones --

(38) EDUARDO J. COUTURE. Ob. cit. Pág. 271.

de los testigos frente a circunstancias de detalle, han sido aceptadas muchas veces por la jurisprudencia, como un mérito y no como un defecto de la prueba. 3o. Que los antiguos preceptos relativos al número, edad, sexo, raza, categoría social o económica de los testigos, carecen hoy de justificación científica. Pero un examen de la idiosincracia de cada testigo, de su moralidad, de su inteligencia, de su penetración, son indispensables antes de toda valoración."(39)

Tal como lo habíamos expuesto antes, las reglas de la Sana Crítica se dieron, sobre todo, a fin de apreciar o valorar la prueba testimonial, lo cual queda claramente evidenciado en los conceptos antes transcritos, aunque, desde luego, a estas alturas, tales reglas se aplican en la apreciación de las diferentes clases de prueba y no exclusivamente para aquellas. Todo lo expresado hasta ahora parece decirnos que esas reglas de la Sana Crítica (disculpe el lector la repetición constante de este concepto) son de fácil aplicación pues, como se ha dicho, son reglas del correcto entendimiento humano y principios lógicos, conocidos aún por un hombre de mediana inteligencia, no obstante esto, al decir de Niceto Alcalá Zamora y Castillo según cita en tra-

(39) EDUARDO J. COUTURE. Conferencia citada. Pág. 280.

bajo elaborado por el doctor Héctor Mauricio Arce Gutiérrez, "el regimen de la Sana Crítica ofrece, sin embargo, el inconveniente de que no se puede encomendar a toda clase de jueces, sino que requiere funcionarios con un nivel elevado de preparación y cultura"..... "el sistema de valoración de la prueba abordado constituye el mas moderno y progresivo de cuantos la doctrina y legislaciones conocen, pues pesa la prueba, no la cuenta. Pero tal sistema tiene en su propia perfección, un enemigo. Es como esos mecanismos delicados, que solo a manos expertas se pueden confiar.. Appreciar la prueba según la Sana Crítica, requiere un tal caudal de conocimientos, de experiencia y, de buen sentido, que ello constituye la verdadera piedra de toque para el buen juez".

(40). Aunque creemos que esto es cierto, también consideramos que nuestro legislador adoptó este sistema no sólo por el simple hecho de adecuarse a las doctrinas modernas, sino también por necesidad ya que, no obstante los últimos inconvenientes expuestos, la inclusión de este sistema de valoración de las pruebas, mejorará notablemente la administración de Justicia en nuestro medio y, desde luego, estamos seguros obligará a nuestros jueces a superarse, no sólo en el sentido de ampliar sus conocimientos científicos y doctrinarios, sino, además, en el sentido amplio de adquirir "una verdade

(40) Dr. HECTOR MAURICIO ARCE GUTIERREZ. La nueva Ley del -
Proceso Penal (Comentarios Críticos a algunas de las -
instituciones mas importantes del proyecto de Código -
Procesal Penal) Carta Forense, Tomo 2o. No. 4. 1973 --
Pág.50.-

ra preparación jurídica y antropológica, pues en primer lugar actúa sobre un material humano, son las propias disposiciones afectivas del delincuente; formula juicios de razón que es una tarea lógica... y formula juicios de valor que es una tarea ética" (41). La Sana Crítica es el único sistema de valoración de la prueba que se adecúa a la naturaleza del hombre, a la libertad humana, que denota una renovada confianza en el hombre y, específicamente, en el juez, en sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de las pruebas presentadas en el proceso. Desde luego, las virtudes de un sistema pueden desaparecer si no existe voluntad o ánimo de parte de quienes deben hacer uso del mismo, tenemos confianza en que nuestro poder Judicial ha de mejorar notablemente y, de hecho, paulatinamente se está consiguiendo la superación del mismo; porque de no realizarse tal superación, la conquista lograda por el legislador lejos de constituir un avance o progreso en nuestro que hacer judicial podría revertirse y constituirse en algo negativo o perjudicial para los intereses de la Justicia.

(41) MARIANO RUIZ FUNES. Conferencia "El Juez Penal" (cita referida por el Dr. Arce Gutiérrez en su trabajo ya citado). Pág. 51.

CAPITULO III

ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DEL CODIGO PROCESAL PENAL.-

Hemos de comenzar este capítulo manifestando que realizaremos el estudio o análisis de las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal tratando en lo posible, de exponer el sentido y contenido del Artículo correspondiente, para dejar en un capítulo especial, que en este trabajo sería el capítulo final, algunas conclusiones que, en forma de recomendaciones, pueden proponerse como reformas, que algunas habrá de hacer, a fin de mejorar o pulir el tenor de las disposiciones en estudio. De antemano hay que reconocer que en nuestra legislación la Sana Crítica fue aceptada aún antes de ser aprobado el Código Procesal Penal vigente, aunque, desde luego, no se dijo expresamente, ni siquiera se utilizó la tradicional fórmula de "Sana Crítica" sino que otros términos tales como "a juicio discrecional del Juez" o "a juicio prudencial del Juez", expresiones que, tácitamente, se refieren a las reglas de la Sana Crítica; así, en el Art. 414 del Código de Instrucción Criminal, que estuvo en vigencia antes del actual Código Procesal Penal, decía que "el hallazgo de la cosa hurtada en manos de una persona sospechosa a juicio prudencial del juez" expresiones que, tácitamente, se refieren a las reglas de la Sana Crítica, además, el inciso 2o. del -

Art. 410 reformado, del Código de Instrucción Criminal así -- como el Art. 31 letra a) de la Ley de Procedimientos Especiales Sobre Accidentes de Tránsito, se refieren expresamente a las reglas de la Sana Crítica. Creemos conveniente aclarar -- que el inciso 2o. del Art. 410 antes citado es resultado de una reforma al Código de Instrucción Criminal, reforma que -- se dió por Decreto Legislativo número 145, de 19 de septiembre de 1962, lo cual explica el proque ya se utiliza el término Sana Crítica; es decir, el legislador de la época ya no se conformó con términos vagos o imprecisos sino que adoptó la fórmula tradicional, que, como hemos dicho antes, aparece en la legislación española y seguidamente en la Argentina; la disposición en comento en su parte pertinente dice expresamente "La apreciación de la prueba documental se hará a juicio prudencial del juez, de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica". Asimismo el Art. 31 literal A) de la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito, que es de mas reciente promulgación (uno de septiembre de 1967) dice en su parte final "En ausencia de dichas pruebas, tal imprudencia podrá establecerse mediante la prueba testimonial y presuncional, estimadas de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica". Valgan estas aclaraciones que, por supuesto, -- estamos enterados no constituyen una novedad su existencia, para comprender que la inquietud de nuestros legisladores de

adoptar el sistema de la Sana Crítica viene de algunos años atrás, adopción que se realizó definitivamente en nuestro actual Código Procesal Penal; una de nuestras mejores fuentes de información, para comentar las disposiciones del referido Código, será una versión taquigráfica que de la discusión y estudio del mismo hemos podido consultar, aunque en la mayoría de casos éste último documento peca de breve o es caso en explicaciones o aclaraciones.

Realizaremos ahora el análisis o examen de las disposiciones relativas a la prueba testimonial, iniciando el despegue de nuestro estudio con el Art. 497 del Código Procesal Penal, que literalmente dice:

"Para que merezca entera fe el dicho de los testigos, el juez tomará en cuenta las condiciones y circunstancias siguientes:

1a.- La capacidad necesaria del testigo para apreciar los hechos, según su edad e instrucción;

2a.- La imparcialidad deducida de la probidad, independencia de posición, desvinculación con las partes y antecedentes del testigo;

3a.- Que los hechos sobre los que declare hayan podido ser susceptibles de apreciación por los sentidos y que el testigo los conozca por él mismo y no por inducciones o referencias de otras personas;

4o.- Que las declaraciones sean claras, precisas y coherentes, exentas de fuerza, temor o miedo, y que no sean impulsadas por error, engaño o soborno;

5a.- Que expliquen circunstancialmente los hechos sobre que declaren y den razón de sus dichos, expresando de qué manera saben lo afirmado; y

6a.- La oportunidad en que declare el testigo o sea el tiempo que medie entre la fecha del testimonio y aquella en que se produjo el hecho a que se refiere, así como si fue mencionado en la instrucción en diligencia realizada de oficio o a mención de alguna de las partes.

Las anteriores condiciones serán apreciadas prudencialmente por el juez, sin necesidad de pruebas sobre las mismas".

En primer lugar el término "entera fe" debe entenderse como suficiencia de prueba o, dicho en otros términos, plena prueba. Términos que a mi juicio representan lo mismo o tienen igual contenido, con la diferencia de que el término "plena prueba" es más adecuado emplearlo en el sistema de la prueba legal o tasada, en cambio el término "prueba suficiente" es más adecuado utilizarlo en el sistema de la Sana Crítica, en el cual la ley no establece previamente el valor de las pruebas sino que el juez pondera éstas y establece su valor. Esas condiciones y circunstancias expresadas (en número

de seis) creemos o consideramos que no son taxativas, sino que son una especie de guía en la que se han señalado las más importantes condiciones y circunstancias que deben considerarse por el juez para que el dicho de los testigos merezca entera fe; pero ello no es óbice para que surjan otros elementos y que éstos sean tomados en cuenta al momento de apreciar o valorar las diferentes pruebas que existen en el proceso. Aún más, podemos sostener que pudo el legislador no hacer tal enumeración y, sin embargo, no por ello el juez podría dejar de considerar tales elementos al instante de apreciar las pruebas, pues antes encontramos en el Código expresado una disposición que señala el sendero que debe seguir el juez; artículo que tiene aplicación en términos generales en cuanto se refiere a la apreciación de la prueba, se trata, precisamente, del Art. 488 Pr. Pn. El número primero del artículo 497 Pr. Pn., que literalmente dice: "la.) La capacidad necesaria del testigo para apreciar los hechos, según su edad e instrucción". Se refiere a la capacidad necesaria del testigo para apreciar los hechos; tal término debe entenderse que incluye tanto la capacidad física como la síquica, es decir, deben considerarse las cualidades físicas y mentales ya que algunas causas, entre ellas la locura, la ceguera y la sordomudez, vuelven incapaz a una persona y aunque la edad constituye la base fundamental en la capacidad, ésta puede modificarse, menguarse o nulificarse completamente por

las razones antes expuestas. Hemos dicho que la edad constituye la base fundamental en la capacidad del testigo y precisamente por ello nuestro Código en el número Segundo del Art. 499 señala que en la declaración del menor de catorce años - debe establecerse, en el acta respectiva, si dicho menor ha declarado con suficiente discernimiento, debiéndose entender por tal el saber distinguir o diferenciar las cosas entre sí, es decir, saber apreciar lo bueno y lo malo; pero observemos que la disposición combina la edad con la instrucción. "No se habla de saber leer y escribir, sino de algo mas complejo, debiendo entenderse por tal la adquisición o transmisión de conocimientos" (42) o el caudal de conocimientos adquiridos. La combinación de tales requisitos, edad e instrucción, determinará el mayor o menor grado de capacidad del testigo para apreciar los hechos, por lo que el juez debe calificar ambos requisitos para poder así estimar o valorar el dicho del testigo.

Creemos conveniente a este respecto, para dejar mas claro el porque es importante la instrucción del testigo, citar lo expuesto por Altavilla (43) quien evocando a Fiore, nos dice "El hombre culto tiene mucho menor dificultad para rendir un testimonio conforme a la verdad, lógicamente conectado en

(42) GUILLERMO CABANELLAS. Ob.cit. Tomo II. Pág. 402.

(43) ENRICO ALTAVILLA. Sicolología Judicial. Vol.II. Editorial TEMIS Depalma. Bogotá Buenos Aires. 1970. Pág.840.

todas sus partes, que un hombre inculto". "Tiene él la facultad de la atención disciplinada y siempre vigilante y lista, porque para cualquier conocimiento con el cual haya querido enriquecer su patrimonio mental ha debido hacer uso de la -- atención; un uso constante, dócil, no menguado por la difi-- cultad de poder penetrar en los elementos mismos de la per-- cepción. Ahora bien, esa atención disciplinada, que tanto -- ayuda al hecho del testimonio, se auxilia ulteriormente con la facultad mnemónica, que representa el punto céntrico de toda memoria, así sea la mas modesta". Y todavía agrega "Y la cultura no solamente favorece la percepción y la reevocación mnésica, sino también la precisión con que se hace la descripción".

En cuanto a la edad Altavilla manifiesta "La actitud del niño puede fácilmente inducir en error, pues si bien es cierto que éste se encuentra a menudo de mala fe en la mentira, en no pocos casos termina por suggestionarse y creer lo que afirma. Ocurre entonces que la mentira se cristaliza en su cerebro..... "Por otra parte, es menester recordar que el niño que no miente es tan fácilmente sugestionable, que puede ser inducido en un careo a retractarse, especialmente cuando se le coloca frente a quien teme y respeta" (44). Ahora en cuanto a los ancianos es importante señalar (repetiendo conceptos de Altavilla) que "la vejez es, muchas veces, una do-

(44) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit.Vol.II. Pág.881 y 882.

lorosa y humillante infancia; lentamente se vuelve a tener, por un fenómeno de involución y de disgregación síquica, una mentalidad con los defectos y la frescura de los niños, y -- también a revivir aquella lejana edad, como si el tiempo que nos separa de ella se hubiese esfumado" (45).

Generalmente el anciano, por su misma condición de tal -- al declarar incurre en errores que dependen, sobre todo, del debilitamiento de los órganos de los sentidos, especialmente de la vista y del oído, que disminuyen fuertemente, hasta -- crear errores y lagunas que pueden llenarse falseando la realidad. En ellos "La auto sugestión actúa para llenar las lagunas mnemónicas, porque los ancianos, son testarudos y obstinados, lo cual los hace peligrosos cuando cometen errores, porque no se logra persuadirlos de su error"... e incluso algunas veces presentan graves perturbaciones sensoriales que originan ilusiones y verdaderas alucinaciones" (46). Por todo lo antes expuesto es que en nuestro Código Procesal Penal -- tiene singular importancia la edad del testigo para darle o no crédito suficiente a su testimonio.

El numeral segundo del Art. 497 Pr. Pn., que literalmente dice: 2a.) La imparcialidad deducida de la probidad, inde

(45) (46) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit.Vol.I. Págs. 81 y 82.

pendencia de posición, desvinculación con las partes y antecedentes del testigo", exige la imparcialidad del testigo, -- es decir la actitud recta y desapasionada, sin prejuicios, -- del mismo, o sea que el testigo, para merecer entera fe, debe ser una persona que se comporte de modo sereno, justo, sin -- apasionamientos ni favoritismos. Tal imparcialidad debe deducirla el juez de elementos o características tales como la -- probidad, independencia de posición, desvinculación con las partes y antecedentes del testigo. La primera característica, es decir la probidad debe entenderse como rectitud del ánimo y del proceder; integridad; honradez; hombría de bien; todo lo cual indica que el testimonio de una persona con tales -- virtudes es merecedor de una aceptación plena y por consecuencia de producir en el juez elementos de certeza al momento de la valoración de la prueba; en cuanto a la independencia de posición, ésta significa que entre el testigo y las partes -- no haya relaciones de subordinación, tal como la que existe, para poner un ejemplo, entre el patrono y sus trabajadores; puesto que tal subordinación podría hacer variar el dicho del testigo y, por consecuencia, desfigurar los hechos en uno u otro sentido, es decir, en favor o en contra de alguna de -- las partes; mas o menos lo mismo puede decirse en cuanto a la desvinculación del testigo con las partes, aunque, aclarémoslo de una vez, aquí no se refiere a relaciones de subordinación sino a algo mas amplio, pues por vínculo debe entender-

se una atadura, lazo o nexo, entre el testigo y las partes; de ahí que por ello la desvinculación se refiere a que no -- exista alguna atadura, lazo o nexo entre las personas antes dichas. A mi juicio es innecesario hablar de "independencia de posición" pues tal como lo he dicho, éste término está -- comprendido en la "desvinculación" que es mas amplio. En -- cuanto a los antecedentes del testigo, éstos se refieren a -- cuestiones puramente personales del mismo, es decir a la con-- ducta del testigo, o sea a su manera de ser, su manera de -- comportarse, sus hábitos personales, creemos, incluso, que -- en este término puede el juez considerar la calidad o condi-- ción del testigo habitual que, dicho sea de paso, se obser-- van muy a menudo en nuestro medio y del cual no podríamos es-- perar un testimonio veraz, que merezca entera fe, ni siquie-- ra puede merecer un ápice de fe.

El número tercero del artículo que estamos analizando y que literalmente dice: "3a.) Que los hechos sobre los que de-- clare hayan podido ser susceptibles de apreciación por los -- sentidos y que el testigo los conozca por el mismo y no por inducciones o referencias de otras personas", se refiere a -- circunstancias externas ya no a cualidades personales del -- mismo, es decir que los hechos sobre los cuales depone el -- testigo hayan podido ser apreciados por los sentidos. En -- cuanto a ésto la discusión y estudio del Código, tal como lo manifestamos anteriormente, se ha quedado certa en su exposi--

ción, no ha externado opinión al respecto, sin embargo, creemos que la disposición se refiere a que los hechos hayan podido ser percibidos por el testigo de acuerdo con sus facultades sensoriales; en cuanto a la parte final del número tres, es necesario, para que el dicho del testigo merezca entera fe, que éste haya presenciado personalmente los hechos y no que los sepa por referencias de otros. Al decir esto tenemos que hacer mención de la distinción que expone Altavilla (47) en su obra tantas veces citada, al decir (citando a Musatti) "Se llama hecho primario el que fue percibido directamente, y secundario, el que se oyó relatar a otros"... por regla general en el hecho secundario el testigo sustituye su simple percepción auditiva a una compleja narración en la que se incluyen elementos aprehendidos en otro lugar; en pocas palabras, podemos decir que el testigo que declara por referencias, se aleja mucho de la realidad y, por consecuencia lógica, su dicho no puede merecer entera fe; esto último podemos decir, también, de quien declara por inducción. Por tal debe entenderse la instigación consejo o persuasión para obrar en determinado sentido; y, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (48) "Inducción" es la acción y efec-

(47) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit.Vol. II. Pág. 819.

(48) DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición citada. Pág. 742.

to de inducir; y ésta última palabra significa "instigar, -- persuadir, mover a uno"; de tal forma que el testigo cuya -- deposición nace por inducción, aún cuando, en el mejor de -- los casos, sea un testigo veraz, puede ser un desviador de -- la realidad, pues la inducción puede moverlo a cambiar, mu-- chas veces sin quererlo, los hechos objetivos por él preseñ-- ciados; circunstancias que, desde luego, una vez sean apre-- ciados por el juez hacen desaparecer el crédito o la fe que la deposición merecería sin tales defectos o inconvenientes.

En relación al número cuatro del artículo en análisis, -- que literalmente dice: "4a.) Que las declaraciones sean cla-- ras, precisas y coherentes, exentas de fuerza, temor o miedo, y que no sean impulsadas por error, engaño o soborno"; este numeral expresa que las declaraciones de los testigos deben ser "claras, precisas y coherentes", por lo que en relación al primer término debemos entender que el testimonio de una persona requiere que sea fácil de entender, inteligible, o -- sea que debe tener facilidad para ser comprendido; a su vez el término preciso, significa exacto, determinado, concreto; es decir, que una declaración precisa es aquella que señala de manera exacta y concreta los hechos sobre los cuales ver-- sa. Reuniendo la declaración esos dos elementos, nos hace -- falta un tercero, a fin de que merezca entera fe, esto es, -- tal como dice el numeral citado, que debe ser "coherente", --

conoce al homicida y tiene interés en ayudarlo a éste, de propósito exclama "Juan Pérez fué quien lo mató" por lo que el testigo al rendir su declaración y narrar los hechos que vió manifiesta que Juan Pérez es el homicida. La primera parte del numeral quinto que textualmente dice: "5a.)-Que expliquen circunstancialmente los hechos sobre que declaren y den razón de sus dichos, expresando de qué manera saben lo afirmado", creemos que el legislador lo dispuso así para reafirmar los conceptos del número cuatro pues consideramos que el hecho de que los testigos "expliquen circunstancialmente los hechos sobre que declaren y den razón de sus dichos" tiene por objeto darle más claridad, precisión y coherencia a la declaración. En cambio la parte final del referido numeral, que dice "expresando de qué manera saben lo afirmado" tiene por finalidad averiguar o establecer si el testigo es un testigo que presencié los hechos, es decir, lo que comunmente llamamos un testigo de vista y oídas o si, por el contrario, se trata de alguien que supo los hechos por referencia, o sea por el relato de otra persona, en cuyo caso su declaración no merece fe.

En relación al numeral sexto, que literalmente dice:"6a.)- La oportunidad en que declare el testigo o sea el tiempo que medie entre la fecha del testimonio y aquella en que se pro

dujo el hecho a que se refiere, así como si fué mencionado en la instrucción en diligencia realizada de oficio o a mención de alguna de las partes". En su primera parte debemos afirmar que esto es explicable por cuanto la exactitud del recuerdo disminuye con el correr del tiempo. Cuanto más tiempo transcurra entre la fecha del testimonio y aquella en que se produjo el hecho a que se refiere "tiende a desaparecer la imagen: o bien los detalles se van atenuando sucesivamente o se eliminan uno tras otro o bien la imagen se esfuma y se hace tan confusa, que deja de ser representativa, y de este modo el sujeto no es capaz de describirla, ni siquiera de encontrar su símbolo verbal.(50). No obstante esto, el mismo Altavilla dice (51) "sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imagen muchas veces se perfecciona y se extiende por la intervención de procesos lógicos, que nos llevan a rectificar o a completar una percepción errónea o lagunaria". Esto último, creemos nosotros, es la excepción, - la regla general, o lo normal, es que con el transcurso del tiempo haya una alteración y disminución de las imágenes mentales, éstas se vuelven más borrosas o difusas al grado que requiere mucho esfuerzo querer evocarlas y fijarlas detenidamente al momento de rendir declaración en el Tribunal.

(50) (51) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit.(citando a Philippe) Vol. II. Págs.806 y 807.

En relación a la parte final del numeral sexto debemos razonar en atención a cuestiones prácticas, es decir a cuestiones que nos ha enseñado la práctica judicial. Por regla general el testigo que aparece mencionado en la instrucción o en diligencia realizada de oficio, debemos esperar que ha de declarar en forma espontánea y sin interés alguno. En cambio el testigo que resulta por mención de alguna de las partes, debemos sospechar que es una persona por medio de la cual la parte que lo ha mencionado quiere acarrear agua para su molino. Esto no quiere decir, en manera alguna, que algunas veces en uno u otro caso no se presenten excepciones a la regla general, de hecho las excepciones pueden presentarse.

La magistral exposición de Altavilla nos obliga a citar sus palabras al respecto (52) "Las partes no presentan sino testigos de los cuales presumen que les son favorables; ahora bien, si son testigos que se han presentado inmediatamente, sobre cuya presencia en el lugar del delito no puede surgir ninguna duda, pueden ser benévolos con una parte, mas es de presumirse que no sean falsos. Pero, por el contrario, la presunción de falsedad aparece cuando las partes, conocedoras de todas las circunstancias del proceso, para reforzar una posición, citan a última hora a un testigo".

(52) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit.Vol. II. Pág. 865.

Todas las condiciones enumeradas y expuestas anteriormente no requieren ser probadas por alguna de las partes, - sino que, por el contrario, deberán ser apreciadas prudentemente por el juez, esto es que el juez ateniéndose a -- principios lógicos, a lo que le indica la razón y, además, a lo que le señala la experiencia, en pocas palabras, ateniéndose a las reglas de la sana crítica, deberá apreciar tales condiciones y circunstancias.

Con respecto al Art. 498 del Código Procesal Penal, que literalmente dice:

"Corresponde al juez apreciar de acuerdo con las normas de la sana crítica, el valor de la prueba testimonial sin hacer depender tal apreciación del número de testigos sino que utilizando un sistema racional de deducciones teniendo en cuenta además de las condiciones con-- signadas en el artículo anterior, las siguientes:

1a.)- Las condiciones personales y sociales del testigo;

2a.)- La naturaleza del hecho, el lugar y hora de - ejecución; y

3a) - Las circunstancias en que haya sido percibido.

La sola declaración de un testigo presencial del hecho investigado, podrá ser apreciada por el juez como prueba suficiente de la delincuencia".

Debemos comenzar por decir que creemos que la disposición en relación con el Art. 497 del mismo Código, se vuelve tautológica, pues en algunos elementos no está más que repitiendo lo antes dicho. Posiblemente ésto haya ocurrido por el temor que existía en el legislador de que nuestros jueces tuvieran poco o ningún conocimiento de lo que es la sana crítica y, por consecuencia, se vió obligado a elaborar disposiciones como éstas, abundantes en términos explicativos, que, en ocasiones, lo que hacen es repetir conceptos.- Así, el número primero que nos habla de condiciones personales del testigo, ya está comprendido en el número primero del Art. 497 Pr. Pn. que nos habla de la capacidad necesaria del testigo para apreciar los hechos según su edad e instrucción; así como en el número segundo del mismo Art. 497, que nos habla de la imparcialidad del testigo deducida de su probidad, desvinculación y antecedentes del mismo; el número segundo del Art. 498 Pr. Pn., está comprendido, en cuanto a la naturaleza del hecho, en la capacidad necesaria para apreciar los hechos a que se refiere el número primero del Art. 497 Pr. Pn., y sobre el lugar y hora de ejecución, ya está comprendido en el número cinco del Art. 497 Pr. Pn., que nos dice que el testigo debe explicar circunstanciadamente los hechos sobre que declara. Y finalmente el numeral tercero del Art. 498 Pr. Pn. también está comprendido en el numeral quinto del Art. 497 Pr. Pn., cuando nos dice que el testigo debe

manifestar de qué manera sabe lo afirmado. Hecha esta aclaración tenemos que manifestar, tal como lo hemos expuesto en el Capítulo anterior, que el inciso primero se adecúa completamente a la sana crítica, pues no se toma en consideración el número de testigos sino la calidad de los mismos, calidad que será mejor cada vez que se vayan cumpliendo los elementos exigidos por estos artículos.

No podemos seguir adelante en el análisis de este artículo, sin antes decir que creemos que el tenor del mismo se -- aplica en toda su plenitud en el juicio sumario pues es aquí, precisamente, donde el juez hará uso de todas sus facultades al momento de valorar las pruebas con el fin de pronunciar la sentencia correspondiente. Desde luego, tales normas de -- valoración de la prueba también se aplican en el juicio ordinario, pero en este juicio en presencia del veredicto del jurado (ya lo hemos dicho antes, en el capítulo I, : La Decisión o Veredicto del Jurado se da con base en la Libre Convicción) ocurre que, a tenor del inciso tercero, regla segunda del Artículo 507 del Código Procesal Penal, "Se consignará -- el veredicto y se dirá que el fallo se funda en él, sin que el juez haga valoración sobre la prueba rendida respecto al cuerpo del delito y la delincuencia, pero deberá valorar la relativa a las circunstancias modificativas de responsabilidad".

En cuanto a las condiciones detalladas en el numeral - primero del Artículo 498, creemos que éstas son determinan-- tes para establecer el significado que el testigo le dá al - hecho que presencia y que narra en su declaración. Las condi-- ciones personales se refieren, tal como lo indica la expre-- sión, a las inherentes al propio individuo, es decir, visto aisladamente, o sea, haciendo abstracción del conglomerado - social. Las condiciones sociales se refieren a la mayor o me-- nor capacidad que puede tener el testigo según el status que ocupe en el conglomerado social. Es muy distinto el enfoque que del mismo hecho puede hacer un campesino o un profesional, así como distinta ha de ser la calidad del testimonio de una mujer de vida licenciosa en comparación con el testimonio de una mujer honesta. En cuanto a la posición social del testi-- go, Altavilla dice: "La diferente posición social significa a menudo distinta capacidad intelectual y en verdad cualquie-- ra se da cuenta de la gran diferencia que hay entre el proce-- so sicclógico de un hombre culto y el de un campesino"(53).

En cuanto al número segundo del Art. 498 Pr. Pn., la natu-- raleza del hecho básicamente tiene relación con el bien jurí-- dico que se ha vulnerado con el delito y a la forma en que - éste se ha cometido. Así, por ejemplo, no hay problema en que

(53) ENRICO ALTAVILLA. Ob.cit. Vol. II, Pág. 839.

un niño declare sobre un homicidio, pues perfectamente puede relatar lo que presenci6; en cambio, ser6a distinto si se tratara de una estafa, porque por su escasa edad es dif6cil que pueda comprender el ardid o astucia con que el agente ha procedido, en otras palabras, 6stos son elementos que normalmente pasar6n desapercibidos por 6l. Respecto del lugar y hora de ejecuci6n del mismo, consideramos que 6sto tiene relaci6n con la posibilidad de percepci6n que del hecho pudo tener el testigo, as6 por ejemplo, si los hechos se dieron en un lugar oscuro o que permanece en penumbras, dif6cilmente puede el testigo percibir plenamente los hechos ocurridos. Lo mismo ocurre en cuanto a la hora de ejecuci6n de los hechos, pues 6sta tiene 6ntima relaci6n con las condiciones de luz y por consecuencia puede ser determinante para la apreciaci6n de los hechos de parte del testigo.

En el n6mero Tercero del referido Art6culo, consideramos que el legislador quiso referirse a las circunstancias personales del testigo al momento de percibir los hechos; as6 por ejemplo, si el testigo se encontraba bajo los efectos del alcohol al momento de ocurrir los hechos, dif6cilmente podr6 dar una declaraci6n ajustada a la realidad; por lo que el juez desestimar6 tal declaraci6n sin necesidad de que se alegue la tacha. Lo mismo ocurrir6a si se trata de una persona que se encuentra en movimiento al momento de presenciar los he--

chos, pues no podrá tener una percepción clara de los hechos ya que éstos de por sí concurren de manera rápida o fugaz y si a ello le agregamos que el testigo no estaba estático si no en movimiento, tendremos por resultado que el testigo, seguramente tendrá una concepción desfigurada de los hechos.

En cuanto al inciso último debemos manifestar que en esta disposición el legislador deja bien claro que el juez, una vez considerados todos los elementos de la declaración testimonial, puede calificar como prueba suficiente la declaración de una persona (a pesar de ser "la sola declaración de un testigo presencial del hecho investigado") sujetándose en tal apreciación, desde luego, a las reglas de la Sana Crítica. Al final de este trabajo haremos referencia a la circunstancia de limitar esa apreciación del Juez únicamente a la delincuencia.

Respecto de la incapacidad de los testigos, ésta se en encuentra regulada en el Artículo 499 del Código Procesal Penal que literalmente dice:

"Art.499.-"En cuanto a la incapacidad de los testigos tendrá aplicación lo dispuesto en las leyes procesales civiles, en lo que fuere aplicable, con las si guientes modificaciones:

la.)-La incapacidad de los testigos por razón de parentesco se regirá por lo dispuesto en el Art. 201;

- 2a.)-La incapacidad por razón de edad no tiene a plicación en el proceso penal y la declaración - del testigo menor de catorce años podrá ser apre ciada prudencialmente por el Juez, según la natu raleza del delito y el mayor o menor desarrollo intelectual del testigo, debiendo hacerse refe rencia en el acta respectiva sobre si dicho me nor ha declarado con suficiente discernimiento;y
- 3a.)-Son incapaces para ser testigos unos contra otros los que resultaren ser coautores o cómpli ces del mismo delito o falta".

Aunque creemos que esta disposición no ofrece mayores dificultades, debemos comentarla, de manera breve y ligera. El parentesco es una causal de incapacidad que, regulada por el Artículo 201 del referido Código, impide que determi nadas personas declaren contra el imputado y en caso de ha cerlo tal impedimento vuelve nula la declaración. La razón de la disposición es bien clara pues no se debe poner a un pariente próximo ante la angustiosa situación de tener que declarar contra sus propios parientes; por razones morales, obvias, no se debe situar a una persona en tal forma que ma nifestando la verdad, expondría inevitablemente a un parien te próximo a un grave perjuicio en su libertad o en su ho nor.

En cuanto a la edad, el Código Procesal Penal establece que el testigo mayor de catorce años tiene capacidad para declarar y si es menor de catorce el Juez deberá establecer si éste ha declarado con suficiente discernimiento. En vista de que esto ya lo tratamos en páginas anteriores, al referirnos al número primero del Artículo 497 Pr.Pn., estimamos innecesario repetir conceptos al respecto.

En cuanto al número tercero del Artículo 499 del Código expresado, es lógico que sean incapaces de declarar unos contra otros, los que resultaren ser coautores o cómplices del mismo delito o falta, pues es imposible esperar de ellos - una declaración veraz y ajustada estrictamente a la realidad ya que tratará de descargarse de responsabilidad atribuyéndosela a otro.

En relación al Artículo 500 del Código Procesal Penal, que literalmente dice:

"Art.500.-En materia penal se admitirán sólo las - siguientes causales de tacha de los testigos:

1a.)-El parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con el ofendido o con el imputado;

2a.)-Ser padre o hijo adoptivo del ofendido o del - imputado;

3a.)-La ebriedad en los momentos en que se verificó el hecho a que se refiere su declaración o es tar el testigo bajo los efectos de estupefacientes;

4a.)-La enemistad capital entre el testigo y el ofendido o imputado y la amistad íntima entre los mismos;y

5a.)-Tener juicio pendiente contra alguna de las - partes.

Se entenderá por enemigo capital aquel que hubiere cometido algún delito contra alguno de los parientes del ofendido o imputado, señalados en la causal primera de este artículo".

Este se refiere a las causales de tacha de los testigos, debemos manifestar, en primer lugar, que "Se llama tacha la alegación por la parte de un motivo capaz de hacer sospechoso o invalidar el testimonio.

No hay que confundir la "incapacidad", de ser testigo, con la "tacha", que afecta a la declaración.

Al respecto Sartorio dice:"Pueden ser testigos todas - las personas no inhabilitadas por incapacidad natural o dis posición de la ley. En el primer caso de impedimento están las privadas de "Razón de Ciencia" como los infantes, los locos, los ciegos para hechos de la vista, etc.; en el se-

gundo estarían, contra una parte, sus consanguíneos o afines en línea directa.

La tacha no obsta a la recepción del testimonio, sino - que tiende a restarle eficacia.

Según la clasificación común de los autores, las tachas pueden recaer sobre las personas, sobre sus dichos o sobre - su examen.

Sobre las personas, por circunstancias de parentesco, presunto interés, parcialidad, inhibiciones morales o de vicios o condenas"...(54)

Sobre los dichos, por falta de razón de ellos u obscuridad, contradicción, inverosimilitud, ser inciertos, inconducentes.

Sobre su examen, por quebrantamiento de las debidas - formas legales.

La reglamentación de las tachas es una supervivencia del regimen procesal de las pruebas legales. Abolido esto, resulta ahora no sólo anacrónica sino incongruente. No se concilia con el sistema de las Libres convicciones o de la Sana Crítica del Juez, adoptado ya por la mayoría de los Códigos. Sobre esto la doctrina es unánime.

(54) JOSE SARTORIO. Ob.cit.Pág.147.

El sistema actual, seguido por los Códigos más modernos, no regula los motivos de sospecha, sino que permite a las partes exponer y a los jueces apreciar las diversas circunstancias corroborativas o diminutivas de la fuerza probatoria de las declaraciones".(55)

En las dos primeras causales de tacha, reguladas en el Artículo 500 antes dicho, el legislador ha considerado que el parentesco puede ser motivo de hacer sospechoso o invalidar el testimonio de una persona. Vale la pena referirse en especial a la primera causal de tacha, la cual tiene gran similitud con la incapacidad regulada en el Art.499 del Código Procesal Penal, numeral primero; sin embargo, también tiene sus enormes diferencias así: en primer lugar la incapacidad puede ser declarada de oficio por el juez, en cambio la causal de tacha a que se refiere el Artículo 500 Pr. Pn. número primero, así como toda causal de tacha, debe ser alegada y probada por la parte, en su momento oportuno, es decir, dentro del término ordinario de prueba (Art.308 Código Procesal Penal); además, la incapacidad se refiere al testigo que declara contra el imputado, pues como ya se ha dicho antes (página 62) "No se debe poner a un pariente próximo ante la angustiosa situación de tener que declarar contra

(55) JOSE SARTORIO.Ob.cit.Pág.148.

sus propios parientes; por razones morales, obvias,"...en cambio, la causal de tacha en análisis, se refiere al parentesco del testigo tanto con el ofendido como con el imputado, así veremos que el testigo pariente del ofendido debe presumirse tiene interés en ayudarle a éste por lo que su testimonio puede alejarse de la verdad precisamente por tal interés; lo mismo ocurre con el testigo pariente del imputado. Ambos testimonios pueden perder su eficacia o veracidad por ese interés o parcialidad que debe presumirse en el testigo que se encuentre en esas circunstancias.

La tercera causal de tacha se da precisamente porque en esas circunstancias (ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes) es difícil, aunque no imposible, que el testigo haya apreciado con normalidad los hechos sobre que pretende declarar.

En cuanto a los numerales cuarto y quinto, debemos decir, que estas causales se dan porque el testigo que se encuentre en esas circunstancias es de presumir que no será imparcial sino, por el contrario, su dicho estará lleno de parcialidad.

Por último debemos decir que el Artículo 501 del Código Procesal Penal manifiesta que en las causas sujetas al conocimiento del jurado será ésta "El que apreciará el valor pro

batorio de tales testigos, aceptando o rechazando las mismas al dictar veredicto absolutorio o de culpabilidad"; y el inciso segundo deja al criterio del Juez, en las causas no sujetas a conocimiento del jurado, "Aceptar o rechazar las tachas probadas". Con lo antes expresado, nuestro Código Procesal Penal lo que hace es adecuarse a lo que ha dicho Sartorio y que antes lo hemos transcrito al decir "El sistema actual, seguido por los Códigos más modernos, no regula los motivos de sospecha, sino que permite a las partes exponer y a los jueces apreciar las diversas circunstancias corroborativas o diminutivas de la fuerza probatoria de las declaraciones.

En último término debemos referirnos al artículo 488 - del Código referido, pues, como ya lo hemos dicho antes, - esta disposición nos señala la regla general a la cual debe ceñirse el Juez al valorar la Prueba. Este artículo se convierte prácticamente, en una definición, pues, explica de qué manera deben apreciarse o valorarse las diferentes pruebas en el proceso, detallando los pasos que debe seguir el Juez. En su oportunidad hemos dicho que los principios lógicos forman parte de las reglas de la Sana Crítica de allí que nuestro legislador haya utilizado la expresión "utilizando un sistema racional de deducciones".....; pero también

hemos dicho que además de principios lógicos deben utilizarse los conocimientos adquiridos por la experiencia, es decir, las llamadas "Máximas de experiencia", lo cual creemos que está comprendido en la expresión "los hechos que deben tenerse por establecidos, mediante el examen y valoración de las mismas". Por otra parte a sabiendas de que apreciadas las pruebas conforme las reglas de la Sana Crítica, no se deben tomar en cuenta el número de las mismas, sino la calidad de ellas, por eso el artículo dice: "cualquiera que sea su número".

Estimo necesario aclarar, en este momento, que la disposición a que nos estamos refiriendo, nos parece abundante en explicaciones y creemos que pudo simplificarse ya que bastaba que dijera "Las Pruebas sobre delincuencia serán apreciadas según las reglas de la Sana Crítica" para que se consideraran comprendidos los demás conceptos establecidos en el artículo tal como se encuentra en vigencia, sin embargo, tal como lo hemos dicho antes, el legislador de la época tenía el temor de que nuestros jueces no supieran en qué consistían ni cómo aplicar las reglas de la Sana Crítica, por lo que se vió forzado a elaborar el artículo tal como se encuentra. Prefirió ser abundante en explicaciones aunque no fuese muy técnico debido al temor, fundado o no, que existía.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Queremos finalizar nuestro trabajo puntualizando algunas cuestiones que, aunque ya se han expresado en el desarrollo del mismo, es necesario repetirlas para que no haya duda al respecto.

La adopción del sistema de la Sana Crítica como medio o método de valoración de la prueba en nuestro Código Procesal Penal constituye un avance en el desarrollo de nuestra legislación y aunque de parte de algunos de nuestros estudiosos del Derecho existe mucho pesimismo, o quizás desconfianza, respecto de la correcta aplicación de las reglas o principios que constituyen tal sistema, estamos seguros - que, aunque sea en forma lenta, su aplicación será beneficiosa, no para las partes del proceso propiamente, sino para alcanzar esa ambicionada meta que se llama Justicia. Aunque sabemos muy bien que no es tarea fácil mejorar de una vez - el elemento humano que integra el Poder Judicial, mucho se ha hecho al respecto y confiamos bastante en la superación de los mismos, todo en beneficio de una más pronta y eficaz Justicia.

Tal como lo ofrecimos antes queremos ahora, al final de nuestro trabajo, exponer algunas sugerencias que pueden pro

ponerse como reformas de las disposiciones que hemos comentado, estimamos que con ellas tales artículos tendrán una mejor redacción y, en algunos casos, un contenido mejor. Para hacerlo en forma ordenada debemos comenzar con el Art.488 Pr.Pn., el cual aunque ya dijimos que no es muy afortunada su redacción, preferimos que por el momento se mantenga así, por las razones antes dichas, aunque debería agregarse -para evitar dudas- que también se aplicará las normas de la Sana Crítica a la apreciación de la prueba referente al cuerpo del delito, porque sí se aplica, ya que la valoración es en relación al medio de prueba, por lo que el Artículo con ese agregado diría así: "Las Pruebas sobre delincuencia y las referentes al cuerpo del delito serán apreciadas según las reglas de la Sana Crítica"... el resto de la disposición quedaría tal como está.

En relación al Artículo 497, en su numeral cuarto creemos que la disposición quedará mejor redactada así: "Que las declaraciones sean claras, precisas y coherentes, exentas de fuerza, error, engaño, temor o miedo y que no sean impulsadas por soborno". Ubicando el término impulsar en este lugar creemos que se mejora la disposición y se expresaría con más exactitud la idea que se pretende.

En cuanto al Artículo 498, en el primer párrafo del mismo se incluye, en forma innecesaria la expresión "de acuerdo con las normas de la Sana Crítica". Decimos que tal expresión es innecesaria porque ya se dijo en el Artículo 488, refiriéndose a la apreciación de las pruebas en general, por lo tanto esa expresión debe suprimirse.

En el numeral primero del expresado artículo dice "las condiciones personales y sociales del testigo"; esta expresión debe sustituirse por otra de contenido más amplio, para el caso el término "personalidad", por lo que el numeral primero del referido artículo diría: lo. La personalidad del - testigo".

En cuanto al último inciso, en su parte final, tenemos que manifestar lo mismo que dijimos en relación con el artículo 488, pues no existe una explicación satisfactoria para que se hayan limitado a la delincuencia por lo que debe suprimirse la expresión "de la delincuencia" con ello lograríamos más claridad y amplitud en la disposición pues así la declaración de un testigo fidedigno puede ser apreciada como prueba suficiente para decidir sobre la delincuencia, el cuerpo del delito y aún sobre las causas de exclusión de la responsabilidad penal y las circunstancias que modifican la misma. Por lo antes expuesto, el inciso último del 498 diría: "La sola

declaración de un testigo presencial del hecho investigado, podrá ser apreciada por el Juez como prueba suficiente".

Es oportuno aclarar que posiblemente haya otras cuestiones, quizás de mayor trascendencia que haya que reformar, incluir o modificar, sin embargo, repetámoslo una vez más, nuestras limitadas capacidades nos han llevado a considerar sólo éstas, como necesarias por ahora, aunque no las únicas. Este trabajo no tiene mayores pretensiones, si no que sencillamente se reduce a una ligera investigación que, deseo fervientemente, ojalá pueda servir de guía para algunos estudiantes que, espero, aquí encontrarán varios de los elementos que se requieren para el estudio de nuestro Código en su parte pertinente a la prueba testimonial.

BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual.
- CARRARA, FRANCESCO. Programa del Curso de Derecho Criminal.
- MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de la Prueba en Materia Criminal.
- PINA, RAFAEL DE. Tratado de las Pruebas Civiles.
- FRAMMARINO, NICOLA. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.
- COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil.
- COUTURE, EDUARDO J. Reproducción Conferencia Facultad de Buenos Aires.
- SARTORIO, JOSE. De la Prueba de Testigos en el Procedimiento Federal.
- ARCE GUTIERREZ, HECTOR MAURICIO. La nueva Ley del Proceso Penal.
- ALTAVILLA, ENRICO. Sicología Judicial.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 19a. Edición. España. ESPASA CALPE. 1970.
- ENRIQUE JIMENEZ ASENJO. Derecho Procesal Penal. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- PINA, RAFAEL DE. Doctrina General de la Prueba.
- CODIGO PROCESAL PENAL.