

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN
MATERIA PENAL

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ROBERTO GUSTAVE TORRES

COMO ACTO PREVIO DE SU INVESTIDURA ACADEMICA

PARA OBTENER EL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

AGOSTO DE 1967.



T
345.06
G982P
1967
F. J. Ycs
E: 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. ANGEL GOCHEZ MARIN

SECRETARIO GENERAL:

Dr. GUSTAVO ADOLFO NOYOLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. RENE FORTIN MAGAÑA

SECRETARIO:

Dr. FABIO HERCULES PINEDA

J U R A D O S

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. MARCOS GABRIEL VILLACORTA

PRIMER VOCAL: Dr. LUIS E. GUTIERREZ

SEGUNDO VOCAL: Dr. FRANCISCO BERTRAND GALINDO

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr. ANGEL GOCHEZ MARIN

PRIMER VOCAL: Dr. RICARDO ROMERO GUZMAN

SEGUNDO VOCAL: Dr. ULISES SALVADOR ALAS

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. JOSE MARIA MENDEZ

PRIMER VOCAL: Dr. JORGE ALBERTO HERNANDEZ

SEGUNDO VOCAL: Dr. FRANCISCO CALLEJAS PEREZ

ASESOR DE TESIS: Dr. ARTURO ZELEDON CASTRILLO

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. GUILLERMO MANUEL UNGO

PRIMER VOCAL: Dr. FRANCISCO BERTRAND GALINDO

SEGUNDO VOCAL: Dr. MARCEL ORESTES POSADA.



DEDICATORIA

Dedico este trabajo con todo cariño:

A mis abuelitas: Margarita v. de Gustave
Francisca Torres.

A mis padres: Edgar Gustave
Luisa Torres de Gustave

A mi esposa: María Teresa Velásquez

A mi hijo: Edgar Roberto

A mis hermanas,

A mis profesores,

A mis compañeros,

A mis amigos.-

I N D I C E

| | |
|--|---------|
| Dos palabras..... | pag.1.- |
| Cap.I CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRUEBA..... | 2.- |
| a) Concepto | |
| b) Importancia | |
| c) Objeto | |
| d) Carga | |
| e) División | |
| f) Sistemas Probatorios | |
| g) Diversos medios de prueba | |
| Cap.II LA PRUEBA TESTIMONIAL..... | 10.- |
| a) Naturaleza jurídica | |
| b) Concepto y características | |
| c) Requisitos objetivos y subjetivos | |
| d) Obligaciones y derechos | |
| Cap.III.PRINCIPIOS PROCESALES QUE REGULAN LA PRUEBA TESTIMONIAL EN NUESTRO PROCEDIMIENTO PENAL..... | 25.- |
| Cap. IV LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL SUMARIO..... | 30.- |
| a) Generalidades | |
| b) La prueba testimonial en relación al cuerpo del delito. | |
| c) La prueba testimonial en relacion a la delincuencia. | |
| a´) Generalidades | |
| b´) Careos | |
| c´) Reconocimientos | |
| Cap. V.La PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PLENARIO..... | 49.- |
| Cap. VI.LA PRUEBA TESTIMONIAL EN SEGUNDA INSTANCIA..... | 52.- |
| Cap.VII.LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS TESTIGOS..... | 56.- |
| a) Delito de desobediencia | |
| b) " " falso testimonio | |
| c) " " prevaricato | |
| d) " " violación de secretos | |

| | | |
|------------|---|------|
| Cap. VIII. | APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. | 60.- |
| | a) Generalidades | |
| | b) Incapacidades | |
| | c) Tachas | |
| Cap. IX. | DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LOS DEMAS MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS POR NUESTRO CODIGO DE INSTRUCCION CRIMI NAL..... | |
| Cap. X. | DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL CON LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LO CIVIL Y LABORAL..... | |
| Cap. XI. | CONCLUSIONES..... | |

DOS PALABRAS

El presente trabajo de tesis, es apenas un estudio superficial de un tema de mucha importancia, como es el estudio de la prueba de testigos en el proceso penal y el objeto de haberlo escogido fué, en primer lugar, la falta de estudios sobre el Código de Instrucción Criminal y en segundo lugar, procurar despertar en los estudiantes el interés sobre este relevante tema.-

Comenzaré por hacer un breve estudio de la prueba en general, para luego estudiar la prueba testimonial siguiendo las fases del Procedimiento Criminal y terminar estableciendo las diferencias de este medio probatorio con los demás admitidos por la ley adjetiva Penal.-

Sinceramente hubiera querido hablar profundizado sobre este importante tema, pero la falta de tiempo y aptitudes no me lo han permitido, por lo que me sentiré más que satisfecho, si este pequeño ensayo es de alguna utilidad para los estudiantes.-

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRUEBA.-

a) C O N C E P T O.-

Acerca del concepto de prueba son muchas y muy numerosas las definiciones que se han dado, haciéndolo desde los más diversos puntos de vista, así por ejemplo: para Bonnier, (1) probar es " establecer la existencia de la conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer" ; y las pruebas "son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al conocimiento de la verdad ".-

En las partidas (2) en la Ley Primera, Título Catorce, Parte Tercera, prueba es " La demostración hecha por los medios y en la forma designada por la Ley, de algunas cosas dudosas sobre la cual versa el litigio ".-

Joaquín Escriche (3) en su Diccionario Razonado, dice: que prueba es " La averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa, o bien, el medio con que se muestra o se hace patente la verdad o falsedad de una cosa ".-

Para la Real Academia, (4) en sentido forense es " justificación de la verdad de los hechos contravertidos en juicio, hechos por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la Ley ".-

Para Planiol (5) son pruebas los diversos procedimientos empleados para convencer al Juez.-

Nuestro Código de Instrucción Criminal no nos da ninguna definición de Prueba; pero en el Código de Procedimientos Civiles si se encuentra definida cuando nos dicen en su Art. 235 que es " el medio dterminado por la Ley para establecer la verdad de un hecho controvertido ".-

De todas estas definiciones podremos concluir que las pruebas además de ser medios para probar la existencia de hechos contravertidos o dudosos son formas de crear convicción en las personas que los valoran.-

b) I M P O R T A N C I A.-

En el Derecho la prueba tiene una importancia trascendental.

1) " Tratado de las pruebas en Derecho Civil y Derecho Criminal -pag.9
(ad Reus. S.A. Madrid)"

2) 4) Citados por el Dr. Francisco Bertrand G. en su tesis " Las presun-

3) " Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia " pag.1468

(Ed.E. Moillafert - París 1869)

5) "Tratado Elemental de Derecho Civil" Pag.17-Vol-VI (Ed. M. Cajica-1945)

ya que la afirmación de las personas interesadas no basta tener por comprobados los hechos, ya que existe, como dice Coviello : (1) " el sentimiento egoísta de los hombres que a menudo perturba la clara percepción de la realidad, llegando a veces intencionadamente a desfigurarla, por eso es que un Derecho, aunque realmente exista, si no puede probarse, es como si no existiera"; así mismo no puede aplicarse ninguna pena, ninguna sanción si no se encuentran probados en el juicio la existencia de un hecho delictuoso y que esa persona es la autora del mismo, o como bien se ha dicho, para significar la importancia de la prueba, que " lo que no está en el proceso, no está en el mundo."

c) O B J E T O.-

Determinar cual debe ser el objeto de la prueba, es uno de los problemas fundamentales en materia probatoria.-

La regla general, es que deben probarse los hechos, pero se sostiene por los procesalistas de que hay hechos y afirmaciones que no tienen que ser probados, y que, de ordinario, las normas jurídicas, no necesitan prueba.-

Se han considerado como excepciones a la regla anterior la costumbre y el derecho extranjero. La primera para algunos procesalistas no es tal excepción, ya que el objeto de prueba es la repetición constante y reiterada de los hechos que lo constituyen; en cuanto al segundo como no existe ninguna regla que lo presuma conocido por todos los habitantes, debe de comprobarse en el juicio, tal como lo designa el Art. 239 Pr., que al no estar modificado por el Código de Instrucción Criminal tiene plena aplicación en el proceso penal

d) C A R G A

Este es otro de los problemas fundamentales en materia de prueba, y consiste en determinar que persona de las que intervienen en el proceso es la que debe establecer los diferentes hechos objeto de litigio; en materia civil, debido al principio de disposición de las partes es el actor el obligado a probar los hechos que alega y en caso de no hacerlo es absuelto el demandado, pero en caso de oponer éste alguna excepción a

lo afirmado por el actor, el obligado es él.- Como vemos este problema tiene una gran importancia en materia de Procedimientos Civiles, pero en materia Penal esta relevancia disminuye notablemente, pues como en ésta rige el principio de oficiosidad, donde los jueces son los obligados a recoger las probanzas de los hechos delictivos, a excepción de aquellos en que únicamente puede procederse por acusación, ya que en éstos la carga de la prueba recae no sobre el Juez sino sobre el acusador. -
e) DIVISION.-

Existen numerosas clasificaciones de la prueba, desde diferentes puntos de vista; aquí trataremos únicamente aquellas clases de prueba, que nos interesan para el desarrollo del presente trabajo.

a) DIRECTA E INDIRECTA.- Tomando en cuenta la fuente de origen de la prueba se ha dividido en Directa e Indirecta, llamadas también naturales y racionales. Es la primera distinción registrada históricamente y fue trazada por Aristóteles en El Libro Primero de su obra titulada " De Arte Retórica ". Las primeras son las que nos suministran por si mismas los elementos de juicio incontrovertibles, sin ayuda del raciocinio humano; y las segundas las que se apoyan en motivos que sólo pueden ser concluyentes por inducciones o deducciones de la Lógica, es decir, los que precisan de la ayuda del raciocinio humano, así, para la Doctrina son pruebas directas: la confesión, las declaraciones testimoniales, las periciales, la inspección ocular y la documental; e indirecta, la prueba de presunciones.-

b) REAL Y PERSONAL.- Las pruebas directas pueden subclasificarse, según el modo o medio cómo se manifiesten: en reales o materiales y en personales, según que las huellas del hecho procesal se perciba directa e inmediatamente por los jueces o por mediación de la impresión que produjeron en otras personas que los relatan.- A las primeras según el tratadista español Enrique Jiménez Asenjo, (1) se les llama también intrínsecas, porque nos suministran el objeto cognoscible directamente por nuestras propias percepciones y consisten en una cosa; en tanto que las otras nos lo suministran por medio de otras personas, no por realidad de la cosa misma, sino por la autoridad de quien nos la ofrece y consisten en un dicho.

1) " Derecho Procesal Penal - Vol.-I- Pag.398

El Dr. José María Méndez en su Monografía sobre el "Cuerpo del Delito" (1) nos dice que se llega a la Convicción de un hecho de dos maneras: por una persona que lo atestigua o por la presencia de una cosa que lo denota, y partiendo de éste origen, es que se hace esta clasificación, pero que no basta para clasificarla correctamente el saber si es una persona o una cosa la que la produce, ya que siempre la persona da origen a prueba personal. Persona y cosa, nos dice, se caracteriza bajo este aspecto por la calidad de consciente e inconsciente del testimonio; prueba personal, es la producida conscientemente, ayuda en su materialidad por la inteligencia, y material o real la producida inconscientemente, es la cosa patente en su inconsciencia que de lata el hecho y tiene como característica la originalidad y su naturaleza inconsciente; para que haya prueba material es indispensable que el Juez perciba directamente la cosa testificadora.-

c) PLENA Y SEMIPLENA. Esta división de la prueba está tomada desde el grado de certeza que producen en el juzgador. A diferencia de las mencionadas anteriormente el Legislador Salvadoreño expresamente lo considera en el Código de Procedimientos Civiles, cuando establece: que "la prueba es plena o semiplena. Plena o completa es aquella por la que el Juez queda bien instruido para dar la sentencia; y semiplena o incompleta, la que por sí sola no instruye lo bastante para decidir." El Art. 422 dispone que "es necesario la prueba plena y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión".-

Esta distinción tiene gran importancia en materia procesal Penal, pues basta que se encuentre semiplenamente comprobada la delincuencia de una persona para que pueda decretarse el embargo de sus bienes y se pueda pasar a la fase plenaria del proceso.-

d) DE CARGO Y DESCARGO.- Con la primera se tiende a comprobar todos los elementos de culpabilidad del presunto responsable, en cuanto a la segunda tiene a demostrar la no culpabilidad, o al menos una culpabilidad atenuante por parte del mismo.

e) PERTINENTES Y ADMISIBLES. Eduardo Couture (1) nos hace una distinción entre las pruebas pertinentes y las admisibles, diciendo que las primeras, son aquellas que versan sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba, y que las segundas se refieren a la idoneidad de los medios de prueba determinados para acreditar un hecho, es decir, a los medios aptos para producirlas.-

Aunque nuestro Código únicamente nos habla que las pruebas deben ser pertinentes, también tácitamente acepta que las pruebas deben de ser admisibles, ya que al enumerarse los medios con que debe probarse en los distintos casos, le está dando al Juez la suficiente autoridad para poder rechazar medios de prueba no idóneos; tal sería el caso, por ejemplo como el de querer comprobar por medio de testigos obligaciones de las no comprendidas expresamente en la Ley.-

f) INMEDIATAS Y MEDIATAS.- Según nos suministran directamente el objeto de la prueba, o por el contrario, lo hagan por referencia a otra persona o cosa, la prueba será mediata o inmediata. Así, digamos, un testigo que nos relata un suceso que ha visto, es prueba mediata; pero si nos lo refiere de otro, o sea de referencia, es prueba inmediata. (1) La inmediata es de inferior calidad a la mediata, ya que decrece a medida que las referencias son más lejanas, como el caso de la llamada "voz pública" -

g) SISTEMAS PROBATORIOS.- En las legislaciones se conocen tres sistemas: 1) El sistema de la prueba legal: en que el Legislador establece taxativamente los medios de prueba y a cada uno le asigna determinada fuerza probatoria.-

2) El sistema de la prueba libre o de libre convencimiento según la cual son admisibles todos los medios probatorios sin que estén expresamente determinados por la Ley, y su eficacia depende de la valoración que el Juez les dé en conciencia y racionalmente.

1) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil " pag.236 (Ed.Depalmar B.A. 1958)

2) Jiménez Asenjo -ob.citada - pag.401- Nota: Sin embargo nosotros no estamos de acuerdo, ya que según el Diccionario de la Lengua lo inmediato es lo que está contiguo o más cerca y lo mediato lo que está más lejos.

3) El sistema de la sana crítica, que surgió como campo intermedio para atenuar la rigidez absoluta la prueba tasada y de la arbitrariedad apreciadora de la prueba libre, consiste en dar normas abstractas, que sirvan de guía al intérprete, de manera que, las sentencias se fundan en la apreciación crítica de cada medio probatorio, conteniendo razonamientos lógicos que admiten o rechacen las probanzas.-

Nuestro legislador no es uniforme, no adopta el mismo sistema en materia civil y en materia Penal.- El Código de Procedimientos Civiles adopta el primero de los sistemas, o sea, el de la prueba tasada o legal en sus artículos 253 y 415, en los cuales establece los medios de prueba admisibles en materia Civil y la manera de valorar la prueba cuando se produce plena por ambas partes, caso en el cual el Juez está obligado a decidir la contienda según el orden jerárquico que el último artículo de los mencionados establece; además el mismo Código en diferentes disposiciones, establece el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba en particular; en cambio el Código de Instrucción Criminal para la apreciación de las pruebas testimonial y documental adopta el sistema de la sana crítica, Arts. 407 inc.4 y 410 inc.2 I, para los delitos que no van a jurado y para los que están sujetos al conocimiento de este último Arts. 188 inc.2 y 3 -189, 255 y 418 I, los sistemas de la prueba legal sana crítica y de la libre convicción.

Se ha suscitado con motivo de la reforma al Art.403 I., verificada en el año de mil novecientos sesenta y dos, el problema de como resolver las situaciones en que existen contradicción entre los diversos medios probatorios, ya que en ese año fue suprimido la escala jerárquica de las pruebas y el inciso último que literalmente decía: " el Juez para la apreciación de las pruebas se estará al orden establecido en este Artículo."

Para algunos lo que el legislador pretendió al reformarlo fue introducir al proceso penal el sistema de la sana crítica, para resolver los conflictos entre los medios de prueba, en cambio que para otros fue para modificar el criterio de mil novecientos cincuenta y siete y volver a la escala jerárquica establecida en el Art. 415 Pr.

Es lamentable que la Honorable Corte Suprema de Justicia, que fue la que propuso esa reforma en uso de su iniciativa de ley, no diera ninguna razón ni motivo para llevarla a cabo por lo que nosotros suponemos lo siguiente: que no se pretendió con esa reforma introducir al proceso penal en una forma técnica y jurídica un sistema procesal moderno como es de la sana crítica para la apreciación de los medios de prueba, si no que únicamente se buscó con ella, con criterio puramente político y antidemocrático poner al mismo nivel la prueba documental regulada en el Art. 410 I., y sobre todo elevar a la misma categoría de las otras pruebas el decomiso, ya que en el proyecto presentado por la Corte a la Asamblea se adicionaba al Art. 414 I., el siguiente inciso " el decomiso de libros, folletos, revistas, láminas, periódicos, hojas manuscritas, impresas o mimeografiadas, fotografías, fonografías o películas que contengan exposición de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia, forma plena prueba contra la persona sospechosa a juicio del juez ".- Este inciso posiblemente no fue adicionado por la asamblea porque creyeron más conveniente adicionar el inciso 2^o del Art. 410 I., en el sentido de que la apreciación de la prueba documental se haría a juicio prudencial del juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica en relación con otras pruebas que tiendan a establecer las circunstancias de lugar, tiempo y persona a que corresponden.-

Las razones por las que suponemos fue hecha esa reforma porque seguimos suponiendo se encuentran en el preámbulo del Proyecto de la Corte cuando dicen " que es conveniente y necesario introducir reformas en los Códigos Penal y de Instrucción Criminal para combatir y sancionar de manera más eficaz, las diversas formas de delincuencia que tiendan a la disolución del orden social y del sistema democrático, que es base de nuestra vida institucional", también es digno de hacer notar que el proyecto de la Corte aparece fechado a las nueve horas del diecisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y dos y el decreto de la Asamblea a los diecinueve días del mismo mes y año, es decir que ni siquiera fue sometido el proyecto a la respectiva comisión y fue discutido en una forma precipitada por los diputados; es también curioso que en el mismo

decreto se reforma el Art. 22 I. en el sentido de que cuando se trata de actividades anárquicas o contrarias a la Democracia, podrá la Corte Suprema de Justicia, a su prudente arbitrio, designar el Juez de Primera Instancia que deberá juzgar a los delincuentes.-

Por lo que, nosotros concluimos que al reformarse el Art. 403 I., y suprimirse el orden en que el Juez debía valorar las pruebas se introdujo el sistema de la sana crítica con un criterio político.

g) DIVERSOS MEDIOS

Hemos visto que las pruebas, además de ser medios de establecer la verdad de un hecho, son medios de convicción para los Tribunales de Justicia y los Jueces pueden convencerse de tres maneras diferentes:

- 1º) Comprobando personalmente los hechos
- 2º) Convencerse de la verdad por medio de razonamientos, partiendo de hechos conocidos.
- 3º) Llegar al convencimiento por medio de testimonios de otras personas.-

En la primera forma el Juez llega al convencimiento de una manera directa, sin intermediarios, el Juez constata personalmente los hechos alegados por las partes o bien las señales dejadas por los hechos delictivos que investiga.-

La prueba llamada inspección personal u ocular, es el medio idóneo de este modo de convicción de los Jueces, existiendo disposiciones legales que obligan al Juez a practicar en ciertos juicios civiles, como desarreglo de límites, usurpación de tierras, edificios que amenaza ruinas, etc. Y en materia procesal penal, en toda clase de delitos que dejan señales, inspección que cuando se requieren ciertos conocimiento especiales debe de hacerse acompañada de peritos.

20) Cuando el hecho que se disputa o se investiga no ha dejado huellas materiales o bien éstas han desaparecido, el Juez está obligado a basarse en información de personas que vengan a mostrarle la verdad, y las personas cuyas declaraciones pueden hacer fe ante el Juez

se clasifican en testigos, peritos y partes, con respecto a los primeros es limitada en grado sumo en materia civil, pero en materia penal, si tiene una gran importancia siendo su estudio precisamente el objeto del presente trabajo.

Muchas veces se requieren conocimientos técnicos de que los jueces carecen para la comprobación de ciertos hechos, por lo que se nombran personas que los poseen y son los que se conocen con el nombre de peritos.-

En materia Civil, el testimonio de las partes se divide en confesión y juramento; pero en materia Penal únicamente es aceptado como medio de prueba la confesión del indiciado, con los demás requisitos que exige el Código de Instrucción Criminal.-

3^o) Muchas veces no puede comprobarse la verdad directamente el Juez y es necesario para descubrirla, hacer uso de razonamiento partiendo de hechos plenamente conocidos; basado en ellos es que el Juez llega a establecer los hechos desconocidos.-

A este grupo pertenece la prueba de presunciones, que, no obstante para la mayoría de procesalistas no es medio de prueba, lo cierto es que para nuestro Legislador sí lo constituye, en los Arts. 253 Pr. y 403 I.".-

CAPITULO II

LA PRUEBA TESTIMONIAL

Dentro de la enumeración de los distintos, medios de prueba que señalan los Códigos de Procedimientos en nuestro país, aparece la prueba de testigos, como uno de los más corrientemente empleados y sin el cual, numerosos hechos, gran número de afirmaciones, se quedarían sin poder ser demostrados y valorados por el juzgador.-

A pesar que la importancia del testimonio es muy grande, incluso en el proceso civil, aunque mucho menos comparativamente, con el proceso penal, desde muy antiguo se le han formulado recias objeciones, que han traído como consecuencia una limitación de este medio probatorio en las legislaciones de muchos países.-

Nos toca en este punto del presente trabajo desarrollar este medio de prueba desde el punto de vista jurídico por lo que comenzaremos estudiando su naturaleza jurídica.

Naturaleza Jurídica. La naturaleza de la actividad testifical, dice Guasp (1) se fija señalando el carácter de la misma, como una prueba procesal cuyo medio lo constituye una persona distinta de las partes y de los terceros que se conocen con el nombre de peritos. En primer lugar el testimonio es una prueba, ya que es un acto que tiene por esencia a provocar una convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos. En segundo lugar es procesal, ya que la convicción que tiene a provocar es la de un órgano jurisdiccional, los datos sobre que recae son datos procesales y la utilización del testigo se verifica dentro del proceso. En tercer lugar la prueba testimonial o testifical pertenece dentro de la clasificación de las pruebas al subgrupo de las pruebas personales, ya que el medio que la integra tiene carácter subjetivo, juntamente con la prueba de confesión y la prueba pericial.

(1) "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil" de Guasp-Vol I.
pags. 701 y 702 -(Ed. M.Aguilar - Madrid - 1948)

diferenciándose de la primera en el hecho fundamental de que quien la presenta es una parte, mientras que el testigo es un tercero; y de la segunda en la circunstancia también fundamental, de que la pericial recae sobre datos ya procesales, mientras la testimonial sobre datos extra procesales en el momento de su observación. De manera que podríamos decir que la naturaleza jurídica de la prueba testimonial es la de ser un acto procesal, personal, de terceros ajenos al proceso y que versa sobre datos extra procesales en el momento de su observación, tal y como pudo percibirlos la persona interrogada.

Al tratar la naturaleza Jurídica de la prueba por testigos se plantea el problema de determinar qué carácter adquiere la declaración de una persona, aportada al proceso por medio de un escrito o relevantemente por medio de un instrumento notarial y no directo y físicamente por la persona que declara..

Entre los procesalistas españoles existe discusión acerca de la naturaleza de esta prueba aportada indirectamente por el declarante; para algunos no se trata de prueba testifical sino que de prueba documental, pues la nota esencial de la testifical es la declaración " in-voce " ante el Tribunal, a fin de que éste, a través del principio de la inmediación, perciba por sí al testigo (1).-

En contradicción a este tesis está la de seguir considerándola como prueba testifical, aduciéndose que las declaraciones de conocimientos hechas por el testigo se basan en percepciones sensoriales, adquiridas anteriormente, tanto cuando depone ante la presencia, judicial como ante otra persona; y por lo tanto la calidad de testigo se determina por las manifestaciones hechos percibidos, y no por la forma persona ante quien se presta dicha declaración. Este tesis ha sido sostenida en varias sentencias por el Tribunal Supremo de España (2).-

En realidad este problema debe resolverse atendiendo

1-2 " Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal " de Saez Jiménez y Fernández de Gamboa. - vol. I.- pag. 988 (Santillana S.A. de ediciones Monte Esquinza - Madrid).

las regulaciones adjetivas de los distintos medios probatorios en las legislaciones de cada País; por lo que veremos nuestra legislación con testando a las siguientes preguntas: La declaración de una persona so bre hechos que ha presenciado u oído, ante un Notario, Tendrá valor de prueba testimonial ?, de prueba instrumental ? o no tendrá valor pro batorio ?.

De varias disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal se desprende la regla que los testigos deben ser precisamente examinados por el Juez que conoce o al que éste ha delegado, así tenemos los Arts. 242: " las pruebas deben producirse ante el Juez que conoce de la causa o por su requisitoria, pena de no hacer fe ", el 300: " toda persona cualquiera que sea su clase o categoría, deb dar su testimonio por declaración bajo juramento en forma; que deberá prestar ante el Juez de la causa o el autorizado por éste; excepto... " ; el 305 todos los testigos que hayan de de clarar en cualquier causa, serán examinados precisamente por el Juez de la misma... ", todos estos Arts. de Procedimientos Civiles; y el Art. 156 del Código de Instrucción Criminal establece " los testigos serán examinados con todos los requisitos que exige la ley para las declaraciones en causas civiles... ", de estas y otras muchas disposiciones podemos concluir, que la regla en nuestra legislación es que no tienen ningún valor probatorio las declaraciones que no se reciben personal y directamente por el Juez competente, salvo aquellas personas exceptua das por razones de privilegio, por el cargo o función que desempeñan, como los titulares de los Altos Poderes, los Ministros de Gobierno, Obispos, etc. que pueden hacerlo por medio de certificación jurada.

Si no constituye prueba testimonial, será entonces prueba Instrumental ?, al admitir que las declaraciones rendidas ante Notario con fines probatorios, en un proceso, constituye prueba instrumental, se modificaría la configuración legal de los medios de prueba y los principios valorativos de la misma; ya que se llegaría al absurdo de admitir que la declración de una persona ante Notario tendría el va

lor de plena prueba y en cambio rendida ante el Juez sería sólo semiplena. Por otra parte la Ley de Notariado en el Inc. 2^o del Art. 1 nos hace establecer que " la fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autoriza esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa."

Es decir, las declaraciones y manifestaciones en general, hechas ante Notario carecen, no en el hecho de hacerlas, sino en su contenido, del amparo de la fe pública notarial y por tanto, de valor probatorio.

En conclusión esas declaraciones en nuestro proceso penal, no tienen absolutamente ningún valor probatorio.

En apoyo de nuestras conclusiones tenemos la siguiente sentencia, pronunciada en recurso de Casación, por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: " Las declaraciones de las personas rendidas ante un Notario, no tiene ningún valor como prueba testimonial ni como prueba de ninguna clase, pues el Art. 300 Pr. establece que el testigo debe " dar su testimonio por declaración bajo juramento en forma ante el Juez de la causa o el autorizado por éste. En consecuencia, la escritura pública que contenga una declaración rendida ante el Notario por un supuesto testigo, no hace fe " (Sent. del 3- XII-1963 Rev.Jud. de 1963 pags. 514 y sigs.)

CONCEPTO Y CARACTERISTICAS. Prieto Castro (1) la considera como " la prueba suministrada por personas que han presenciado o han oído los hechos sobre los cuales se les interroga. " Nosotros, de una manera general, podríamos decir, que es la prueba suministrada por medio de testigos; ahora bien, Quienes son testigos ?.

Son numerosas las definiciones dadas por los autores, transcribiremos algunas para de ellas desprender sus notas características.-

1) Citado por Saez Jiménez y Fdez de Gamboa-ob.citada. pags.987.

Herce - Orbaneja (2) dice que son: " las personas que declaran en el proceso ante el Juez sobre su percepción y conocimientos de los hechos y circunstancias pasadas "-

Prieto Castro (1) como 2 la persona ajena al proceso que aporta al mismo noticias hechas sobre lo que ha visto u oído como conocimientos subjetivos."

Chiovenda: (2) " La persona distinta de los sujetos procesales, a quien se llama para exponer al Juez las observaciones propias de hechos ocurridos, de importancia para el proceso ".

Florián (3) considera al testigo como " la persona física llamada a declarar en el proceso penal lo que sabe sobre el objeto del mismo con fines de prueba ".

Carrara: (4) cualquier persona de la cual nos valemos para dar fe de algo dudoso

Para el Código de Procedimientos Civiles: " es la persona fideiúgna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad ".

De éstos, y de muchos otros conceptos que podríamos citar, tenemos como características propias de los testigos las siguientes:

1^o) Que el testigo ha de ser una persona física. Es necesario que los testigos tengan existencia material, por lo que las personas jurídicas como ficciones del Legislador no pueden serlo, pues carecen de inteligencia y voluntad propias.

2^o) Que haya presenciado con sus sentidos el hecho que se investiga por lo general los testigos dan fe de lo que han visto o de lo que han oído, esto último, ya sea a personas determinadas que los han visto o cuando relatan lo que han oído por la llamada voz pública o sea ese rumor vago sobre la notoriedad de un hecho, pero desconociendo su origen.

2) " Citado por Saez Jiménez y Fdez de Gamboa - ob. cit. pag.992

1) 2) "Cit. por los anteriores autores- pag.982.

3) " Elementos de Derecho Procesal Penal, pag.343 (2^{da} Ed.-Bosch -Barcel.

4) "Programa de Derecho Criminal- pag.334 -Vol.2^o(Ed.Depalma -1944)

Sin embargo, Framarino (1) en su obra " Lógica " de las Pruebas en Materia Criminal ", nos dice que también puede darse testimonio de sensaciones percibidas por sentidos diferentes a la vista y al oído, y nos trae unos interesantes ejemplos: de Testigos del gusto, del tacto, y del olfato.-

Lo cierto es que en nuestra Legislación sólo tienen valor probatorio las declaraciones de los testigos presenciales o de vista y limitadamente los testigos sólo de oídas, cuando no se pueden recibir otras pruebas por hacer más de ochenta años que ha ocurrido el suceso o cuando los conocimientos sólo pueden adquirirse por este sentido, en materia civil y en el último caso en materia penal.

3^o) Que el testigo sea ajeno o extraño al proceso. En el proceso Penal no pueden ser testigos aquellas personas que se consideran han sido sujetos activos o pasivos del delito, éste es como dice el Código de Instrucción el ofendido y el coautor, cómplice y encubridor, siendo la razón de esto, que el testigo debe ser una persona desinteresada e imparcial.

En otras legislaciones sí se da valor probatorio a las declaraciones de estas personas, para evitar que muchos hechos criminales se queden impunes, pero se llega en ciertos casos a excesos, como el de premiar por su declaración a sujetos tan culpables como los delatados o bien darle fe a personas, por presuntos hechos cometidos en ellas, que nunca han sucedido, como el famoso caso de los Negros de Scottsboro de la obra " Sala de Jurados ".-

Consideramos más sabio el precepto de nuestra Legislación, aunque sí debería darse facultad a los jueces para que a su prudente arbitrio atendiendo a determinadas circunstancias les concedan valor probatorio a las declaraciones de ofendidos dadas al juez o a testigos antes de fallecer;

1) Pag. 26 (Ed. La España Moderna / 1926.

pues muchos hechos se quedan impunes a pesar de que antes de morir la persona, ha manifestado quien ha sido el autor del delito y es poco probable que en caso de muerte estas personas falten a la verdad.

4^o) Que la finalidad de la declaración tenga por objetivo ilustrar al Tribunal de los hechos, es decir, que tenga indudablemente un carácter y una finalidad probatoria. Como consecuencia de estas características no puede considerarse como testigos a las personas que declaren en el proceso sin aportar ningún dato que pueda producir convicción a los juzgadores.-

REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LOS TESTIGOS.-

Para que tengan validez las declaraciones de los testigos es necesario que reúnan ciertos requisitos; unos se refieren a la persona del testigo y otros al objeto del testimonio, al lugar, tiempo y forma.-

Los primeros son los llamados requisitos subjetivos, tales como la capacidad, el juramento, clases y la proposición, y los segundos objetivos, tales como el objeto, el lugar, el tiempo y la forma.-

REQUISITOS SUBJETIVOS

a) Capacidad. En general podemos decir que toda persona es legalmente capaz de declarar como testigo, salvo que la ley expresamente lo declare incapaz.-

El Código Civil de España (1) establece dos categorías de incapacidad; una de inhabilidad natural y la otra de inhabilidad legal; la primera tiene como consecuencia la eliminación de los testigos de toda clase de procesos es decir, como dice Florián (2) no tiene capacidad abstracta de testificar, y la segunda los elimina únicamente de ciertos y determinados procesos, por existir circunstancias especiales que hacen temer que su declaración no sea fidedigna, o sea sin capacidad concreto de testificar.

1) Citado por Saez y Fdez- ob. cit. Pag. 994- Vol. I

2) Ob.Cit. Pag.345.-

El Código de Procedimientos Civiles Salvadoreños nos habla de testigos incapaces y de testigos tachables, mientras que nuestro Código de Instrucción Criminal, además de éstos, establece los testigos inadmisibles.

En el punto relativo a la valoración de la prueba testimonial trataremos la inadmisibilidad, la incapacidad y las tachas de los testigos en el proceso penal.-

J U R A M E N T O

Para garantizar la veracidad del testimonio desde muy antiguo se ha acostumbrado que antes de recibirles declaración se ponga a la divinidad como testigo.

En nuestros Códigos de Procedimientos, a diferencia de otras legislaciones, como la Francesa y la Uruguaya, se han establecido fórmulas para recibirlo en los Arts. 311 Pr. y 234 I.

Su omisión es sancionada en nuestra Legislación con nulidad; de allí la importancia que tiene en nuestro Proceso Civil y Penal.-

Los jueces Penales acostumbran recibir el juramento de los testigos de acuerdo a la fórmula del Art. 311 Pr.; pero nosotros consideramos que es una práctica viciada ya que el código modifica la del Código de Procedimientos Civiles, debiendo, en consecuencia, recibirles de acuerdo a la fórmula del Art. 234 I.

Es un problema muy debatido por los Procesalistas de los países, en que sus legislaciones contemplan fórmulas de juramento, sobre si no se les recibe de acuerdo a ella esas declaraciones carecen o nó de validez; nosotros consideramos para nuestra ley, que exige que las nulidades sean expresas, aunque los jueces no sigan los lineamientos de la ley, las declaraciones de los testigos son plenamente válidas.

c) Clases de testigos. Existen numerosas clasificaciones de los testigos por parte los autores, nosotros seguiremos en este aspecto la clasificación hecha por el gran maestro clásico, del derecho Penal Francisco Carrara.(1)

1) Ob.Cit. "Vol. II - Pag. 334 y siguientes.

Para este autor los testigos pueden ser instrumentales u ordinarios. Instrumentales son los que se llaman expresamente a asistir a un acto solemne para certificar y completar la fuerza probatoria externa del mismo, y ordinarios son los que, informados accidentalmente de cualquier hecho, son llamados a narrar lo que saben de él.-

Los testigos ordinarios a su vez se dividen en idóneos o clásicos e inidóneos o impugnables.

El maestro Carrara nos sostiene que la regla en materia de testimonio es que el hombre percibe y narra la verdad y sólo excepcionalmente se engaña o miente. Esa regla se apoya, por consiguiente, en dos presunciones: 1^o la presunción de que los sentidos no hayan engañado al testigo; 2^o La presunción de veracidad que favorece a todo hombre y que conduce a pensar que él no quiere engañar.

Aquéllos en los cuales esas dos presunciones conservan su eficacia ordinaria se llaman testigos idóneos, y aquellos en relación a los cuales una circunstancia cualquiera hace vacilar una u otra de esas presunciones o ambas a la vez, se llaman impugnables.-

En nuestras leyes procesales aparece la clasificación de testigos en: de vista y oídas. Los primeros hacen fe en toda clase de procesos en que se admite la prueba testimonial en cambio los segundos únicamente en aquellos casos en que la ley establece expresamente que pueden declarar como testigos.

Además, en el Código de Procedimientos Civiles, se encuentra una división implícita de los testigos, en testigos capaces y testigos incapaces y tachables.-

d) DISPOSICION. En materia procesal Penal uno de los principios básicos que regulan la prueba testimonial es el de la oficiosidad, a diferencia del Proceso Civil en que prevalece el principio de disposición de las partes.

Como consecuencia de ello, en el Juicio Penal, este requisito no tiene mayor importancia, ya que el Juez puede ordenar oficio

samente las citas de los testigos sin necesidad de que sean presentados por las partes.-

Unicamente en aquellos delitos que sólo pueden seguirse por acusación, como el adulterio, la injuria, la calumnia y la difamación, es que este requisito cobra relevancia, ya que son los acusadores los únicos que pueden presentar los testigos a declarar, y mientras no lo verifiquen, no pueden ser citados oficiosamente por el Juez.

REQUISITOS OBJETIVOS.-

O B J E T O. Ya hemos visto que en el proceso Penal, lo único que puede ser objeto de prueba son los hechos materiales, y en el caso particular de la prueba testimonial, podemos decir en forma general que son aquellos hechos materiales percibidos por las personas, por lo sentidos de la vista y del oído.

Uno de los problemas más discutidos, es relativo a si será permitido interrogar a los testigos, además de por los hechos sobre el juicio de los mismos, dicho en otras palabras sobre apreciaciones del testigo acerca del hecho investigado o sobre las condiciones subjetivas del autor.

La doctrina, particularmente en Italia y Alemania, responde negativamente, pero para algunos autores, como Eugenio Florián (1) para que el testigo pueda narrar el hecho es necesario, que en su mente haya tenido lugar, aunque sea rapidísimamente, una elaboración crítica de las circunstancias del mismo; ya que toda narración implica un juicio, aunque sea inconsciente por parte de su autor, sobre los hechos que forman el objeto de la misma.

Nosotros estamos de acuerdo con Florián, en el sentido de que para narrar y dar forma a los hechos es necesario que en la mente del testigo tenga lugar juicios sobre las circunstancias de los mismos; pero discrepamos en la necesidad de que se dicte reglas en los códigos en que expresamente se admitan como objeto de la prueba testimonial, por cuanto no puede haber una distinción entre los hechos y los juicios, ya que es imposible narrar los primeros sin que se implique la elaboración de los segundos. Por otra parte es sumamente peligroso intro

(1) Obra Cit. Pag.355.-

ducir en el Proceso Penal que los testigos puedan hacer apreciaciones válidas sobre los tipos de los diferentes delitos y demás figuras jurídicas.

b) LUGAR. Uno de los deberes principales de los testigos, es el de comparecer al Tribunal a que son citados, para rendir sus declaraciones; porque lo normal es que éstas se reciban en el local del Tribunal como una garantía procesal para los indiciados y como una consecuencia del principio de economía procesal; sin embargo, no existe en nuestro Procedimiento Penal ninguna obligación legal de los Jueces, de tomarles la declaración necesariamente en el Tribunal.

Por el contrario, si lo existe para que a ciertas personas por razón de su edad, sexo, empleo, dignidad o enfermedad, se les vaya a recibir declaración al lugar donde habitan o trabajan.

En el Art. 303 Pr. se mencionan a las personas que no están obligadas a comparecer, apareciendo entre otras, las viudas honestas y señoras de distinción sean casadas o solteras; lo que nosotros consideramos que además de ser anacrónico va en contra de los principios liberales y democráticos de nuestra Constitución Política.

Por otra parte, los Jueces diligentes acostumbra recibir declaraciones en el lugar en que hayan sucedido los hechos, lo cual naturalmente es digno de elogio; pero deben tener cuidado de no vulnerar el principio de garantía procesal a que tiene derecho toda persona evitando tomarles en aquellos lugares en que las declaraciones de los testigos, pueden no ser espontáneas, sino que presionadas, como es el caso de los locales de los llamados Cuerpos de Seguridad.-

c) TIEMPO.- Este requisito en materia Penal no tiene la relevancia que en lo Civil, ya que para aquellas todos los días y horas son hábiles para recibir las declaraciones de los testigos, con la limitación que en la fase plenaria del proceso deben hacerse en el término probatorio, señalando día y hora con anticipación para que dichas declaraciones sean válidas.

Por otra parte, después del término probatorio el Juez está obligado a tener citados a los testigos de antemano por si los jurados quieren oír sus declaraciones y todavía más aún después del veredicto si el Juez considera que para sentenciar con mayor acierto es necesario tomar algunas declaraciones de testigos, éstas son plenamente válidas, si se hacen en audiencia pública y con citación de todas las partes según lo establece el Art. 430 I.

d) FORML.- Las formalidades de las declaraciones de los testigos son muy importantes en toda clase de procesos, ya que la no observancia de ellas trae casi siempre su nulidad.-

Antes de la declaración, cada testigo debe de expresar su nombre, edad, profesión y domicilio, si tiene alguna incapacidad legal para ser testigo y hará juramento de decir la verdad, todo bajo pena de nulidad.-

Asimismo si las partes lo pidieren se les recordará antes del juramento las penas sobre el falso testimonio.

Las declaraciones de los testigos se asientan en idioma Castellano, pero como sucede a veces que es ignorado por aquellos se hace necesario el nombramiento de dos intérpretes o de uno solo si así convienen las partes o no hay otro en el lugar.

Las declaraciones deben contener la fecha exacta con expresión de la hora y deben ser firmados por el Juez, Secretario y declarante; y si éste no supiere o no pudiere firmar, el Juez debe hacer mención de esa circunstancia. Algunos Jueces acostumbran en estos dos últimos casos a que el testigo ponga sus huellas digitales, costumbre que debería de ser obligatoria, para evitar en lo posible que algunos funcionarios y empleados venales hagan entrar al proceso declaraciones ficticias, sobre todo cuando los Jueces no acostumbran a tomar personalmente las declaraciones.

El testigo declarará contestando las preguntas del Juez o bien puede redactarla o escribirla él mismo, pero no se le permite que lea ningún apunte salvo que se refiera a cuentas, libros y papeles, por considerarse que la declaración debe de ser lo más espontánea posible.

Tambien la declaración debe de asentarse a la letra, sin mudar palabra y leerse al final para que el testigo la ratifique o enmiende, buscándose con éste mayor exactitud en las declaraciones, para atenuar el principal defecto del principio de la escritura que domina nuestro Proceso Penal.-

OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS TESTIGOS.

La calidad de testigo entraña dentro del proceso, una serie de obligaciones, derechos y responsabilidades.-

" La prestación de testimonio toma el carácter de prestación necesaria ligada a la función soberana de la jurisdicción perteneciente al Estado, por lo que representa un deber frente al Estado, de parte de quien puede aportar datos e informar en un determinado proceso; y al mismo tiempo un derecho del Estado, que hace valer por el mismo órgano encargado de la función jurisdiccional." (1)

Forti, citado por Florián (2) sostiene que librar la facultad de testificar al juicio de los ciudadanos, sería como dejar al arbitrio del individuo la realización de los fines más esenciales para la vida del Estado.

OBLIGACIONES.- Entre las obligaciones más esenciales del testigo en el proceso penal, tenemos:

a) Comparecer. La regla es que toda persona está obligada a comparecer al Tribunal en que ha sido citada, el día y hora señalado bajo pena de multa de uno a diez colones al no comparecer la primera vez; y si aún así no asiste, se le obliga a comparecer por apremio personal, a excepción de las personas señaladas en los Arts. 300, 302 y 303 Pr.

En la práctica se acostumbra, hacer al testigo dos citaciones y si no ha comparecido una tercera previniéndole apremio, y si aún así no asiste a la diligencias se oficia a un cuerpo de seguridad para que sea detenido y llevado a declarar al Tribunal, después de lo cual es puesto inmediatamente en libertad, y no se acostumbra tampoco efectiva la multa que señala el Art. 301 Pr.

Todos estos artículos del procedimiento Civil se aplican al Proceso Penal, en base al Art. 407 y 566 I.

b) Prestar juramente o prometer decir la verdad bajo palabra de honor, es una obligación del testigo jurar decir la verdad poniendo a Dios como testigo y en caso de negarse puede el Juez decretar su arresto hasta por treinta días y transcurridos los cuales procesarlo por el delito de desobediencia.

Si el testigo no tiene creencia religiosa no puede obligársele a prestar juramente, pero si está obligado a prometer decir la verdad bajo su palabra de honor

c) Declarar. Ninguna persona puede substraerse de la obligación de deponer, salvo las expresamente exceptuadas por la ley.

En caso de negarse puede el Juez decretar su arresto hasta que lo verifique y si persiste en su negación a procesarlo por el delito de desobediencia o de falso testimonio, según el caso.-

Se le procesará por falso testimonio si se niega a declarar y constare en el proceso que dicha persona es sabedora de los hechos que se investigan.

d) Ser veraz en su declaración. Aunque no existe ningún precepto que imponga expresamente esta obligación si hay disposiciones que ordenan al Juez procesar al testigo por el delito de falso testimonio, cuando en su declaración ha tergiversado u ocultado la verdad de los hechos.

En el punto relativo a la responsabilidad penal de los testigos analizaremos las sanciones que se les imponen, por incumplir estas obligaciones.

DERECHOS. El testigo tiene derecho a ser tratado con atención y urbanidad, por la autoridad ante quien declara, subalterno y las partes que intervienen en el proceso; asimismo a ser atendido sin dilación que pueda perjudicar a sus ocupaciones habituales.

A diferencia del testigo en Materia Civil, que es indemnizado por las partes en los gastos que incurra al ir a declarar, en materia Penal no tiene derecho a ninguna indemnización ya que por el carácter público del Proceso Penal es un deber cívico la comparencia a declarar

Sin embargo, en el Código de Procedimientos y de Fórmulas judiciales del Presbítero Menéndez, (1) se establecía en el Art. 1253 " los gastos que hicieren los testigos en su viaje y permanencia en el lugar del juicio, cuando no residieren en él, se satisfarán a razón de dos reales por cada seis leguas y otro tanto por cada día de residencia en el lugar del juicio. Dicha satisfacción se hará por el acusador relativamente a sus testigos y por el reo en cuanto a los suyos. Si la causa fuere de oficio, cubrirá el reo los gastos; pero si éste fuese pobre no estará obligado a pago alguno, ya se siga la causa por acusación o ya de oficio. Sin embargo, de que los gastos deben aprentarse como previene este Artículo, la sentencia definitiva definirá quién debe de pagarlos."

1) Reproducción - Ministerio de Justicia - Imp. Nacional - 1960.-

C A P I T U L O I I I

PRINCIPIOS PROCESALES QUE REGULAN LA PRUEBA TESTIMONIAL EN NUESTRO PROCEDIMIENTO PENAL.-

Sabido es que los sistemas adoptados por los procedimientos criminales son tres: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto.- De la reunión de las características de los sistemas acusatorios a inquisitivos ha surgido el mixto, que siendo el que se acerca al ideal de la justicia ha sido adoptado por la gran mayoría de los procedimientos penales. El nuestro acepta este sistema pero inclinándose hacia el criterio inquisitivo, ya que participa de todas sus características a excepción de la que se refiere al procedimiento secreto; en cuanto al sistema acusatorio participa de las características de la publicidad y de los jueces de conciencia, porque de las otras sólo lo hace en forma muy limitada para ciertos y determinados delitos.

Aclarado que el sistema mixto es el adoptado por nuestro Código de Instrucción Criminal, pasaremos a analizar los principios que regulan la prueba testimonial en particular.

1o. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.

La regla general en el procedimiento salvadoreño, es que todos los delitos pueden ser investigados por iniciativa propia de los Jueces, salvo los que sólo pueden iniciarse por denuncia o acusación de las personas ofendidas.

En este sentido participa el proceso penal de las características del sistema inquisitivo, en que el Juez puede ordenar las citas de los testigos sin que hayan sido propuestos por las partes que intervienen, a excepción de los delitos que sólo pueden seguirse por acusación. También tiene plena libertad el Juez para hacer a los testigos todas las preguntas que crea necesarias sin ligarse a ningún interrogatorio, tanto en la fase sumaria como en la plenaria.

2o. PRINCIPIO DE INMEDIACION.

Este principio consiste: en que el Juez, perciba directamente y sin intermediación de otras personas las pruebas y todos los elementos procesales de donde ha de sacar su convicción para la senten-

cia.

El Procesalista Napolitano Niccolini (1) en la primera mitad del siglo pasado, expuso el concepto aunque sin emplear esta palabra técnica al decir; "lo esencial en las pruebas está en que se reciban de fuentes originarias y en poder bajo la mirada de todos los que tienen derecho a estar presentes los objetos que pueden ser conservados y -- leer en público los documentos, oír a los testigos, carearlos entre e llos y en presencia de la parte pública, de la civil y de la acusadora".-

Cuando hablamos de la naturaleza jurídica de la prueba testimonial tuvimos oportunidad de citar varias disposiciones de los Códigos de -- procedimientos, donde se encuentra plasmado el principio de inmediación.

En el caso particular de la prueba testimonial consiste en que los testigos deben declarar directa y personalmente, sin intermediario, ante el Juez o Tribunal que conoce del delito, con objeto de que las valore para formar su convicción.-

La justificación de este principio nos dice De La Plaza (2) obedece a la necesidad de que el Juez o Tribunal que ha de decidir el proceso, tenga desde su iniciación hasta su término, un cabal conocimiento de él, cuya exactitud depende de su inmediata comunicación con las partes y de su intervención personal y activa en la práctica de las pruebas.

En nuestro sistema de jurados el principio de inmediación se en---cuentra limitado, en primer lugar por la ley positiva y en segundo por la práctica de los Tribunales. Al efecto, el Art. 233 I., dispone "-- Cualquiera de los jurados puede dirigir al reo las preguntas que estime necesarias para el mayor esclarecimiento de los hechos. También pueden hacer venir por medio del Juez a los testigos y peritos ya examinados para examinarlos de nuevo, ampliar sus dichos y confrontarlos en--tre sí o con el reo para cuyo efecto el Juez los tendrá citados de an--temano".-

De la lectura de este artículo podemos observar que no es obli-

1) citado por Florián - Ob. cit.- pag. 105

2) citado por Saiez y Fdez - Ob. cit. pag. 549

gatorio para los jurados presenciar las declaraciones de los testigos sino que es potestativo oírlos o no; pero aún en el caso que éstos -- quisieran presenciarlas, el precepto se vuelve inoperante, ya que en la práctica los jueces no tienen a los testigos citados de antemano.

3o. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Para Couture (1) este principio consiste en que "las actuaciones-- procesales sean conocidas por el imputado, las partes y los terceros-- para garantizar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales".

Para Saenz Jiménez y "ernández de Gamboa (2) la publicidad puede - ser considerada en un triple aspecto:

1o.- en cuanto a las partes litigantes;

2o.- en relación al lugar en que se celebra, es decir, que se e-
fectúe en sitio público; y

3o.- respecto a los terceros.-

En el proceso penal nuestro, tanto en la fase de Instrucción como- en la fase plenaria, el principio de publicidad no tiene limitación - alguna, para las partes y terceros.

Esta publicidad ilimitada en la fase de instrucción es criticable, ya que obstaculiza la investigación de los hechos y perjudica la repu- tación de las personas contra quines no existe, todavía, evidencia de culpabilidad. Por eso estamos en un todo de acuerdo con la comisión - encargada de elaborar el Código Procesal Penal, de que esta etapa de- be ser reservada, en el sentido de que sólo tengan conocimiento de e- lla el imputado, las partes que intervienen y los que pueden procurar en materia Penal, siempre que para ello sean autorizados por los indi- ciados o por sus parientes próximos en caso de ser ausentes.

En cuanto a la fase plenaria deberá regir siempre plenamente el -- principio de publicidad sin más limitaciones que las exigidas por la- Moral.

4o. PRINCIPIO DE LA ESCRITURA.

1) ob. cit. pag. 192

2) ob. cit. pag. 552

En virtud de este principio todas las actuaciones procesales, incluyendo las declaraciones de los testigos, se consignan por escrito.

Al contrario, por el principio de oralidad la actividad judicial se manifiesta verbalmente.

En nuestra Legislación Procesal Penal predomina el principio de la escritura, salvo para el caso de ampliación de los alegatos de buena prueba, que se hace oralmente durante las celebraciones de las vistas públicas.

Se han suscitado entre los procesalistas, ardientes polémicas sobre las ventajas e inconvenientes de una u otra forma, en relación con los medios de prueba y en particular con la prueba testimonial.-

Se aduce en favor de la escritura, que por medio de éste se facilita una mejor meditación y estudio; evitándose omisiones y errores derivados de que lo oído por el juzgador puede borrarse de su mente.

A favor del principio de la oralidad se dan las siguientes razones: que atenúan el rigor formalista volviendo al procedimiento más rápido y expeditivo, y que el fallo del Juez puede ser más justo en razón de que ha percibido por sí lo ocurrido en el proceso, satisfaciendo así de una manera plena el principio de inmediación.-

Sería ideal que la vista pública de nuestro proceso penal fuera totalmente oral, compareciendo los testigos a deponer directamente ante los jurados, para que éstos puedan tener un conocimiento y una valoración más exacta de los hechos que juzgan.

5o. PRINCIPIO DE ADECUACION.

Consiste este principio en el Proceso Penal, con relación a la prueba testimonial, en que no deben evacuarse más citas que las indispensables o convenientes para la averiguación de la verdad. Es decir, no deben de practicarse aquellas diligencias ni recibirse declaraciones que sean inútiles o innecesarias para la investigación del hecho delictivo y del delincuente. Este principio se encuentra en los Art. 161 y 163 I.-

6o. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Concretamente este principio consiste en la posibilidad que tienen las partes de intervenir personalmente en todos y cada uno de los medios de prueba.-

Con relación a la prueba testimonial es la facultad de poder hacer preguntas a los testigos que declaran en el proceso. En la fase plenaria, según el Art. 192 I., tienen intervención necesaria el reo o su defensor y el acusador o el fiscal, debiendo, en consecuencia, recibirse las declaraciones de los testigos en audiencia pública y previa citación de las partes; pero a diferencia de otras legislaciones, en nuestro Proceso Penal, también en la fase sumaria de instrucción, tienen derecho los defensores del procesado a presenciar el exámen de los testigos y hacer las preguntas que crean convenientes por medio del Juez.-

7o. PRINCIPIO DE PRECLUSION.

Este principio no tiene ninguna aplicación en la fase de instrucción del juicio penal; pero en la fase plenaria si tiene la misma relevancia que en el procedimiento civil, pues las declaraciones de los testigos deben de recibirse dentro del término probatorio.-

Esta regla tiene sus excepciones cuando las partes piden que sean examinados o ampliados los dichos de los testigos antes de los debates durante la celebración de las vistas públicas.-

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA FASE SUMARIA.

El juicio criminal se divide en ordinario y sumario; el primero tiene por objeto la averiguación y castigo de los delitos y debe instruirse con toda la plenitud de trámites establecidos por la ley, y el segundo se instruye con trámites breves y sencillos y tiene por objeto la averiguación y castigo de las faltas y de las infracciones a los reglamentos de Policía. El ordinario a su vez comprende dos etapas complementarias y sucesivas, la fase de instrucción informativa y la fase contradictoria o penal.

Lo que para nuestro Legislador constituye la fase sumaria lo estatuye el Art. 148 I. al disponer que "las deposiciones de los testigos y demás diligencias que en una causa criminal se practica, hasta el auto de elevación a plenario inclusive, constituyen la instrucción o juicio informativo llamado también sumario". Lo dispuesto en el artículo transcrito, no es exacto ya que perfectamente puede darse el caso de una causa criminal sumaria en que no hayan declaraciones de testigos como por ejemplo en los delitos de bigamia; asimismo esta etapa no siempre concluye con el auto de elevación a plenario ya que bien puede terminar con una resolución de sobreseimiento.-

Es función del Juez que conoce de un sumario realizar las diligencias necesarias para llegar al esclarecimiento del hecho punible y a la individualización de las personas responsables de su ejecución y en logro de esa finalidad el Juez está obligado a ordenar aquellas declaraciones de testigos que se reputen indispensables y necesarias para la averiguación del hecho delictivo.

En la práctica algunos Jueces no cumplen lo estatuido en el Art. 163 I. que ordena que sólo deben hacerse aquellas citas de testigos que sean indispensables y no dan por terminada esta etapa del proceso hasta que han declarado todas las personas que aparecen mencionadas en el informativo aunque sus declaraciones sean totalmente innecesarias y a esto es debido principalmente que no se dé cumplimiento al mandato que ordena de las diligencias del sumario no de

ben exceder de noventa días lo que va en detrimento de la pronta administración de justicia. A diferencia de otras legislaciones, en nuestro País se permite la intervención de los defensores en el Juicio sumario, quienes pueden presentar los testigos que conduzcan a la defensa del procesado y hacerles las preguntas que crean convenientes.-

Para el examen de los testigos no es necesario presentar interrogatorio, donde consten las preguntas que deberán hacérseles así como tampoco se señala día y hora y citación de la parte contraria para recibirles sus declaraciones. Es de notar que cuando el Juez no admite recibir algunas declaraciones de testigos es decir, les deniega es te medio de prueba, esa resolución no es apelable según abundante jurisprudencia.

El juicio sumario tiene por objeto comprobar la existencia de un hecho punible e individualizar a las personas que hayan participado como actores, cómplices o encubridores, por eso hemos dividido este capítulo, considerando la prueba testimonial en relación al cuerpo del delito y a la delincuencia del procesado. LA PRUEBA TESTIMONIAL Y EL CUERPO DEL DELITO. Existe una clasificación bastante antigua de los delitos desde el punto de vista de su grado de permanencia después de realizado: en delitos de *factio permanentis* o de cuerpo permanente y delitos de *factio transeutis* y de cuerpo transeunte, según el doctor José María Méndez (1) los primeros son los que se concretan en una realidad que subsiste después de consumados y los segundos los que no se materializan más que en el preciso momento de ser ejecutados, desapareciendo después como entidades objetivas permanentes y sin dejar trascendencia físimas.-

Esta clasificación doctrinaria de los delitos, es igual a la que establece nuestro Código de Instrucción Criminal en delitos que dejan señales y delitos que no las dejan y será lo que nos servirá de base para analizar las relaciones de la prueba testimonial con el cuerpo del delito. Acerca de lo que debe entenderse por cuerpo del delito, no ha existido entre los autores uniformidad de opiniones; estas varían desde los que lo consideran "como la huella resultante de la realiza-

ción delictuosa, relevadora de la infracción" (1) hasta los que --
llegan a compararlo con la tipicidad.-

Ante esta diversidad de criterios, nosotros nos adherimos al --
concepto que nos dá el doctor Méndez, en su brillante monografía.-
Cuando nos dice que es "La realidad de consumación del delito", por
estimar que encaja para toda clase de hechos delictivos dejen o no
señales y estar en un todo de acuerdo con nuestra ley Procesal Pe-
nal.

Es indiscutible la importancia que en nuestro Proceso Penal --
tiene la comprobación del cuerpo del delito, ya que no puede ele--
varse la causa a plenario y consecuentemente condenar a una perso-
na, sino se ha demostrado plenamente la existencia del delito.-

Aceptado que la prueba plena del cuerpo del delito, es uno de
los elementos indispensables para condenar a una persona, pasare--
mos a examinar cuales son los medios de prueba idóneos para com--
probarlo cuando se trata de delitos de cuerpo permanente y de cuer-
po transeuntes. DELITOS QUE DEJAN SEÑALES. A diferencia de algunas
legislaciones extranjeras, que sólo regulan en sus Códigos Penales
los elementos constitutivos que deben ser objeto de prueba para com-
probar el cuerpo del delito; nuestro Código de Instrucción Crimi--
nal en diferentes disposiciones contenidas en el Título X., señala
de una manera concreta y particular los medios probatorios idóneos
con que debe probarse en los diferentes hechos delictivos que se-
jan señales

Respecto a estos delitos podemos hacer una sub-clasificación,
según necesiten o no pericia para la comprobación del cuerpo del
delito en:

- a) Delitos que exigen conocimientos periciales.
- b) Delitos que no exigen conocimientos periciales.

1) Luis A, Barberis "Cod.de Proc. en lo Penal y Leyes Compl. pag.-
230 (ed. Depalma-1956).

2) Ob. cit. pag. 58

a) Respecto a los primeros, el Inc. lo. del Art. 124 I. establece --
terminantemente el medio probatorio idóneo para comprobar el "Cuer-
po del delito" al disponer que "en los delitos o faltas que dejan --
señales y para cuya comprobación se necesitare pericia en alguna --
ciencia o arte, se justificará por el reconocimiento de dos peritos
nombrados por el Juez, ejecutado simultáneamente a presencia de és-
te y del Secretario".

Según el inciso transcrito, es indispensable para comprobar el
cuerpo de estos delitos la prueba material, es decir, la percepción
directa y personal del Juez, acompañado de dos peritos, de la perso ^x
na o cosa objeto del delito, para tenerlo por justificado válidamen
te.

De manera que, por medio de la prueba personal de testigos, no
puede probarse válidamente, el "corpus criminis" de estos delitos.

Pero como sucede muchas veces, las huellas o vestigios de un he
cho delictivo, que por su naturaleza debió dejarlos, desaparecen, ya
sea por obra de los mismos autores o por terceros que no han parti-
cipado directamente en el hecho criminoso o por cualesquiera otras-
circunstancias. En estos casos, Será posible comprobar el cuerpo --
del delito? Quedará impune la acción criminoso, por la habilidad en
hacer desaparecer las señales del delito? La respuesta a estas in-
quiet ntes preguntas nos la da el inciso primero del Art. 130 I. al
establecer, que en los delitos que dejan señales y éstas han desa--
parecido, se comprobará el cuerpo del delito por cualquier medio le
gal de prueba.- ¹

Pero cuando podrá hablarse de desaparecimiento de las huellas?
Cuando se haya establecido fehacientemente, en la investigación se-
guida por el Juez, la preexistencia, la manera, el tiempo y las --
causas de la desaparición de los vestigios.

En resumen, la prueba testimonial es un medio supletorio para ¹
probar el cuerpo de estos delitos, cuando se ha comprobado en el --
proceso, la desaparición de las señales dejadas por la acción cri--
minosa.

Pareciera que no debiera haber ninguna duda, en los postulados que hemos establecido, pero el Art. 136 I. dice: La exhumación se practicará previa declaración jurada de los sepultureros o testigos que asistieron al entierro sobre cual es el sepulcro del cadáver y si el que se halla es el mismo que se busca. PASADAS SEIS HORAS DE SEPULTADO EL CADAVER, SE OMITIRA LA EXHUMACION SIEMPRE QUEDA OTRA MANERA SE PUEDA COMPROBAR EL CUERPO DEL DELITO Y AUN ANTES DE LAS SEIS HORAS SI NO HAY ABSOLUTA NECESIDAD. (las mayúsculas -- son mías.)

Según lo que dispone el Artículo, si una persona ha fallecido a consecuencia de una acción delictiva y es enterrada sin haber sido reconocida por el Juez y los peritos, se omite la exhumación, si el cuerpo del delito se ha comprobado o se puede comprobar, por otro medio legal de prueba. Es decir, que sin haberse comprobado directa y personalmente por el Juez y Peritos, la existencia del cadáver, el desaparecimiento de las señales y sin dictaminar éstos últimos, si las lesiones han producido por sí solas y directamente la muerte Art. 127 I. se puede comprobar el cuerpo del delito por medio de la confesión del indiciado o las declaraciones de testigos.

A nuestro modo de pensar, existe contradicción entre este artículo y el Inc. 1o. del Art. 130 que dispone "en los delitos o faltas que no dejaren señales o CUANDO ESTAS HUBIEREN DESAPARECIDO, se justificará el cuerpo del delito o falta, por cualquier medio legal de prueba" Cómo resolverla?

La parte en mayúsculas del Art. 136 viene sin variación desde el Código de 1857 y los Art. 124 y 130, tienen como antecedentes, el 1141 y 1142 respectivamente del mismo Código que decían: "En los delitos que dejan señales se justificará el cuerpo del delito por la inspección de dos peritos, nombrados por el Juez, ejecutada simultáneamente a presencia de éste y del escribano o en su defecto de dos testigos" y "En los delitos que no dejaren señales se ca

lificará el cuerpo del delito por la deposición de testigos, indicios presunciones o preexistencia de la cosa en el lugar de donde faltó".

Como podemos observar el Código del doctor Isidro Menéndez, no establecía la manera de comprobar el cuerpo de los delitos que dejan señales, cuando éstas han desaparecido y limitaba la exhumación en el Art. 1151 (igual al actual 136), posiblemente por razones religiosas y también sanitarias para evitar la propagación de epidemias.

Nosotros opinamos que en el Código del 57, el Art. 1151 (que limitaba las exhumaciones) era una excepción respecto al delito de homicidio, al Art. 1141 (el que establecía la manera de probar el cuerpo de los delitos que dejan señales).

En el Código de 1880, aparece ya la disposición del actual 130-redactado en la siguiente forma: "En los delitos o faltas que no dejen señales o cuando estas hubieren desaparecido, se justificará el cuerpo del delito o falta por cualquier medio legal de prueba" después de este breve estudio histórico de la disposición, concluimos nosotros que es el Art. 130 reformado el que prevalece sobre lo dispuesto por el Art. 136, ya que al reformarse quedó inoperante esta última disposición. Por lo que, para comprobar válidamente el cuerpo del delito de homicidio, es necesario la exhumación, en todo caso, por el Juez y peritos, para establecer la existencia del cadaver y la causa directa de la muerte; y sólo en el caso que se comprueba por medio de la exhumación que las huellas o señales han desaparecido, puede probarse por medio de pruebas personales, especialmente la prueba de testigos.

Admitir lo contrario, sería desconocer los principios doctrinarios que informan la teoría del cuerpo del delito y la tendencia de restringir las pruebas personales, especialmente la de testigos, por las pruebas reales o materiales.

Por todas estas razones no estoy de acuerdo con la doctrina sentada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 14-11-61 publicada en Revista Judicial del año 1961 pags.215 y sig.).

I) "si con las declaraciones de dos testigos se establece que una persona presentaba lesiones en la garganta, las que eran grandes y profundas y dan fe de que esa persona estaba muerta, debe tenerse por probado plenamente el cuerpo del delito de homicidio.

II) Si en el caso apuntado el cadaver no fue reconocido por los Médicos forenses, ni se asentó partida de defunción, tiene lugar lo establecido en el Art. 130 I. pues las heridas descritas son mortales por su propia naturaleza y por estar localizadas en partes blandas del cuerpo, debe entenderse que han desaparecido, por lo que es inoperante la exhumación del cadaver.

III) Si en las circunstancias relacionadas se alega en casación la nulidad de veredicto del Jurado por no estar probado el cuerpo del delito de homicidio, debe declararse sin lugar por improcedente."

b) DELITOS QUE DEJAN SEÑALES PERO NO EXIGEN CONOCIMIENTOS PERICIALES.- La manera de comprobar el cuerpo de estos delitos la establece el Inc. 2o. del Art. 130" al decir "De la misma manera se comprobará el cuerpo de un delito, que deja señales, cuando su reconocimiento no exija conocimientos periciales". Para el legislador de 1857, se probará por la inspección de dos peritos, en presencia del Juez; pero posteriormente se cambió de criterio y puede comprobarse por testigos y por cualquier otro medio leg 1 de prueba.

En las reformas llevadas a cabo en 1957 a los Arts. 403 (reformado posteriormente en 1962) y 407 I, se comprendió por parte de sus autores la importancia de la prueba de inspección personal, al considerarla jerárquicamente superior a la testimonial y al disponer que sólo se tomaría en cuenta aquellas declaraciones más concordes en la prueba relativa al cuerpo del delito y con la prueba obtenida mediante la inspección personal o dictamente de peritos.

Consecuentemente con su modo de pensar los reformadores del 57 debieron haber modificado el Inc. 2o. del Art. 130 y suprimido la parte segunda del Art. 136. La r. forma del 130 debía de consistir en que en esta clase de delitos, su cuerpo debería de comprobarse -

por medio de la inspección personal del Juez y sólo en el caso de establecerse que las señales han desaparecido, permitir su prueba por cualquier otro medio legal.

DELITOS QUE NO DEJAN SEÑALES.

Este es el caso de los delitos que por su naturaleza o circunstancias de ejecución no dejan pruebas materiales de su comisión.

Aquí es donde la prueba testimonial, tiene gran relevancia y ha sido por largos años el único medio idóneo para la comprobación de estos delitos; ya que la confesión como medio probatorio del cuerpo del delito ha sido una cuestión muy debatida por los procesalistas y en nuestra legislación lo confirma la historia de esta disposición, actualmente si se puede probar por medio de ella.

Cuando para comprobar el cuerpo del delito se examinaren -- testigos, el Artículo 131 le señala a los jueces, sobre lo que deben ser interrogados, diciéndoles, que se les debe de preguntar sobre todos los hechos que puedan tener relación con el delito, las circunstancias que suelen procederlo, acompañarlo y seguirlo y cuanto hubieren observado en las personas perjudicadas.

Vamos a considerar, ahora el caso especial de los delitos en que ha habido sustracción de una persona o de una cosa.

Estos son los casos particulares contemplados en el Art. 132, que a la letra dice: "En los delitos de hurto o robo es necesario -- comprobar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas en poder- de la persona perjudicada y la falta de dichas cosas" Para justificar la se admitirá la disposición de los domésticos en defecto de testigos idóneos y a falta de aquellos bastará la declaración jurada del interesado siendo hombre honrado y de buena fama a juicio prudencial del Juez.

Lo mismo se observará en el juicio de sustracción de menores y en el de rapto, cuando la persona sustraída o robada estuviere ba- jo la potestad o guarda de otro.

Si no fuere posible la comprobación del cuerpo del delito co

mo lo prescriben los anteriores incisos, se tendrá éste por establecido conforme se dispone en el Art. 130. La compra de ganado sin los requisitos que la Ley exige, forma plena prueba del cuerpo del delito de hurto y contra la persona del comprador y vendedor sospechosos, salvo la prueba contraria por otro medio legal".

En estos hechos delictivos se exige la prueba de la existencia-anterior o preexistencia de las cosas o personas y su desaparición, y estableciéndose en el artículo, jerárquicamente la manera de comprobar estos extremos: en primer lugar por medio de testigos idóneos a falta de éstos por medio de sirvientes domésticos y a falta de uno y otros, por la declaración jurada del interesado si a juicio del Juez es persona honrada y de buena fama. En la práctica si la persona perjudicada manifiesta no tener testigos idóneos ni sirvientes domésticos de la preexistencia y desaparecimiento, los jueces generalmente siguen una investigación por medio de testigos para comprobar su honradez y buena fama, si no le son personas conocidas y probando lo anterior le reciben declaración jurada.

En algunos Tribunales se acostumbra, y hay al respecto jurisprudencia contradictoria, que si los testigos mencionados por el interesado no comprueban con sus declaraciones los dos extremos de la preexistencia y del desaparecimiento, el Juez recibe declaración jurada si a su juicio es persona honrada.

Nosotros consideramos que el legislador, en este artículo ha establecido un orden jerárquico y que si los testigos no comprueban aquellos extremos no puede recibírsele declaración jurada al interesado. Admitir lo anterior seria ir contra la intención del legislador ~~X~~ al establecer este artículo; cual es darle valor probatorio a la declaración jurada únicamente cuando las circunstancias del hecho no pueden probarse por medio de testigos y no cuando se trata de prueba fallida.

Sucede muchas veces que no es posible comprobar el cuerpo de estos delitos de la manera establecida en el Inc. primero de este ar--

título, ya que no habiendo testigos presenciales, la persona perjudicada puede ser desconocida y estar ausente o existir cualquier otra circunstancia; en estos casos se prueba con cualquier otro medio legal de prueba.

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN RELACION A LA DELINCUENCIA.

El otro elemento del delito, que es necesario comprobar en la etapa sumaria es la delincuencia del procesado ya que sin estar probada, aunque sea semiplenamente la participación del reo, no puede pasarse al juicio contradictorio, debiendo el Jues en consecuencia sobreseer en la causa.

Pero puede suceder que, por una apreciación errónea del Juzgador llegue la causa al conocimiento del jurado; en esos casos según el Art. 270 numeral 10 del Código de Instrucción Criminal, debe declararse nulo el veredicto y todas las actuaciones procesales, desde el auto de elevación a plenario en adelante.

Una de las maneras más frecuentes de comprobar la delincuencia es por medio de las declaraciones de testigos y en esto debemos de tener en cuenta, que en los delitos no sujetos al conocimiento del Jurado, cuando se ha probado por este medio, es necesario para poder condenar al indiciado, las declaraciones de dos testigos idóneos, contestes y conformes, en personas y hechos, tiempos y lugares y -- circunstancias esenciales, a excepción de los delitos conocidos en el campo, cárceles y tabernas en los cuales hacen fe ciertos testigos tachables.

Asímismo si encuentra comprobada la participación de una persona en un hecho delictivo, aunque sea semiplenamente con la declaración de un solo testigo, pero que además existen declaraciones de varias personas en favor de su inocencia, el Juez debe abstenerse de sobreseer y de elevar la causa a plenario, según el numeral primero del Art. 183 I.

En la mayor parte de los casos esta disposición es justa pero

puede prestarse a que se cometan injusticias en personas inocentes, ya que basta que haya una sola declaración en su contra, la que puede ser de un testigo mendaz para que estas personas permanezcan varios meses en las cárceles y aún con la posibilidad de poder condenarlos por el Jurado, - Nosotros estamos en un todo de acuerdo con el doctor Arturo "eledón" Castrillo, en el sentido de que debe darse a los jueces facultades discrecionales suficientes para apreciar-- las o no, a su prudente arbitrio.

C A R E O S:

El Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de don Joaquín Escriche (1) define el careo en la siguiente forma: "En materia criminal se llama así a la confrontación de los testigos o acusados que se contradicen en sus declaraciones, ordenada por el -- Juez para averiguar mejor la verdad oyéndolos en sus debates."

Es frecuente que un testigo, declare algo diverso en lo sustancial o contradictorio a lo declarado por otro testigo o por un indiciado; contradicciones que responden en su mayoría, más que a la falsedad del testimonio, a una parcial apreciación de los hechos o a las propias características subjetivas, sensoriales o perceptivas, de las personas llamadas a declarar.

Para eliminar en lo posible esas discrepancias, esas aparentes contradicciones o comprobar quién de los testigos o indiciados ha faltado a la verdad, los Códigos de casi todos los países -- han establecido esta diligencia que se conoce con el nombre de careo.

Se conocen en la doctrina y en las legislaciones tres clases de careos: a) Entre testigos. b) Entre testigos y Procesados y - c) entre procesados.

El Código de Instrucción Criminal no admite esta última - clase de careo, que se verifica en las leyes que lo admiten cuando los procesados se han hecho cargos recíprocos o están en contradicción o desacuerdo sobre el mismo hecho.

1) Pag. 427

Nuestro Código regula esta diligencia en los Arts. 164 y siguientes y 197 y siguientes. En ellos se dispone que si son varias las personas que se van a carear se haga de uno a uno y que no pueden carearse las personas que no pueden ser testigos unas contra otras.

Según esos artículos el careo debe de practicarse en la forma siguiente: el Juez cita a los testigos y al reo, según el caso, y comienza la diligencia con el juramento de los testigos, después se lee la declaración del citante en la parte conveniente o la parte donde se contradicen y si los testigos modifican sus posiciones y se ponen de acuerdo, se termina con ésto la diligencia; pero puede suceder de que subsistan las diferencias o contradicciones y entonces el Juez los invita a que las discutan, quedando él como observador interviniendo únicamente para poner orden si la discusión degenera en insultos o amenazas. De las preguntas y contestaciones que mutuamente se hicieren y de todas las demás particularidades pertinentes al objeto de la diligencia se deja constancia en el acta, firmándola todas las partes previa lectura y ratificación.

En la práctica, cuando los careados no modifican sus respectivas posiciones, el acta se simplifica, evitándose el juego de preguntas y respuestas, dejándose únicamente constancia de que cada uno se mantiene en sus dichos.-

Debido a esto último, los resultados de esta diligencia son generalmente efímeros, pero en algunos casos han servido para esclarecer una cantidad de hechos fundamentales o para hacer desaparecer aparentes contradicciones, pudiendo llegar así a formarse un juicio más exacto de la verdad de los hechos investigados, por lo que consideramos que no es conveniente su supresión.-

El Dr. Héctor Enrique Jiménez, en un interesante trabajo publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (1), afirma que el careo no es lo mismo que la fonfrontación, ya que a pesar de ser sinónimas según el Diccionario de la Lengua tienen en el foro y en nuestra legislación un significado diferente, que para él es el de reconocimiento.-

1) No. 9- Mayo-Junio/1948- Tomo II- Pág. 251 y Sigts.

Con respecto a ésto, consideramos que si bien es cierto que existe confusión terminológica, en la Ley, para nosotros según el Código de Procedimientos Penales confrontación y careo son sinónimos.-

Al efecto:

1o.) Es indudable que el Dr. Menéndez y sus colaboradores, consultaron - para la elaboración del Código de 1857, el Diccionario Escriche (1), ya que así lo manifiestan expresamente sus autores en la exposición de motivos, siendo para Escriche la confrontación "el careo que se hace mutuamente en sus declaraciones, a fin de que oyéndoles el Juez en sus debates, puede descubrir mejor la verdad del hecho".-

2o.) En el Art. 1188 del Primer Código de Procedimientos se decía: "esto mismo se observará en las confrontaciones o careos, reconocimientos y de más diligencias de instrucción"; que es el actual 163 que en su Inc. 2o. dice: "lo mismo se observará en cuanto a careos, reconocimientos y demás diligencias de instrucción". Es obvio que para el Legislador de 1857, - confrontación y careo era lo mismo.-

3o.) En los Arts. 196 y 197 I. se dispone: "al exámen de cada testigo no podrán estar presentes los otros, excepto el caso en que el Juez tenga - por oportuno confrontarlos para la aclaración de algún hecho". Y "si el reo o su defensor o el acusador o el Fiscal pidieren la ratificación, con frontación de los testigos de la instrucción, el Juez la decretará, prac ticándose dentro del término de prueba, con señalamiento de día y horas, y en audiencia pública previa citación de las partes. Lo mismo se practicaré si el reo quiere carearse con los testigos".-

Es natural comprender que en estas disposiciones, no se está usando el término confrontación como sinónimo de reconocimiento, ya que éste só lo procede entre reo y testigo; por otra parte, en el antecedente histórico de estos artículos se ha usado confrontación como sinónimo de careo.

1) Ob. cit. - Pág. 495.-

4^o.) El Dr. Jiménez en apoyo de su tesis trae a cuenta los Arts. 198, 201 y 203 I. que en lo pertinente y por su orden dicen así: "Emplazará el acto del CAREO o de la RATIFICACION o CONFRONTACION, con el juramento ..." y el inc. 2^o "a los testigos CAREADOS, CONFRONTADOS o RATIFICADOS..."; - el segundo: "Las declaraciones de los testigos y diligencias de CAREOS, RATIFICACIONES y CONFRONTACIONES en el plenario serán firmadas por el Juez..." y el tercero: "En cuanto a la evacuación de citas, CAREOS y CONFRONTACIONES de testigos..."-.

Los Arts. 198 y 203 en el Código de 1857 correspondían a los Arts. 1234 y 1241 respectivamente, que decían, el primero "Empezará el acto por el juramento y exámen de los testigos..." y el segundo "En cuanto a la evacuación de citas y CONFRONTACION de testigos presentados en el plenario..."; respecto al Art. 201 no tiene antecedentes en el Código de 1857.-

Como podemos observar, el Art. 198 se le adicionó después de donde dice el acto, las frases "del careo o de la ratificación o confrontación" y al inc. 2^o se le adicionó la frase que dice "carear"; al 203, se le intercaló entre evacuación de citas y confrontaciones la palabra "careos".

5^o.) El Art. 165 "la confrontación o careo se hará..." y el Art. 167 "jamás se confrontarán entre sí las personas que no pueden ser testigos unas con otras", vienen sin variación desde 1857 y corresponden a los Arts. 1190 y 1192 de ese Código. No haya duda que estos dos Arts. no se refieren a reconocimientos de reos sino que a careos entre personas que han declarado como testigos.-

De lo epuesto podemos concluir.-

a) Que en el Código de 1857 no existía la confusión terminológica actual y que sin lugar a dudas para sus actores confrontación y careo eran sinónimas, posiblemente siguiendo los conceptos de don Joaquín Escribano.-

b) Que los reformadores fueron los que introdujeron esta confusión de términos y de instituciones, al modificar los Arts. 198 y 203, posiblemente creyendo que confrontación equivalía a reconocimiento y que esos artículos no contemplan los casos de careos; pero los autores de esas reformas desafortunadas se olvidaron que al cambiar de criterio tendrían que haber reformado los Arts. 164, 165, 167, 196 y 197, en los que apare

ce claramente establecida la sinonimia entre careos y confrontaciones.-

c) Que no dándonos la Ley definiciones acerca de lo que es el careo, la confrontación y el reconocimiento y admitiendo que en su sentido natural y obvio, las dos primeras tienen el mismo significado, tendríamos que aplicar la regla la interpretación contemplada en el Inc. 1º del Art. 20 del Código Civil que a la letra reza así: "las palabras de la Ley, se atenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el Legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". En consecuencia hay que atender que para nuestra Ley procesal careo y confrontación tienen el mismo o idéntico sentido. Opinamos, en conclusión, que deben suprimirse de nuestro Código las palabras, confrontación y confrontar debiendo ser sustituidas por careo y carear, en sus tiempos correspondientes, en los Arts. 174, 166, 167, 196 y 197. En cuanto a los Arts. 198, 201, 203 deben sustituirse con la de reconocimiento y no como proponía la comisión revisadora de los Códigos de la República nombrada en 1943 que fueron: "quitadas las palabras careo, carear, carearse, y careado" y sustituirlos con las de "confrontar" en sus tiempos correspondientes".-

RECONOCIMIENTOS.

La identidad del presunto culpable es de tanta importancia como la comprobación del hecho criminoso en la investigación que se realiza de allí la serie de precauciones que ha tomado el Legislador para garantizar la eficacia de las diligencias tendientes a ese fin.-

Los testigos que pueden individualizar al autor del hecho delictivo, desconocen su nombre en numerosos casos, por lo que el medio jurídico idóneo para identificarlo es el reconocimiento.-

El Art. 573 I. establece las precauciones que deben tomarse y la forma como debe practicarse el reconocimiento; éste se realiza previo juramento de los ofendidos o de los testigos que al declarar manifiestan no conocer al reo de nombre, pero que podrían conocerlo si se les pusiere delante; para llevarlo a cabo se forma una rueda de por menos ocho personas desconocidas para el testigo, además del reo, procurando que vistan igual y sean lo mas parecido posible al indiciado. Una vez formada se -

introduce al reconecedor, para que después de haberlos examinado tome de la mano al que dice ser el delincuente, designando la igualdad o diferencias que le encuentre del estado en que lo vió. Además, establece que si son varios los que van a reconocer, se practique la diligencia separada-
mente, evitando toda comunicación entre ellos y desde el momento que se decreta hasta que se verifique se tenga al reo incomunicado.-

El Art. parece restringir su aplicación, al caso de que el testigo en su declaración manifieste no conocer el nombre del reo, pero si reconocerlo al serle presentado, pero entendemos que este medio debe ser utilizado, en los casos que el nombre fuera común a varias personas, para es-
tablecer que no hay error con las personas a que la prueba se refiera; - cuando el reo niegue o fingiere su nombre y apellido al recibirle su de-
claración y para ejecutar la sentencia contra el reo prófugo cuando éste se presentare o fuere aprehendido.-

Nosotros propondríamos que en el proyecto de Código Procesal Penal que se está elaborando, se establecieran obligatoriamente las siguientes medidas, dada la importancia que tiene en el Proceso Penal la identidad del delincuente.-

A) Que los testigos presenciales de los hechos y los de la confe- -
sión extrajudicial, en todo caso lo reconozcan en rueda de reos.

B) Antes de proceder a la diligencia de reconocimiento, el testigo deberá sobre las características del presunto culpable, expresando cuál es su estatura, corpulencia, tipo de facciones, defectos físicos, etc.-

C) Prohibir la publicación del nombre y fotografías del procesado, mientras no haya sido sentenciado o por lo menos condenado por el Tribu-
nal del Jurado.-

D) Para evitar en lo posible el temor a represalías, se verifique -
el reconocimiento de tal manera, que los que componen la rueda no puedan ver a los testigos.-

F) Que se regule la manera de hacer realidad el precepto que manda tener incomunicado al procesado mientras no se verifique el reconocimien-
to.-

G) Que en el acta del reconocimiento se hagan constar los nombres de todos lo que hubiesen formado la rueda.-

H) Que la omisión de las formalidades legales en las diligencias de reconocimiento, carezcan de todo valor probatorio.

Las razones de estas medidas son obvias y no necesitan comentario, a excepción de la última, ya que nosotros opinamos que actualmente no existe ninguna sanción procesal, cuando los Jueces no observan las restricciones que el Art. 573 I., establece, y por eso proponemos que en ese caso sea penada con nulidad la diligencia de reconocimiento.-

Desde hace algún tiempo se lleva a cabo en algunos Tribunales de esta Capital, cuando el reo es ausente, un tipo de reconocimiento que se le ha dado en llamar en "rueda de fotos", que se realiza de la manera siguiente: el Tribunal tiene conocimiento del nombre y del domicilio de la persona que aparece como presunta responsable por medio de las diligencias de Investigaciones Criminales o por haberlo mencionado el ofendido, entonces el Juez libra oficio a la Alcaldía en donde aquel es domiciliado para comprobar si efectivamente se encuentra el asiento de Cédula en el Registro. En caso afirmativo se manda a citar a los testigos presenciales, para que acompañados del Juez se trasladen a la Alcaldía donde le son enseñados uno a uno varios asientos, (por lo menos nueve), tapándole el tecto de manera que sólo queda a la vista la fotografía y los testigos uno por uno las examinan y si consideran que una de ellas es la del autor del delito se hace constar en el acta transcribiéndose el texto del asiento de la Cédula de Identidad.-

Nosotros nos preguntamos: ¿Scrá éste un medio de prueba admitido por nuestra Legislación?, ¿De qué naturaleza es este medio de prueba?. ¿Qué valor probatorio tiene este reconocimiento?.-

Los Arts. 403 y 410 I. reformado, disponen: "en materia criminal -- son admisibles las pruebas siguientes: la Documental, la inspección personal, la pericial, la testimonial, la de presunciones, la confesión del reo y las relacionadas en los Artículos 414 y 416 I. y el 410 "La prueba documental comprende: la prueba instrumental y, además toda clase de documentos como planos, copias fotostáticas, copias dactiloscópicas, fotografía, películas cinematográficas, fonografías y todo medio de prueba de laboratorio."

De lo dispuesto en el Art. 403, por eliminación podemos decir, que el reconocimiento de los indiciados por medio de fotografías, podía ser si acaso: o bien prueba documental, o bien prueba testimonial o bien presuncional.-

El reconocimiento por fotografía, ¿Será entonces prueba documental?, entendemos nosotros que no, porque la fotografía para que sea prueba documental, es necesario que represente hechos presentes o pasados y que - tenga valor probatorio por sí, sin necesidad de recurrir a ningún otro - medio de prueba; la prueba documental es en consecuencia, autónoma.-

¿Será prueba testimonial?, Nosotros estimamos, que si bien es cierto que este reconocimiento, se hace por medio de personas que han declarado en el proceso en calidad de testigos, no existe ningún artículo del procedimiento penal, que regule este tipo de diligencia y todas las pruebas sin excepción deben rendirse en el juicio, con las formalidades legales establecidas.-

¿Será presencial?. Tampoco lo creemos, porque los Jueces solo pueden deducir válidamente presunciones de hechos probados plenamente mediante testigos, de los que se establezcan por medio de la inspección personal y de los que resulten de dictámenes periciales, según el Art. 413 I.,

En consecuencia, nosotros opinamos que esa diligencia practicada - por los Jueces, carece de todo valor probatorio; ya que los Jueces no - pueden en nuestros procedimientos, inventar diligencias no reglamentadas expresamente por la Ley.-

De admitir lo contrario, llegaríamos al absurdo de aceptar que los Jueces puedan para el caso; inyectar a los testigos las llamadas "drogas d-e la verdad", para garantizar su veracidad, o bien hipnotizarlos o someterlos al detector de mentiras.-

Practicar en otro proceso penal diligencias que no se encuentran reglamentadas, carecen de todo valor probatorio y no constituyen por lo - tanto prueba de ninguna naturaleza, aunque doctrinariamente puede estudiarse esta diligencia como prueba testimonial.-

CAPITULO V

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA FASE PLENARIA.-

La fase plenaria en nuestro proceso penal da comienzo con el autor de apertura a pruebas, y en la fase en que hay un verdadero juicio, ya que necesariamente debe existir contención de parte.-

Nuestro Código en su Art. 188 I., nos define el juicio plenario como: "el que tiene por objeto discutir contradictoriamente la inocencia o culpabilidad del procesado y pronunciar la sentencia correspondiente"; - definición que fuera de ser innecesaria es también inexacta, ya que también se discute o puede discutirse la inocencia o culpabilidad del procesado y muchas veces con mayor amplitud en la fase sumaria.-

Si el reo o su defensor no apelan del auto de elevación a plenario, se abre a pruebas el juicio por el término de veinte días que es el lapso en que tanto el acusador o el Fiscal y el reo o su defensor pueden proponer y presentar los testigos que ayuden a cada una de sus pretensiones.

La manera de proponer la prueba testimonial en esta etapa del proceso es diferente a la del sumario, ya que la Ley exige que se presente un interrogatorio por escrito para que el Juez, si considera procedentes - las preguntas contenidas en él, pueda señalar día y hora con previa notificación de todos los que intervienen, para recibirles las declaraciones.

El Art. 195 I., dispone "los testigos serán examinados en audiencia pública, con citación del reo y su defensor, del acusador y del fiscal, quienes pueden hacerles preguntas y reconvenciones, y el Juez debe hacerles además las que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos sin ligarse a los interrogatorios. Asimismo se les hará las preguntas que indica la parte final del Inc. 1º del Art. 157".-

En la práctica los acusadores y los defensores acostumbran presentar un escrito con unas pocas preguntas que deben de hacerse al testigo y a la hora de recibirles sus declaraciones, al llegarles su turno de pregunta, les hacen preguntas que nada tienen que ver con el interrogatorio presentado.-

Esto es admitido por la generalidad de los Jueces, pero a nuestro modo de entender el Artículo, es que deben de rechazar las preguntas -

que las partes hagan a los testigos que no tengan ninguna conexión con - las contenidas en el interrogatorio; ya que ese artículo así lo da a entender cuando dice: "que el Juez debe hacerles además las que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos sin ligarse a los interrogatorios". Y es natural y lógico que así sea, si no que razón habría para presentar interrogatorio? No bastaría que las partes pidieran al Juez que examine a tal o cual testigo? Precisamente la razón de ser del interrogatorio es que la parte contraria a la que lo ha presentado, conozca con anticipación sobre lo que va a versar la declaración del testigo y no ser así sorprendida al momento de recibirles las declaraciones a los testigos.-

Otra de las formalidades que se exigen en esta fase del proceso, es que las declaraciones de los testigos se reciban con señalamiento de día y hora y previa citación del reo y su defensor, del acusador y del Fiscal. En primer lugar, llama la atención que el Art. se refiere al reo y al defensor, es decir, que aunque el reo tenga defensor también debe de citarse y, consecuentemente, también puede hacer a los testigos preguntas y reconvencimientos.-

A nuestro modo de entender el Art. esa conjunción "y" entre las palabras reo y defensor debe de entenderse que uno o el otro, es decir, el reo cuando se defiende por si mismo o bien el defensor en el caso contrario.-

Desde el Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales existe en esta fase del proceso unas diligencias conocidas con el nombre de ratificaciones, que consisten en que los testigos que han declarado en la fase de instrucción deben de ser citados para que confirmen sus declaraciones dentro del término de prueba.-

Esta clase de diligencias está instituida con el objeto de garantizar al reo el derecho que tiene de defenderse de las imputaciones que se le hayan hecho y como en la fase informativa puede no haber tenido defensor, es que la ley exige la comparencia de los testigos en esta etapa en que necesariamente si lo tiene; pero que puede suceder que los testigos de la instrucción hayan fallecido o se encuentren fuera del país o tengan cualquier otro impedimento físico o moral para declarar y no por eso

dejarán de tener valor probatorio sus declaraciones.-

Tanto el Fiscal o el acusador como el defensor, pueden proponer dentro del término de prueba el número de testigos que crean convenientes para justificar sus acciones y defensas, aunque en materia criminal no hay número fijo de testigos.-

Con respecto a los careos pueden también practicarse en esta fase del proceso, pero hay que tener en cuenta que para el careo entre el indiciado y los testigos es necesario que el reo haya manifestado que quiere carearse con ellos; en cambio en la etapa sumaria puede realizarse esta diligencia también si el Juez lo creyere conveniente.-

Es obligación de los jueces tener citados a los testigos a la hora de las vistas públicas por si los Jurados estiman necesario examinarlos de nuevo o ampliarles sus declaraciones y carearlos entre sí o con el indiciado. Esta obligación establecida en el artículo 233 I., no se lleva a cabo en la práctica, lo cual es verdaderamente lamentable pues los Jurados no pueden percibir personal y directamente las declaraciones de los testigos para formarse un juicio más adecuado acerca de éstos y de los hechos que van a juzgarse.-

El Juez puede, de oficio, si al momento de darse sentencia considera necesario recibir declaraciones de testigos para poder sentenciar con mayor acierto, estas declaraciones son plenamente válidas siempre y cuando se reciban en audiencia pública previa citación de las partes.-

Estas declaraciones casi siempre que se reciben con el objeto de comprobar en forma plena atenuantes o agravantes que puedan modificar la pena.-

CAPITULO VI

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Para establecer en que caso se pueden examinar testigos en segunda instancia y determinar el objeto sobre el que pueden versar sus declaraciones, es necesario distinguir, si las causas criminales por delitos, ha llegado a conocimiento de las Cámaras, en apelación o en consulta, de las sentencias definitivas pronunciadas en Primera Instancia y si éstas han sido dadas en base a un veredicto de un Tribunal de conciencia o bien pronunciadas de pleno derecho; por el Juez, en aquellos delitos que no se someten al conocimiento del Jurado.

Es característico del procedimiento criminal, por ser Derecho Público, que la voluntad de las partes se encuentra sumamente limitada, de tal manera que aunque se conformen de la sentencia definitiva pronunciada en primera instancia, ya sea táctica o expresamente, el Juez está obligado a consultarla con el Tribunal Superior.

La consulta es una institución propia del Derecho Procesal Penal y su razón de existir, a nuestro modo de entender, es enmendar aquellos errores judiciales que podrían haberse cometido en el Tribunal inferior en detrimento de una correcta administración de justicia. Ahora bien, "Se podrá examinar testigos cuando va en consulta la sentencia definitiva al Tribunal Superior?, Podrá el fiscal de Cámara o el Procurador de Pobres pedir la apertura a pruebas y presentar testigos? o podrán los Magistrados de la Cámara ordenar de oficio que se examinen nuevos testigos o ampliar las declaraciones de los que ya declararon en el proceso?..

Estimamos que en los dos primeros casos cualquier solicitud que hicieren el Fiscal, el Procurador, el Acusador, el reo, o el defensor debe de declararse inadmisibile, ya que al no haberse apelado de la resolución, no pueden tener intervención en segunda Instancia para hacer solicitudes de ninguna especie.

El Código de Instrucción Criminal dispone en el Art. 450 "que en las causas que se recibieren en consulta por no haberse interpuesto apelación, se fallarán dentro del término legal contando desde su recibo". Con lo establecido en este Artículo es obvio que las partes no pueden presentar testigos en las Cámaras de Segunda Instancia cuando la causa criminal va en consulta de la sentencia pronunciada.

Con respecto a la tercera pregunta, habría que contestar afirmativamente, es decir, que los Magistrados de Cámara pueden examinar testigos o ampliar declaraciones de los que ya declararon, con base a lo establecido en el Art. 430 I., que se refiere a las diligencias que en Doctrina procesal son conocidas como para "mejor proveer"; esta facultad que ese artículo da a los jueces, se concede también a los Magistrados de Cámara por el Art. 467 I.-

En cuanto a los juicios de que se conocen las Cámaras en apelación hay que distinguir: si se trata de sentencias definitivas pronunciadas en base a un veredicto del Tribunal del Jurado o bien, si se trata de sentencias definitivas pronunciadas, sin mediar ningún veredicto.-

En cuando a los primeros el Art. 299 I., establece que "en segunda instancias no podrá abrirse la causa a pruebas, sino en los casos de alegar nulidad del veredicto, en el que se concede ocho días para la prueba; este artículo como vemos es terminante, no se -

puede abrir a prueba y consecuentemente no pueden pedir las partes examen o ampliación de testigos, para el caso de probar atenuantes, agravantes o eximentes, sino que unicamente para probar la nulidad del veredicto en base al Art. 270 I.-

De los doce numerales en que se compone el Art. 270 I., no todos son susceptibles de probarse por medio de testigos, pues varias de esas causas de nulidad aparecen del mismo proceso sin -- necesidad de aportar ninguna prueba.

Las causales Nos. 3, 4, 9 y 10 que se refieren respectivamente a los Jurados incapaces; a la formación del veredicto, por uno o más votos obtenidos por cohecho, intimidación o violencia;-- que haya conocido alguna persona no comprendida en la Lista de Jurados y que se haya omitido la lectura de los pasajes del proceso indicados en la minuta; en estos casos sí pueden probarse las causa les de nulidad por medio de la prueba testimonial teniendo en cuen ta que en los dos últimos, es necesario reclamar ante el Juez quien deberá dejar constancia de la protesta para que en segunda Instancia se les pueda recibir prueba de ella.

En resumen, podríamos afirmar que la prueba de testigos - en Segunda Instancia para estos delitos, unicamente se recibe y se aprecia para probar las nulidades del veredicto ya mencionadas.-

Para probar los hechos de los testigos presentados en Segunda Instancia y cuando los Magistrados consideran que es indispensable recibir o ampliar algunas declaraciones de testigos para ---- sentenciar con mayor acierto y en especial si son para la defensa - del procesado. Arts. 467 y 448 I.-

En los juicios por delitos que no ven a Jurado y que conocen las Cámaras en apelación de las sentencias definitivas el término de prueba es de diez días y pueden presentarse testigos para comprobar tachas, tanto de los que han declarado en primera como en segunda instancia. Además como no tienen la limitación del Artículo 299 I., y no se encuentra reglamentado en el Código de Instrucción Criminal, los casos en que pueda abrirse a pruebas en segunda Instancia en base a los Arts. 566 y 452 I., debe aplicarse el Art. 1019 Pr., en relación con los Arts. 1014 y 1018 Pr., en los cuales se establece que si bien no se puede presentar nuevos testigos sobre los puntos ventilados en primera instancia, se permite el examen de aquellos que por enfermedad, ausencia y otro motivo independiente de la voluntad de las partes declararon en primera instancia asimismo probar aquellos hechos que propuestos no fueren admitidos y la falsedad de los documentos presentados en primera y segunda instancia.-

La prueba testimonial en todos los casos en que se permite se recibe por egal general en el término de prueba y con todas las formalidades establecidas para las declaraciones de testigos de la fase plenaria de primera instancia.-

Hay que recordar que todo lo dicho anteriormente tiene aplicación cuando la Sala de lo Penal conoce en Segunda Instancia por los delitos cometidos por funcionarios públicos.

CAPITULO VIIIRESPONSABILIDAD PENAL DE LOS TESTIGOS

En el capítulo segundo del presente trabajo, hablamos de los deberes de los testigos en el proceso criminal y dijimos que el incumplimiento de sus obligaciones traía como consecuencia sanciones de carácter penal, en virtud del derecho que tiene el Estado de exigir a los individuos ciertas prestaciones para cumplir sus fines esenciales.

Los delitos tipificados en el Código Penal que se refieren al incumplimiento de los deberes de los testigos, son: los de desobediencia, falso testimonio, prevaricato y violación de secretos.

DESOBEDIENCIA JUDICIAL

Este delito se comete por omisión al negarse los testigos a declarar ante el Juez en un proceso; es formal y perseguible de oficio y se encuentra tipificado en el Art.203 Pr., que establece: " en la misma pena incurrirán los jurados, peritos y testigos en los casos que la Ley los mande juzgar como desobedientes.

Este Art. está íntimamente relacionado en el 301 Pr., y es condición objetiva de procesabilidad, que hayan transcurrido --- treinta días desde que el testigo se niege a rendir su declaración, para proceder a instruir el informativo.

Debido a que en nuestro medio falta el espíritu de cooperación ciudadana, para no retardar en grave perjuicio de los inculcados; la Administración de Justicia, la Comisión elaboradora del Proyecto de Código Penal, eleva a la categoría de delito, la falta de asistencia de los testigos a declarar, tras las reiteraciones -- procesales de la Ley.

FALSO TESTIMONIO

La violación del deber de veracidad o el incumplimiento malicioso de declarar de los testigos, con conductas que tipifican al delito de falso testimonio.

Para Francisco Carrara, (1) los criterios esenciales del presente delito son: lo.) la deposición judicial y legítima, es decir que es necesario que la declaración del testigo sea completa, - hecha ante Juez Competente y realizada con todas las formas requeridas para validez por la Ley procesal.

(1) Obr. sit. Vol. V Pag. 210 sigts.

2a.) LA OCULTACION DE LA VERDAD.- Esta se puede ocultar, afirmando lo falso, negando lo verdadero y callando los hechos, no obstante ser evidentemente conocidos.

El Código Penal en su Art.252, sanciona al testigo que se abstiene de declarar, constándole un dicho o hecho, como reo de falso testimonio, pero en doctrina esa conducta delictiva es conocida como reticencia maliciosa.

3o.) LA CONCIENCIA DE MENTIR.- Es necesario que la falsedad haya sido afirmada a sabiendas y en esto consiste el elemento intencional del delito.- Cualquier error u olvido excluye el dolo y la falsedad de la deposición debe buscarse entre la proposición afirmada por el testigo y el estado de creencia de su mente.

Es por esto que el Art.319 Pr., dispone, que si de la declaración resultare que se ha cometido este delito el Juez debe mandar a detener al testigo y sacar la certificación para la instrucción del informativo, excepto que las faltas del testigo prevengan de su notoria Rusticidad o timidez, circunstancias que el Juez deberá apreciar prudencialmente.

4o.) EL DAÑO AJENO.- Este constituye el carácter político del delito, ya que no se castiga la mendacidad o el perjurio, sino solamente el acto dañino al derecho; debe de entenderse que no sólo comprende el daño al particular, si no también el simple daño a la justicia y que no es necesario que sea efectivo, es decir que haya influido sobre la decisión de la causa, basta que tenga la posibilidad de influir en ella.

El delito de falso testimonio está comprendido en el Código Penal en el Título "De las Falsedades"; pero la doctrina, las-

legislaciones de otros países y el Proyecto del Código Penal, consideran correctamente que el bien jurídico que se lesiona es la administración de justicia.

El falso testimonio se puede dar en nuestro Código en la forma siguiente: 1o.) en materia criminal, 2o.) En materia civil, - 3o.) en materia administrativa; y según el perjuicio para el reo; - la.) Si el testimonio la perjudica, 2o.) Si el testimonio la favorece; 3a.) Si el testimonio no le perjudica ni le favorece.

El condenado ejecutoriamente por este delito se vuelve incapaz de declarar como testigo en cualquier género de causas; --- asimismo si una persona es condenada, en base a declaraciones de -- testigos convictos después de falso testimonio, da lugar a que esa sentencia sea revisada en base el numeral 4o. del Art.509 I.

PREVARICATO.-- Para Diego Vicente Fejera (1) existen dos formas de prevaricato: propio, el cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, ya sea por malicia o ignorancia inexcusable; e impropio, el cometido por los Abogados y procuradores por la infidelidad o descubrimiento de los secretos de sus -- clientes conocidos en el ejercicio de su ministerio.

Los elementos del prevaricato impropio son: 1) Ser Abogado o Procurador; 2) descubrir los secretos de sus clientes y 3) que hayan sido conocidos en el ejercicio profesional.

Este delito se encuentra tipificado en el Art.287 numeral 3o Pn. que dice literalmente: "El abogado o Procurador que con abuso malicioso de su oficio, o por negligencia o ignorancia inexcusables perjudicare a sus clientes o DESCUBRIERE SUS SECRETOS, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su ministerio".-- Este delito se encuentra penado con cuatro meses de prisión menor e inhabilitación especial por el tiempo de la condena.

Nosotros estimamos, que el Abogado o Procurador, que al rendir declaración como testigo, descubra los secretos comunicados por sus clientes, además de cometer este delito, incurre en el de -

(1) Citado por el Dr. José Enrique Silva Rev. de Derecho No.2 Pag. 400 (Ed. Universitaria)

violación de secretos, tipificado en el Art.297 Pn.- Es decir estamos en presencia de un concurso ideal de delitos heterogéneo, por lo que según lo ordena el Art. 64 Pn., habría que imponerle la pena señalada para el delito mas grave, la de la violación del secreto aumentada hasta en una tercera parte.

VIOLACION DE SECRETOS.- Carrara (2) llama secreto a todo aquello que se confía al profesional en ocasión de su oficio con la intención de que no lo divulgue.- Lo que caracteriza pues, el secreto es la voluntad del confidente, la cual es necesaria sea impulsada por un interés digno de respeto como para merecer protección jurídica.

Este delito se encuentra regulado en los Arts. 295 al 298 Pn., y está relacionado con el Art.407A de Instrucción Criminal que establece en sus cinco primeros numerales, que no pueden ser admitidos como testigos los funcionarios públicos, los militares, los eclesiásticos, los Abogados, los Médicos, y otros profesionales, para declarar sobre hechos que hubieren conocido por razón de su estado o cargo, en la confesión o bien revelado a ellos por razón de sus profesiones.

La divulgación de los secretos profesionales, sacramental y de Estado al declarar como testigos, además de no tener ningún valor probatorio, los hace incurrir en este delito, que está penado con seis meses de prisión menor y con un año de prisión mayor si resultare grave daño a la causa pública, a excepción de los Abogados y procuradores, que como ya vimos, cometen también el delito de prevaricato.

Respecto a la distinción que hacen los moralistas (1) en secretos naturales y prometidos, que consisten el primero en "confidencias entre particulares, que no asumen la forma de una promesa expresa o tácita y que quedan bajo el salvaguardia de los sentimientos

(2) Obra citada Vol.III Pag. 345

(1) Estudio sobre el Código de Procedimientos Civiles (Uruguayo) -- por Rafael Gallinal.- Pag. 229 (2a.Ed.de A.Barreiro y Ramos S.A 1929.)

tos de honestidad y honor del depositario", y el segundo "en una --
promesa que procede y determina la confidencia", no relevan de la -
obligación de declarar y consecuentemente tampoco se incurre en de-
lito al manifestarlo en sus declaraciones de testigos.

CAPITULO VIIIVALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Para examinar la eficacia y valor probatorio de la prueba testimonial en nuestro proceso penal, no se sigue por el Código de Instrucción Criminal un criterio unitario.

Cuando hablamos de los sistemas probatorios, en el Capítulo relativo a las consideraciones generales de la prueba, explicamos los sistemas reconocidos por la doctrina y aceptamos por las -- distintas legislaciones.

Para determinar como deben valorar los Jueces la prueba-testimonial es necesario distinguir, entre los delitos que están sujetos al conocimiento del Tribunal del Jurado y los delitos que son sentenciados sin tener por base un veredicto.

Respecto a los primeros sigue el Código el sistema de la libre convicción, lo que se desprende de numerosas disposiciones -- que regulan el Tribunal del Jurado, en especial el Artículo 155 I. -- que dispone en sus incisos Segundo y Tercero lo que sigue "la Ley -- no pide a los Jurados cuenta de los medios por los que han llegado a formar su convencimiento: la Ley no les prescribe las reglas de -- las que deban deducir la plenitud y la suficiencia de una prueba: -- ella les prescribe interrogarse a si mismos en el silencio y el recogimiento, y buscar en la sinceridad de la conciencia que impre--- sión han hecho en su razón las pruebas que producidas encontra y en defensa del acusado".

"La ley no les dice, tendréis por verdad tal hecho verificado por ciento número de testigos; ella no les hace sino esta so la pregunta que encierra la extensión de sus deberes: Teneis una íntima convicción?.""; y el Artículo 418 I. al establecér que "" -- las disposiciones de este Título no son aplicables al Jurado, el -- cual resolverá según su conciencia"".-

Este último artículo se refiere al Título ""de la prueba en materia criminal"", en el cual se dan a los Jueces de Derecho varias reglas para la valoración de las pruebas, incluyendo la testimonial.

Ahora bien, debemos de tener en cuenta, que es indispensable para que un delito llegue al conocimiento del Jurado que se -

considere plenamente comprobado el cuerpo del delito y por lo menos semiplenamente la delincuencia del procesado, valoración que es hecha por los Jueces de Derecho según normas fijadas por la Ley.

Para la determinación legal y valoración probatoria de las gravantes, atenuantes, eximentes, incapacidades y de cualquier otro punto referente al Derecho, no se atiende a la libre convicción sino al sistema de la prueba legal.

En resumen, en estos delitos, los Jurados valoran la prueba testimonial y cualquier otro medio probatorio, para efectos de decidir la culpabilidad o inculpabilidad del procesado, con absoluta libertad del criterio, según los que les dictare su conciencia; pero primeramente esas pruebas han sido apreciadas por los Jueces de Derecho, siguiendo las reglas precisas y concretas establecidas en la Ley.

En los delitos que no son objeto del conocimiento del Jurado, como son los cometidos contra la Hacienda Pública, los penados con prisión menor o con pena pecuniaria que no exeda de doscientos colones, sin ser reincidentes los delincuentes, y los delitos de hurto robo y los anarquicos o contrarios a la democracia para la apreciación de la prueba de testigos, se sigue el sistema de la sana crítica, ya que el Juez no debe estarse al número ni a la calidad de los testigos, sino que sólo debe tener en cuenta aquellas declaraciones que resulten más concordantes con la prueba relativa al cuerpo del delito y con la prueba obtenida mediante la inspección personal o dictámen de peritos.

En nuestro Código de Procedimientos hay testigos cuyas declaraciones no hacen fe en ninguna clase de procesos y otros que únicamente no la hacen en ciertos y determinados, por considerar el legislador, que por razones de amistad, interés o parentesco no garantizan la veracidad del testimonio.

INCAPACIDADES

En materia de prueba testimonial penal son dos los Códigos que la regulan: el de Procedimientos Civiles y el de Instrucción Criminal; el primero en lo que no estuviere modificado por el segundo.

Respecto a las incapacidades del Art. 294 Pr. vamos examinar si se aplican al procedimiento Penal o bien si se encuentran modificadas por el Código de Instrucción Criminal.

Nosotros estimamos que las incapacidades de este artículo las podemos clasificar en absolutas y relativas; serían personas absolutamente incapaces, aquellas inhabilitadas para discernir la verdad, tales como el demente, el sordomudo analfabeto el ciego sobre hechos ocurridos después de su ceguera, los menores de edad, o bien aquellos que por su inmoralidad manifiesta son indignos de fe, tal como el condenado por falso testimonio; y relativamente incapaces, aquellas personas que por sus relaciones con determinado proceso o con las personas del reo o del ofendido o bien por razones de matrimonio o parentesco, no garantizan suficientemente su imparcialidad y veracidad, como serían el Juez en la causa de que conoce, el cónyuge, los abogados, los procuradores y los parientes del reo.

El Art.294, establece que 'son incapaces para ser testigos en todo género de causas:

1o.) Los dementes, los sordomudos y los ciegos.- Este numeral comprende tres clases de incapacidades por lo que los analizaremos por separado:

a) DEMENTES.- Es obvio esta causal, ya que una persona con sus facultades mentales trastornadas, no puede deponer de una manera fidedigna de los hechos que presencia, puesto que tienen una visión del mundo anormal e irreal.- Esta clase de personas son consideradas absolutamente incapaces para obligarse por la legislación civil y exentas de toda responsabilidad por la penal.- El Código de Instrucción Criminal no modifica al de Procedimientos Civiles y por lo tanto el demente es incapaz para declarar como testigo en materia Penal.

b) LOS SORDOMUDOS.- Esto está intimamente relacionado con el Art.297 Pr. que dice: "igualmente lo es el sordomudo sobre lo que ha visto si sabe leer y escribir".- Este artículo restringe este numeral, en cuanto no todo sordomudo es incapaz, sino que únicamente el analfabeto.

La razón de esta incapacidad es que los sordomudos analfabetos tienen una inteligencia limitada y confusa, ya que la enfermedad los priva de dos de los principales sentidos por los cuales se adquieren y comunican los conocimientos.

También éstos son declarados absolutamente incapaces de obligarse por los actos y contratos que celebran, pero nuestro Legislador en materia Penal no los asimila al demente y no los declara, en consecuencia inimputables, sino que lo único que hace es ---

atenuarles la pena.

El Código de Instrucción en su Art.173 establece, que si una persona sordomuda no puede leer y escribir, se le nombrarán intérpretes y por su conducto se les harán las preguntas y se recibirán las contestaciones, pero para recibirles declaraciones como inculcados o como ofendidos, pero no como testigos, por lo que, de conformidad al Procedimiento Civil, son incapaces no teniendo ningún valor probatorio sus declaraciones.

c) LOS CIEGOS.-- Para el Código de Procedimientos Civiles son testigos idóneos para declarar sobre los hechos ocurridos antes de su ceguera y no hay modificación de ninguna naturaleza por la Ley Adjetiva Penal.

Nosotros nos preguntamos, Si el testigo ciego puede declarar válidamente, para probar el cuerpo de los delitos que se cometen en forma verbal? por ejemplo: amenazas a muerte, injurias, etc.

El Art.318 Pr. establece que hace fe la declaración del testigo de oídas, en hechos cuyo conocimiento sólo puede adquirirse por ese sentido.- Nosotros estimamos que el ciego cuando se trata de éstos delitos, no puede declarar válidamente, en vista de los terminante de las disposiciones 294 No.1 y 296 Pr.- En otras legislaciones se regula, que sólo son incapaces aquellas personas que carecen de los sentidos por los cuales se perciben ciertos actos.

2o. y 3o. MENOR DE CATORCE AÑOS Y LOS QUE NO HAYAN TENIDO DOCE AÑOS CUMPLIDOS, CUANDO ACAECIO EL HECHO SOBRE EL QUE DECLARAN.- En esto creemos nosotros,, hay una incongruencia de parte del Legislador, ya que si el fundamento para que sean válidas las declaraciones es que tenga suficiente discernimiento y madurez para declarar de los hechos que ha presenciado y conoce, no encontramos la razón de exigirle catorce años para declarar válidamente y declarar lo capaz para deponer de hechos que presenció cuando tenía doce.

En nuestro modo de pensar, lo que debe de tenerse en cuenta es la edad que se tiene al presenciar los hechos de que se depone y no la que debe de tenerse para declarar; por eso consideramos la disposición del Código de Instrucción, que al modificar al de Procedimientos deja que el Juez aprecie prudencialmente el desarrollo intelectual del testigo para considerarlo capaz de declarar.

4o.) LOS CONDENADOS POR PERJUROS O FALSARIOS.- La razón de ser de esta causal de incapacidad es la desconfianza que se tie-

a las personas que ya han falseado la verdad en oportunidades anteriores y se les considera capaces de reincidir mintiendo nuevamente.-

En nuestra Legislación es necesario, para que se declare incapaz al testigo por esta causal, que se haya pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada.

En el Código de Procedimientos Uruguayo, basta que el testigo se encuentre procesado por ese delito. Esta causal de incapacidad es plenamente aplicable en materia Penal, ya que no existe ninguna modificación en el Código de Instrucción Criminal.

5o.- LOS ASCENDIENTES CONTRA LOS DESCENDIENTES Y AL CONTRARIO;

6o.- EL HERMANO O CUÑADO CONTRA SU HERMANO O CUÑADO;

7o.- EL MARIDO CONTRA LA MUJER Y VICEVERSA;

8o.- EL PADRASTRO O MADRASTRA CONTRA SU HIJADO Y VICEVERSA.

A estas personas incapaces por razones de parentesco o de matrimonio son las que Carrara (1) llama testigos absolutamente exceptuados, ya que para él estas personas no pueden ser oídas ni ofrecidas para testificar en una causa sobre ninguna circunstancia.

Nos sigue diciendo el gran Maestro, que de examinarlos, chocaría el deber jurídico de declarar con el deber natural y que sería inhumano y tiránico la constrictión respecto a ellos.

Debemos de tener en cuenta, que estas personas únicamente son incapaces, cuando declaran en contra de los procesados parientes, ya que si es a favor de ellos, solamente son considerados como tachables.

Las razones por las que estas personas son incapaces de declarar unas contra otras, son de carácter ético como tienden a defender la unidad y la armonía de la familia, como cédula básica de la organización social y a impedir la declaración entre sus miembros.

En el proceso Penal ha sido muy discutido y ha dado lugar a sentencias contradictorias de nuestros Tribunales el determinar si

estas personas son o no incapaces de declarar como testigos, o sea, si tienen o no valor probatorio sus declaraciones.

La fuente de este problema es el Art. 183 I., que comprende "los casos en que el Juez debe abstenerse de sobreseer" y que en su No.3 dice literalmente: " en el caso contemplado en el Inc. tercero del Art. 409 (408 en la edición del 1947).I éste último que establece "en los delitos cometidos en el campo, en las cárceles, en las casas de juego y en las tabernas hará fe la declaración del testigo tachable, con tal que no haya declaraciones que formen plena prueba de testigos idóneos en la misma causa.

También hará fe la declaración del testigo tachable en los delitos de violación, estupro y rapto, en el caso del Inciso anterior.-

Se exceptúan las disposiciones de este artículo los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil y afines dentro del segundo, del ofensor o del ofendido, el enemigo capital de cualquiera de éstos y el ebrio.

Pero ni aún en los casos de este artículo podrán ser testigos unos contra otros los autores, cómplices y encubridores, del mismo delito o falta".

Se ha sostenido en algunas sentencias por nuestros Jueces,-- que cuando se trata de delitos comprendidos en los incisos primero y segundo del artículo 408 y la única prueba contra el reo son las declaraciones de los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y afines dentro del segundo del ofensor, el Juez debe de elevar la causa a plenario, en base a lo dispuesto en el numeral tercero del Art. 183 y que corresponde al Tribunal del Jurado calificar si está comprobada o no culpabilidad del procesado.

Traeré a cuentas algunas de estas sentencias.

No.II.Los testigos menores de dieciséis años de edad, que han presenciado con suficiente discernimiento, según opinión del Juez, y que han presenciado la ejecución del hecho referido, constituyen suficiente prueba legal para fundamentar la elevación de la causa a

Plenario. AUNQUE DICHO TESTIGOS SEAN CUÑADOS DEL REO (Las mayúsculas son nuestras) (Revista Judicial, Tomo XLV, del 19 de agosto de 1940, Pag.547 y sig.).

"No.II Las declaraciones del testigo incapaz, por razón de su parentesco con el ofensor u ofendido, es válida para el efecto de elevar la causa a plenario, si el hecho punible de que se trata fue cometido en el campo (Rev.Jud.21 abril de 1947, Pag.430 y sig.)".

"Sobre la delincuencia del procesado T.M. existe declaración del testigo L.M. hermano legítimo de aquél, de fs. 11, que forma una semiplena prueba, declaración que es válida contra el reo para el efecto de elevar la causa a plenario y corresponde al jurado calificar y decidir si está comprobada la culpabilidad del indiciado, de acuerdo con los Art. 183 No.3 y 408 I., en consecuencia, debe revocarse el auto consultado y r solverse lo conveniente" (sent. de la Cám. de 2a.Inst. de la Pa.Sec.del Centro del 11-5-1958).

En esta última sentencia la Cámara mencionada revocó el auto del Juez en el cual se sobreseía a favor de T.M. de conformidad con el número sexto del Art. 294 Pr. y 181 No.3 I.

Las razones en que se han fundamentado estas y otras muchas sentencias que podríamos citar, consisten en que consideran: que el No.3 del Art. 183 en relación con el Inc. 3o. del 408, modifican expresamente el Art. 294 Pr. en el sentido que las declaraciones de los parientes en contra del procesado hacen fe para elevarla causa a plenario, ya que el Inc. 3o. del Art. 408, se refiere a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del OFENSOR. Asimismo sostienen que el No.3 del 183 no se refiere a los testigos tachables, pues éstos ya están comprendidos en el No.1 del mismo artículo, y por último que no haciendo la Ley distinción sobre si los parientes del ofensor declaran en pro o en contra del indiciado, debemos atenernos a la regla de interpretación del Art.19

Civil y al aforismo jurídico que dice: "Donde la ley no distingue no puede distinguir el hombre."

Consideramos nosotros que el testigo pariente ya sea ascendiente, hermano, cuñado, padrastro, madrastra o entenado del ofensor debe declarárseles incapaces, cuando se encuentre probado legalmente el parentesco y hayan declarado en contra del indiciado, y si la única declaración existente contra el reo es la de ellos, debe de sobreseerse en baso a los Art. 294 Nos. 5, 6 y 7 Pr. y 181 - No.3, según el caso.

NUESTRAS RAZONES AL OPINAR ASI SON LAS SIGUIENTES:

1o. Que está claramente establecido que los incisos primero y segundo del 408 se refieren a testigos tachables y que el inciso tercero, que constituyen una excepción a esos dos primeros se tienen que referir también a esa misma clase de testigos; ya que no es lógico suponer, como sostiene en una sentencia en un voto particular el doctor Martínez Lovo"(1) que establecineo una excepción a las reglas generales consignadas en los dos primeros, pueda abarcar casos no comprendidos en las normas generales y referirse a testigos incapaces que no han sido siquiera mencionados en dicha disposición.

2o.- Hay que recordar que los parientes del ofensor cuando declaran a su favor, son testigos tachables según el Art. 332 No. 1o. y es a éstos, precisamente, que se está refiriendo el inciso tercero, por lo que no es cierto que al hablarnos el 408 de parientes del ofensor se está refiriendo a los que declaran en su contra ya que éstos no son tachables, sino incapaces tal sería el caso, por ejemplo, de un procesado en que los únicos testigos presenciales sean sus dos hermanos, cuyas relaciones configuran una legítima defensa, pero que además existen otras declaraciones de testigos idóneos, de las que pueda presumirse que el procesado sea el autor del delito; a estos casos es a nuestro modo de pensar que

1)Sent.Cam. de 2a.Inst. 1a.Sec.del Centro 11-5-1948.

se refiere la disposición que siendo los hermanos testigos tachables no puede sobreseerse, por la eximente de legítima defensa sino que el Juez debe de elevar a plenario en base a la prueba presuncional.

30.- Que todas las otras personas a que hace referencia el inciso tercero del Art. 408, como son los parientes del ofendido el enemigo capital y el ebrio, son personas tachables comprendidas en los numerales primero, cuarto y octavo respectivamente del Art. 332 Pr.

40.- Que si se trata de la declaración de la mujer contra el marido y viceversa, comprendidas como incapaces en el Art. 294 Pr., esas declaraciones no tienen valor probatorio para elevar la causa a plenario, ya que no habiendo parentesco entre ellas no están comprendidas en el inciso tercero del Art. 408 teniendo en consecuencia que sobreseer. Con esto llegaríamos al absurdo que teniendo el legislador las mismas razones éticas de que hablamos anteriormente para considerarlos incapaces que a los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, padrastros y entenados, en este último caso si harían fe para elevar la causa a plenario.

Actualmente la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro y la Sala de Casación si siguen un criterio uniforme, en declarar la incapacidad de estas personas, por lo que a continuación citaré algunas de las sentencias declaradas por esta última que abonen nuestra opinión.-

I.- "La incapacidad de un testigo consistente en ser hermano del reo debe probarse con las respectivas partidas de nacimiento conforme con lo establecido en el Art. 322 C., si conforme al Art. 326 C. a falta de los referidos documentos, el estado civil puede establecerse con otros documentos auténticos o con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hecho constitutivos del estado civil y en defecto de éstos, por la posesión notoria, tales pruebas deben presentarse en el respectivo juicio de establecimiento subsidiario del --

estado civil y para que surta efecto como incapacidad comprendida en el Art. 294 No.6 Pr. en relación con el Art. 407 I., debe presentarse en juicio la certificación de la sentencia ejecutoriada que declare la existencia civil en que se basa la incapacidad" (sentencia de la Sala de lo Penal del 14-IV-1960 Rev.Jud.de 1960).

II. Si se alega sin capacidad un testigo por ser éste hermano del indiciado, debe declararse la incapacidad si la prueba pertinente se presenta antes de la sentencia de primera instancia y después de verificada la vista pública.

III- Debe casarse la sentencia y ordenar la reposición del proceso desde el primero auto válido, si en las circunstancias apuntadas el testigo incapaz es el único con que se ha establecido semiplenamente la delincuencia del procesado, pues el veredicto -- del jurado debe considerarse nulo conforme al No.10 del Art. 270 I." (sent. de la Sala de lo Penal del 29-IV-1960 Rev.Jud. de 1960).

Establecido que las incapacidades por razones de parentesco o matrimonio producen el mismo efecto en materia civil y en materia penal, pasaremos a examinar que clase de parentesco es el que debe de existir entre ellos, para que sus declaraciones no hagan fe.

Respecto a los ascendientes, descendientes y hermanos son incapaces para declarar en su contra ya sean legítimos o ilegítimos -- ya que la ley no hace ninguna distinción.

Cuando se habla de marido, mujer, padrastro, madrastra, ente nada y cuñados, entendemos que debe mediar vínculo matrimonial, ya que según el Diccionario de la Lengua esas palabras se refieren -- cuando ha habido matrimonio; diferente sería que el artículo declara incapaces a los parientes comprendidos en el Cuarto Grado Civil de consaguinidad o segundo de afinidad.

En un Juzgado de esta capital, en un caso de parricidio del hijo contra el padre, en que la única prueba era la declaración de la amasia del occiso, se pretendió se declara la incapacidad del-

testigo en base al No.8 del Art. 294 en relación con el Art. 32 C. que se refiere a la afinidad ilegítima y se sobreseyera a favor -- del procesado, dicha petición fue declarada sin lugar en primera - instancia y confirmada en Segunda, por considerar que según el diccionario de la Real Academia, no puede hablarse de madrastra, más que en el caso en que estuviera casada con el padre.

Es de hacer notar que para nuestro Legislador no son incapaces los suegros cuando declaran en contra de los esposos de sus hijos-- a pesar de estar en el primer grado de afinidad legítima; tampoco son incapaces el hijo natural contra los ascendientes como hermanos del padre natural y viceversa, ya que nuestra ley no reconoce ningún parentesco entre ellos.-

9°. El Juez en la causa de que conoce, pero si su declaración-- fuere necesaria, se abstendrá de conocer en la causa y dará su declaración.-

10°. El interesado en la causa, aunque el interés no sea personal, como el de los abogados, los procuradores, los tutores o curadores en aquellos en que fueren defensores, personeros y guardadores.

Estas incapacidades están tomadas desde el punto de vista de las relaciones de esas personas con un proceso determinado. La del número nueve establece que el Juez no puede ser testigo y al mismo tiempo valorar el mismo su declaración.

La otra considera que no puede haber imparcialidad en las declaraciones debido a las relaciones de estas personas con el procesado, consideramos que este numeral se encuentra modificado en el Código de Instrucción Criminal por el numeral 3o. del Art. 407 A.-

Em 1957, por iniciativa del Ministerio de Justicia se introdujo en el Código de Instrucción Criminal el Art. 407 A. que a la letra dice: "No podrán ser admitidos como testigos:

1°. Los Eclesiásticos sobre los hechos que les hayan sido revelados en la confesión.-

2o. Los militares o funcionarios públicos sobre hechos que hubieren conocido por razón de su estado o cargo y cuya divulgación es timen sería violar el secreto debido, a menos que sus superiores los desliguen de guardarlo.

3o.- Los defensores del inculpado, respecto de lo que en esa ca lidad les hubiere sido confiado.

4o.- Los Abogados y Procuradores cuando se trate de hechos o circunstancias cuyo conocimiento obtuvieron por la revelación de sus clientes en el ejercicio de sus respectivos Ministerios.

5o.- Los Médicos, Farmacéuticos, parteras y todo otro profesional sobre hechos que le hayan sido revelados por razón de sus profesiones.

6o.- Las personas que al tiempo de declarar no se encuentren en estado de decir la verdad, por razón de su estado físico, moral o mental.

A nuestro juicio los cinco primeros numerales se refieren a casos de incapacidades relativas y el último absolutas, es decir, no se trata de una tercera categoría de personas los testigos inadmisibles, sino que se han establecido para el proceso penal nuevas causas de incapacidades.

Es de notar la falta de técnica de este artículo por parte del Legislador Argentino, ya que en los primeros cinco numerales se refieren a casos de revelación de secretos y en el último, cambiando totalmente de criterio, nos habla de los que por su estado físico, moral (?) o mental. Hemos dicho el Legislador Argentino, porque por el afán copista de nuestros reformadores el Art. 407 A. es una transcripción literal del Art. 275 del Código Federal de Procedimientos Penales Argentino (1).

En Argentina estas personas no son citadas a declarar, están exentas de serlo por razón de la función que desempeñan o por sus relaciones con las partes en el proceso y son las que llaman los co-
1) cit. por Barbaris ob.cit. a pag.299

mentarores argentinos las incompatibilidades absolutas.

La Corte Suprema de Justicia se opuso a la introducción de este artículo al emitir su opinión sobre las reformas de 1957, diciéndonos: "La Corte estima innecesaria la agregación del Art. 407A. propuesta con el Art. 63 del proyecto, porque algunas de sus disposiciones ya están contempladas en la Ley actual y además, porque el Capítulo IV del Código Penal sobre violación de secretos se contemplan como delitos algunas de las causales expuestas en la reforma, lo que hace innecesario la intercalación en la legislación actual del mencionado Art. 407 A." (Rev. Jud. de 1957 pag. 146)

Nosotros consideramos que las razones que existen para la conservación del secreto profesional, son las de permitir el amplio y libre ejercicio de las profesiones y no dejar a los hombres del -- consejo prudente y de la obra de los que las ejercen, y además del derecho que tienen las personas a que no se divulguen los secretos que han confiado por razones de necesidad. Asimismo respecto al secreto sacramental, debe ser respetado y mantenido, desde el momento en que son reconocidas las religiones, en especial la católica, por el Estado.

También estimamos que para resolver el conflicto entre el interés de la Sociedad en comprobar los hechos delictivos y el derecho a la inviolabilidad del secreto, no era necesario la incorporación de este artículo, porque en el Código Penal se encuentran tipificados como delitos esas conductas y las declaraciones de esas personas jamás pueden llegar a tener valor probatorio; en cuanto al numeral sexto también es innecesario, ya que esos casos están totalmente comprendidos en el Art. 294 Pr. Además de las personas mencionadas son incapaces como testigos en el proceso penal las que establece el numeral tercero del Art. 407 que a la letra dice: "son incapaces como testigos el ofendido y el coator, cómplice o encubridor. Se considerarán como ofendidos todos aquellos que de un mismo hecho hubieren resultado perjudicados por la acción criminosa".

Antes de la reforma al artículo mencionado, se acostumbraba - por parte de los litigantes preguntar a los testigos si se conside raban ofendidos por el delito cometido, sobre todo cuando trataba- de parientes del que había recibido la acción criminosa; y al mani- festar éstos que se consideraban ofendidos, pretendían que se con- sideraban como incapaces y en consecuencia sin ningún valor probato rio sus declaraciones.

A pesar de la definición consideramos nosotros que no ha que- dado lo suficientemente clara y exacta, ya que por ejemplo en un de- lito de homicidio también resultan perjudicadas por el hecho delicti- vo, las personas cuyo único sostén económico era el ahora difun- to, y no fue esa precisamente la intención al definir las. A nuestro modo de pensar debió de haberse dicho que eran ofendidos los direc- tamente perjudicados por la acción criminosa o bien los sujetos pa- sivos del delito.

En el Art. 163 Inciso último, se ordena al Juez que si del -- proceso resultare que las personas designadas como indiciadas o co mo ofendidas, realmente no lo son y pueden proporcionar datos so- bre los hechos, deberán recibirles declaraciones como testigos.-

Ya vimos quienes son ofendidos y quienes no, pero hasta que- punto puede afirmarse que una persona No es realmente indiciada? - Serán únicamente aquéllos a favor de quienes se dictare un auto de sobreseimiento? o Aquéllos para los cuales no hubo mérito en el -- término de inquirir?

Es corriente que los cuerpos de seguridad consignen a los Tri bunales a personas en el carácter de indiciados, por haberlos cap- turados cerca del lugar del hecho, por haberles encontrado en poder objetos hurtados, por ser personas "fichadas" etc.

Consideramos que a estas personas debe de tomarse primeramen- te declaración como indiciados pero si en la investigación se ha - comprobado la no participación como autores, cómplices o encubrido- res y son además sabedores del hecho, debe de recibirles declara--

ración como testigos, en cualquier estado del juicio en que quede demostrado su inocencia.

En la práctica se presenta un problema que ha originado diferentes criterios por parte de Jueces y es el de los accidentes de tránsito cuando se remiten las diligencias a los Tribunales hace constar en ellas, que el vínculo causante es la placa X, propiedad de Y; algunos Jueces le dan calidad de indiciado al propietario y otros en cambio lo citan para que declare como testigo.

Nosotros consideramos que son los segundos los que tienen la razón ya que no existe ninguna presunción legal, para considerarlos como indiciados por el hecho de aparecer registrados en la Oficina de Tránsito como propietarios; en primer lugar por no estar reglamentado legalmente ese registro, no probando en consecuencia el dominio y en segundo lugar porque pueden darse un sinnúmero de circunstancias, como haber vendido el vehículo y no haber registrado el traspaso e incluso hasta error por los que tomaron el número de matrícula, para poder presumir que el propietario era quién lo manejaba en el momento del accidente.

Nosotros consideramos que no habiendo reglas fijas para determinar cuando una persona no es realmente indiciada, que debe quedar al criterio de los Jueces de acuerdo al caso concreto, cuando debe recibírseles declaración como testigos; habrá ciertos casos de sobreseimientos en que deberá recibírseles, como cuando se ha comprobado su inocencia en el proceso y son sabedores del hecho y otros en que no deberá tomírseles como cuando se sobresee por falta del cuerpo del delito o delincuencia, con respecto al ofendido e indiciado debemos recordar que sus declaraciones hacen fe para elevar la causa a plenario cuando de las ratificaciones o ampliaciones de sus declaraciones como testigos han resultado con esa calidad, pero no cuando ella se desprende de su primera declaración.

T A C H A S.

El Art. 330 Pr. nos define la tacha al decirnos que -

"es un defecto que por la ley destruye la fe del testigo". Es decir, propuestas y admitidas por el Juez las tachas, las declaraciones de los testigos carecen de todo valor probatorio en el proceso civil, según el Art. 321 Pr.

Admitido lo anterior, nosotros nos preguntamos Qué valor probatorio tienen las declaraciones de los testigos tachados en el proceso penal? Para contestar esta pregunta, vamos a examinar las disposiciones del Código de Instrucción Criminal, para ver si modifican el de Procedimientos civiles y para lo cual haremos la división de causas sujetas al conocimiento del Jurado y causas que se sentencian de pleno derecho.

DELITOS SUJETOS AL CONOCIMIENTO DEL JURADO. La regla es que todas las causas por delitos cuyo juzgamiento compete a la Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro y a los Jueces de Primera instancia de lo común, están sujetas a la calificación del Jurado, a excepción de las comprendidas en los numerales primero, segundo y tercero del Art. 283 I.

En esta clase de delitos, como afirma el doctor José María Méndez (1) la tacha se "convierte nada más que en un argumento manejable ante el Jurado para desvirtuar la fe del testigo". Al efecto, en los Arts. 407 No.1 se establece "la declaración del testigo tachable hará fe para los efectos de interrogar el Jurado"; y el Art. 183 No.1 dispone que el Juez debe abstenerse de sobreseer cuando se haya tachado por parte del procesado algún testigo.

Como vemos de las citas de estas disposiciones, las tachas no destruyen la fe del testigo, y se las concede valor probatorio a sus declaraciones para elevar a plenario la causa en contra del procesado.

Modifica, asimismo al Código de Procedimientos Civiles en que las tachas pueden probarse en cualquier momento del juicio ya sea en la fase sumaria o en la etapa plenaria, en el término probatorio o en el momento de instalarse la vista pública.

En resumen, conoce de las tachas el Tribunal del Jurado, al absol-

ver o condenar, no en una forma expresa, sino que implícitamente aprecia el valor de la declaración de los testigos tachados atendiendo únicamente a las convicciones de su conciencia y no a las disposiciones legales, pero respecto a la prueba de las atenuantes, agravantes y eximentes: Qué valor tie en las declaraciones de los testigos tachables?. Nosotros consideramos que desde que se introdujo la reforma del Art. 284 I. la apreciación de la prueba, en estos casos, está reservada al Juez de Derecho basándose en las pruebas del proceso. Para dejar claramente establecido como entendemos nosotros esta situación pondremos algunos ejemplos:

a) Pedro Mata a Juan, y la única prueba del proceso son las declaraciones de Jorge y Antonio, hermanos legítimos de Pedro; que al declarar configuran la eximente de legítima defensa, comprobada la tacha de éstos dos testigos, el Juez no podría sobreseer irrestrictamente en base al No.4 del Art. 181, sino que restrictivamente en base al No.3 del mismo artículo, por falta de prueba delincencial.

b) Pedro mata a Juan, en su casa de esta ciudad, la única prueba son las declaraciones de dos domésticas de Pedro, que declaran que Juan agredió ilegítimamente al primero, sin haber precedido provocación de parte de éste; pero sin haber precedido provocación por parte de éste; pero sin haber habido necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión de Juan. Apreciaría, en este caso, el Juez la disminuyente del inciso último del Art. 58 Pn., se ha comprobado la calidad de domésticos de los únicos testigos?

c) Pedro mata a Juan y los testigos únicos son los padres de Juan, que afirman que Pedro mató a su hijo (de ellos) mediante pago hecho por Antonio. Apreciará el Juez la agravante del No.3 del Art. 10 Pn.

Estimamos que en los casos b) y c) debe aplicarse el art. 321 - Pr. ya que la tacha si destruye la fe de los testigos y, consecuentemente no tienen ningún valor probatorio sus declaraciones, por lo que el Juez no puede atenuar ni agravar la pena del homicida Pedro por estar comprobado legalmente la tacha de los testigos. En esta clase de delitos podemos establecer las siguientes conclusiones:

1a. Que el testigo tachable hace fe en toda clase de estos delitos, para interrogar al Jurado sobre la culpabilidad del procesado.

2a.- Que la regla en materia criminal es que las tachas producen el mismo efecto que en lo Civil, es decir, destruye la fe de los -- testigos para apreciar eximentes, atenuantes y agravantes.

3a.- Que las declaraciones de los testigos tachados hacen fe para apreciar eximentes, atenuantes y agravantes; a) cuando no haya - declaraciones que formen plena prueba de testigos idóneos, en los - delitos cometidos en el campo, cárceles, casas de juego y tabernas; y b) en los delitos de rapto, estupro y violación, cualquiera que - sea el lugar donde se cometan, a excepción de los parientes consanguíneos, dentro del cuarto grado civil y afines dentro del segundo - del ofensor o del ofendido, el enemigo capital de cualquiera de éstos y el ebrio.

CAUSAS NO SUJETAS A JURADO. Las causas no sujetas al conocimiento - del Jurado son las que se siguen por los delitos de hurto, robo, anárquicos o contrarios a la democracia, cuando hay plena prueba del cuerpo del delito y de la delincuencia; y los que, sin tener en cuen ta las circunstancias modificativas de la responsabilidad, están pe nados con multa que no exceda de doscientos colones o penas de prisión menor si no fueren reincidentes los delincuentes. Además están los delitos que corresponden al fuero de Hacienda y al fuero Militar.

Estimamos que la regla para esta clase de delitos es que las - declaraciones de los testigos tachados no hacen fe, para comprobar - válidamente el cuerpo del delito, la delincuencia del procesado y - las circunstancias modificativas de su responsabilidad penal.

Las excepciones a esta regla están contenidas en el No.2o. del Art.407 I. al decirnos que "en los delitos cometidos en el campo, - en las cárceles y en las tabernas, cuando la causa no sea del conocimiento del Jurado, hará fe la declaración del testigo tachable - siempre que no haya declaración de testigos idóneos que la contra rían. Se exceptúan de la disposición contenida en este número los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil o afines den-

tro del segundo y el enemigo capital de cualquiera de éstos".

Llama la atención que en este artículo no se comprenda a los delitos cometidos en las casas de juego y que no se exceptúen las declaraciones de ebrio. No comprendemos cuáles han sido las razones, de los autores de la Reforma del 57, para excluir los delitos en las casas de juego en el Art. 407 y dejar los subsistentes en el Art. 408; o sea, para comprobar atenuantes, agravantes y eximentes, en los delitos que van a Jurado, hace fe la declaración del taur, pero no la del ebrio, y en los delitos que no están sujetos al Tribunal de conciencia cometidos en las casas de juego, no hace fe la declaración del taur ni la de ningún otro testigo tachado, pero si hace fe la declaración del ebrio en los delitos cometidos en el campo, cárceles y tabernas para probar la culpabilidad del procesado y las circunstancias modificativas de su responsabilidad.

Siendo la razón de que en los delitos cometidos en esos lugares por la dificultad de que en ellos se encuentren testigos idóneos se les dé fe a los testigos tachables, pero éstos, debe de entenderse que es hasta dentro de determinado límite, por lo cual nosotros consideramos inadmisibile y atentatorio venirle a dar fe a los ebrios sobre todo en causas criminales en que los procesados no tienen siquiera la oportunidad del Tribunal de conciencia.

Las tachas deben proponerse al presenciar los juramientos de los testigos o después que hayan declarado, ofreciendo la prueba y designando los motivos en que las fundamentan en el acto de la proposición. Ahora bien, En qué momento deben de probarse? nosotros creemos, que no habiéndose establecido ningún procedimiento en el Código de Instrucción Criminal que modifique expresamente el establecido en el Art. 399 Pr., es de aplicar el Art. 566 I., es decir, deben de probarse en el término probatorio de la etapa plenaria, a excepción de las tachas que pueden comprovarse con prueba instrumental, ya que según el Art. 174 I., el reo o su defensor pueden presentar cuantas pruebas conduzcan a su defensa, sin perjudicar el curso de la causa, ya sea que se trate de delitos que vayan o no a

jurado y además en estos últimos pueden probarse las tachas en segunda instancia de los presentados en primera según el Art. 499 I.

En resumen opinamos que cuando se trata de probar tachas por medio de testigos, éstos deben declarar en el término probatorio cualquiera que sea la clase del delito y además antes de la -- instalación del jurado en los que son sometidos a su conocimiento, ya que no es posible recibirles sus declaraciones en la fase sumaria porque obstaculizarían el curso de la causa. Así mismo las tachas deben resolverse por el Juez en la sentencia definitiva.

CAPITULO IX

DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LOS DEMAS MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS EN NUESTRO CODIGO DE INSTRUCCION CRIMINAL.-

LA PRUEBA PERICIAL. La doctrina y nuestra legislación procesal, nos señalan algunos puntos de contacto entre las pruebas de peritos y de testigos, pero al mismo tiempo consideran numerosas y senciales diferencias.-

Como analogías la primera nos señala fundamentalmente, que tanto la una como la otra son medios probatorios personales, de terceros ajenos al proceso, con carácter y finalidad probatorios; y nuestros códigos de procedimientos, en diferentes disposiciones nos dicen: que son incapaces para ser jurados el testigo y el perito, que antes de rendir sus declaraciones deben ser juramentados y que los peritos incurren en las mismas penas que los testigos que falso testimonio.-

Las diferencias entre estos dos medios probatorios pueden ser principalmente: en cuanto al sujeto, el objeto y las tachas.-

a) En cuanto al sujeto. La prueba pericial es suministrada al proceso, por medio de personas con título en la ciencia o arte a que pertenecen los hechos objeto del dictamen, excepto cuando no están legalmente reglamentados o no existen personas con título en el lugar del hecho; en cambio, con los testigos, basta que tengan suficiente valor sus discernimientos para que tengan declaraciones.-

b) En cuanto al objeto. El testimonio es la reconstrucción de hechos efectuados con anterioridad, recae sobre datos extra procesales en el momento de su observación, los testigos narran recuerdos; el peritaje en cambio tiene por objeto la revelación técnica de los hechos presentes que constan en el proceso. Por otra parte los peritos informan al Juez de los hechos, en base a sus conocimientos técnicos dando sus apreciaciones valorativas de los mismos; mientras que los testigos, por regla general, se limitan a hacer una exposición material de los hechos, sin ninguna apreciación valorativa, aunque excepcionalmente puede ir implícito el elemento técnico.-

c) En cuanto a las tachas de los testigos, podemos afirmar que hacen fe para efectos de interrogar al jurado, en ciertos delitos; en cam-

bio las tachas de los peritos es el Juez de Derecho el que debe resolverlas siempre, cualquiera sea la clase del delito cometido, no siéndoles aplicables el Art. 183 I., No. 1o.-

Traigo en nuestro apoyo, un caso en que se investigaba la falsedad de un testamento cerrado, juicio en el cual el defensor propuso y probó la tacha de los peritos, habiéndose opuesto la parte acusadora alegando que las tachas de los peritos debían de resolverse por el Tribunal de conciencia en base al artículo 183 I., pronunciándose la siguiente sentencia que en lo pertinente dice: "lo dispuesto en el Art. 183 I., respecto a las tachas de testigos no puede aplicarse por analogía a las de peritos, dada la diferencia esencial que entre ambos existe. En consecuencia, las tachas de peritos no deben resolverse hasta en el juicio plenario y dejar su apreciación al Tribunal del jurado, si no que deben resolverse por el Juez al ser propuestas por las partes interesadas".- "(Sent. de la Cám. de 2^a Inst. de la 1^a Sec. del Centre. 25-VI-1931-Rev. Jud. 1931 Tomo XXXVI Pág. 498)"

Después de establecer las diferencias que considero principales, veamos si el cargo de peritos es incompatible con la calidad de testigos, es decir que si una persona ha declarado como testigo si puede ser perito, o bien al contrario. Al respecto nosotros opinamos, que no existe ninguna disposición en nuestro Código, que prohíba o haga incompatible, que una persona que ha sido perito pueda declarar válidamente como testigo, o viceversa, dentro del mismo proceso penal.-

LA CONFESION. La prueba testimonial y la confesión tienen en común en que son medios de pruebas reconocidas por la Ley y que tanto la una como la otra son de carácter personal.-

Se diferencian fundamentalmente en el Proceso Penal, en que la confesión judicial es testimonio del indicado, es de una persona que es parte en el proceso, en que no necesita juramento y que rendida con los requisitos que establece el Art. 404 I., tiene el valor de prueba plena.-

Antes de la reforma de 1957 se tenían por no hechas las declaraciones del jurado que contrariaban la confesión del reo, quedando este en consecuencia condenado por el Juez aunque hubiere sido absuelto, excepto cuando era la única prueba del cuerpo del delito.-

Actualmente para probar el cuerpo del delito no existe ninguna diferencia entre la prueba de testigos y la de confesión judicial, ya que -- tanto la una como la otra, lo comprueban válidamente en los casos en que no se requiere prueba real o material; a excepción de aquellos delitos en que ha habido sustracción, como los de hurto, rapto y otros en que -- las declaraciones de los testigos, son prueba preferencial del cuerpo del delito a la confesión del procesado.-

Respecto a la confesión extrajudicial, esta se comprueba por medio de dos testigos idóneos que hayan presenciado la declaración del indiciado, quienes deben de ser conformes y contestes en los hechos relatados -- por el procesado para que la mencionada declaración tenga el valor de se miplena prueba.-

En la práctica hecho observado que se concede valor probatorio, -- cuando los testigos manifiestan únicamente que el reo se hizo cargo de -- los hechos que se le imputan; esto nosotros lo consideramos viciado y -- atentatorio, yq eu los testigos deben pormenorizar toda la declaración -- del procesado, para que pueda tenerse por comprobada en el juicio la con fesión extrajudicial.-

LA DOCUMENTAL. Nuestro Código de Instrucción Criminal, antes de la reforma de 1962, únicamente comprendía la prueba instrumental, que para la mayoría de los procesalistas es una especie de la prueba documental; pero con la reforma del Art. 410 I., se introdujo en el Procedimiento Pe nal la llamada documental, en sus dos especies; la propieamente dicha, -- que comprende fotografías, películas cinematográficas, cintas magnetófonicas, etc., y la de instrumentos que se dividen en públicos, auténticos y privados.-

Se diferencian fundamentalmente en que la prueba testimonial es la reconstrucción de hechos pasados, que se vierten en el proceso mediante la narración de personas que los han presenciado; mientras la documental se representa por objetos o señales, que atestiguan, la existencia actual o pasada de los hechos.-

En el Art. 410 I., respecto a la apreciación de la prueba documental se deja al prudente arbitrio del Juez su adminisbilidad, en cambio la -- prueba testimonial como ya vimos, aún cuando el Juez se encuentre conven

cido de que esa prueba es falsa no puede rechazarla en ciertos delitos, si no se ha comprobado fehacientemente en otro proceso la falsedad de esas declaraciones.-

Respecto a la prueba instrumental se aplica totalmente lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles, teniendo según el Art. 415 un valor probatorio preferencial a la de testigo, pero esto es en el proceso civil ya que en el procedimiento penal, no existe escala jerárquica de pruebas.-

Un caso que podría presentarse sería el de dos testigos que comprobaran la presencia de una persona en un lugar determinado, en contraposición de un documento auténtico emanado de una autoridad administrativa, como por ejemplo una certificación del señor Director General de Migración, en que constara que dicha persona se encontraba fuera del país, en el día y hora en que los testigos lo señalan como autor del delito. ¿Como resolver esta contradicción de prueba?.-

Nosotros consideramos que si se trata de un delito sujeto a la consideración del Jurado, será este el que deberá valorarlas, pero si se trata de delito que no van a jurado, estimamos que debe absolverse al reo ya que la prueba instrumental tiene un valor probatorio privilegiado sobre la de testigos, a pesar de que los reformadores del sesenta y dos suprimieron la escala de pruebas.-

INSPECCION PERSONAL. Consiste este medio de prueba en el examen personal del Juez de los lugares, las cosas y las personas donde ha sucedido la acción criminosa o que han sido objeto del delito, constituye un medio inmediato de percepción, encaminado a formar la convicción de los jueces, sin intermediación de otras personas; es por esto que tiene un valor probatorio privilegiado en aquellas causas criminales no sujetas al conocimiento del Tribunal del Jurado, ya que según el Art. 407 I., numeral 4^o deben desecharse las declaraciones de testigos que no son concordantes con lo presenciado por el Juzgador.-

Cuando hablamos del cuerpo del delito, vimos la importancia de este medio probatorio, para comprobar la existencia de ciertos delitos y proponíamos que también fuera medio privilegiado para probarlo, en aquellos delitos que dejan señales, aunque no necesiten de pericia.-

La inspección es prueba real, mientras que la de testigos es personal, esto es que la primera es prueba de demostración, mientras que la segunda es de confianza.-

A pesar de la importancia que tiene la inspección en el campo Penal, es lamentable que los Jueces la practiquen cuando ya han transcurrido varios días y aun meses, después de ocurrido el hecho delictivo, cuando con ese retraso muchos delitos se quedan impune en detrimento de una correcta administración de justicia.-

PRESUNCIONES. La presunción la define el Código de Procedimientos Civiles, como una "consecuencia que la ley o el Juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido" son reconocidas como medio de prueba tanto en lo civil como en lo criminal y se encuentran reguladas en los Arts. 408 al 414 Pr., y 412 al 413 I.-

Para que tengan valor probatorio es necesario que se deduzcan de hechos anteriores, concomitantes o posteriores, a la realización del delito, plenamente comprobados mediante testigos, de los que se establezcan mediante la inspección personal y de los que resulten de dictámenes de peritos.-

Para que puedan deducirse válidamente presunciones de deposiciones de testigos es necesario que éstas sean válidas, rendidas por dos testigos que sean conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales; en consecuencia de la declaración de uno solo o de testigos incapaces o contradictorios, no pueden desprenderse ninguna clase de presunciones con valor probatorio.-

Estos son medios indirectos para crear la convicción de los Jueces, a diferencia de la prueba testimonial que es un medio directo y personal.-

CAPITULO X

DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL? CIVIL Y LABORAL.-

Examinaremos en este capítulo, a grandes rasgos las diferencias que existen entre la prueba de testigos en materia penal con la prueba testi

monial en materia civil y laboral, comenzando con la primera.-

MATERIA CIVIL. Históricamente, antes de la generalización de la escritura, la prueba testimonial fué indistintamente admitida tanto en las materias civiles como criminales, pero a medida que la civilización vulgarizó el uso de la escritura, las pruebas literales suplantaron a la prueba de testigos para la mayor parte de casos en materia civil.-

De ahí la primera diferencia fundamental, en que la prueba testimonial es admisible para probar el cuerpo del delito y la delincuencia del procesado, en toda clase de delitos, salvo aquellos en que expresamente se exige por la ley otra clase de prueba; en cambio en lo civil la regla general es la prueba instrumental y la excepción la admisibilidad de la de testigo, para los casos comprendidos en el Art. 292 Pr.-

Respecto a esto mismo, se diferencian, en que los hechos probados por confesión judicial y por confesión presunta en los casos del Art. 385 Pr., no admiten rendir prueba de testigos para alterarlas; en cambio en lo criminal, según el Art. 406 I., se admite para modificarla o destruirla.-

Para que una persona pueda declarar en un proceso civil es indispensable, que haya sido propuesta por las partes, en virtud del principio de disposición; en cambio en lo criminal los testigos pueden declarar al ser llamados de oficio por el Juez, ya sea con o sin la voluntad de los que intervienen en el proceso.-

Por otra parte, en lo penal, el número de testigos es ilimitado y las partes pueden hacer las preguntas que consideren convenientes, sin más limitación que tengan relación con las contenidas en el cuestionario presentado en la fase plenaria y en segunda instancia, siendo todas ellas plenamente válidas; en lo civil, por el contrario, cada una de las partes sólo puede presentar hasta seis testigos por cada uno de los puntos o artículos que deben resolver, no permitiéndose en ningún caso, la presentación de mayor número y sólo pueden repreguntar por tres veces sobre la misma pregunta, debiendo el Juez rechazar sin consignarlas todas las demás que se les hicieren.-

En cuanto a las incapacidades, ya vimos que en el procedimiento penal, el testigo menor de catorce años es capaz de declarar, siempre que

a juicio del Juez, tenga el suficiente desarrollo intelectual y que además de las incapacidades establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, son incapaces; el ofendido, el coautor, el cómplice, el encubridor y las personas mencionadas en el Art. 407 A. de Instrucción Criminal.-

Sobre las tachas, en lo Civil, destruyen la fe del testigo en todo caso, mientras que en lo criminal los testigos tachados hacen fe para interrogar al jurado y además para resolver ciertos puntos de derecho según lo establecen los Arts. 407 y 408 I.-

Para la valoración de la prueba de testigos el Código de Procedimientos Civiles, sigue el sistema de la prueba tasada o legal, ya que atiende al número y calidad de los testigos para condenar o absolver al demandado; en cambio el Código de Procedimientos Penales, participa del sistema y de la libre convicción en los delitos sujetos a jurado y del sistema de la sana crítica, en los que se resuelven de pleno derecho.-

MATERIA LABORAL. La prueba de testigos en el proceso Laboral se recibe con las mismas formalidades que en los juicios Civiles y Criminales, pero tiene como modificaciones, que cada una de las partes, no pueden presentar más de cuatro testigos para cada uno de los artículos o puntos que deben resolverse y si por error del Tribunal, se reciben declaraciones en contradicción a esta regla, dichos testigos no hacen fe. Asimismo las partes sólo pueden hacer tres preguntas al testigo, sobre cada punto de su deposición.-

Otra de las modificaciones, es la prohibición de interrogar a los testigos leyéndoles las preguntas formuladas en el cuestionario presentado, el cual sólo debe de servir de guía al Juez para hacer el interrogatorio. Esta prohibición del Código de Trabajo debe de adaptarse cuanto antes para el exámen de los testigos en el proceso Penal cuando es obligatoria la presentación de cuestionario, ya que así se garantiza, la mayor veracidad de los testigos.-

Para la apreciación de la prueba testimonial en materia laboral, se ha adoptado el sistema de la sana crítica, debiendo el Juez atender más que el número de los testigos, a la convicción que le formen sus declaraciones, al interés que podrían tener en el asunto y a cualesquiera otra

circunstancia que aporten elementos de juicio sobre la veracidad de sus dichos.-

Es de notar que tanto en lo Laoral como en lo Criminal existen ciertos casos en que los testigos singulares hacen plena prueba, cuando se trata de hechos que pueden repetirse muchas veces porque consisten en el género y no en la especie, como la embriaguez y el adulterio y otros casos semejantes siempre que tres de ellos depongan al menos de tres actos diversos.-

CAPITULO XI

CONCLUSIONES.

No creemos, que en este último capítulo debemos proponer reformas al arcaico Código que nos rige, por dos razones; primero, porque somos enemigos de reformas parciales que únicamente traen incongruencias y discrepancias a la coordinación que debe existir en las disposiciones de todo cuerpo de Leyes, y segundo, porque entendemos que el Código de Procedimientos Penales que elabora la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia, se encuentra ya lo suficientemente adelantada en su trabajo, para esperar que en un futuro próximo se promulgue un Código que siga las corrientes Procesales modernas y que dada la competencia de los que la integran serán eliminadas las contradicciones y absurdos que el actual Código contiene.-

Por esas razones únicamente sugerimos, modestamente, a la Comisión, que si lo tiene a bien, tome en cuenta las siguientes cuestiones:

I. Establecer que en todo delito que deja señales se compruebe el cuerpo del delito, preferentemente con la inspección ocular del Juez y solamente cuando han desaparecido, se permita la prueba testimonial para comprobarlo.-

II. Se adopten en lo posible las medidas que propusimos para los reconocimientos en rueda de reos, en especial la que se refiere a la prohibición de las fotografías de los indiciados, ya que esa publicación vuelve nugatoria esa diligencia y en ninguna forma afecta el principio de la libertad de información.-

III. Se prohíbe interrogar a los testigos, leyendoles las preguntas contenidas en el cuestionario el cual, como en materia Laboral, sólo deberá de servir de guía al Juez para examinarlos.-

IV. Se imponga a los Jueces la obligación de identificar con su Cédula de Identidad Personal o cualquier otro documento semejante, a toda persona que llegue a declarar como testigo y que si no sabe firmar que ponga sus huellas digitales al final de su declaración.-

V. Se eliminen las discriminaciones, como esas de irles a recibir declaraciones fuera del Tribunal a las viudas honestas y señoras de distinción por anacrónico y violatorio del principio de igualdad ante la Ley.-

VI. Que se establezca la reproducción de las declaraciones de los testigos durante las vistas públicas, para que los Jurados se formen un juicio más exacto de la veracidad e imparcialidad de las declaraciones.-

VII. Que de ser posible, las personas que cometan el delito de falso testimonio sean condenadas de pleno derecho y que no gocen del beneficio de excarcelación, con objeto de moralizar la prueba testimonial.-

VIII. Que no se regule de una manera taxativa las incapacidades y las tachas de los testigos, sino que el Juez de Derecho, pueda con base a la sana crítica, admitir o rechazar sus declaraciones.-

BIBLIOGRAFIA.

- 1) "El cuerpo del Delito"... Por José María Méndez.
- 2) "Derecho Procesal Penal"Por Enrique Jiménez Asenjo
- 3) "Comentarios" Por Jaime Guasp
- 4) "Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal" Por Jesús Saenz Jiménez y Epitanio López Fdez, de Gamboa.
- 5) "Programa de Derecho Criminal" Por Francisco Carrara.
- 6) ""Derecho Procesal Penal"..... Por Eugenio Florián.
- 7) ""El sobrescimiento en materia Criminal"Por Arturo Zeledón Castrilló.
- 8) "Estudios sobre el Código de Procedimientos Civiles (Uruguayo) Por Rafael Gallinal.
- 9) "Código de Procedimientos en lo Penal y Leyes complementarias (Argentina) Por Luis A. Barberis.

- 10) "Derecho Penal Salvadoreño" (Rev. de De
recho No. 2) Por José E. Silva
- 11) "Diccionario de Legislación y Jurispru
dencia" Por Joaquín Escriche.
- 12) "Lógica de las pruebas en Materia Cri-
minal" Por Framarino.
- 13) "Revistas Ciencias Jurídicas y Socia-
les" Nos. 9 y 10..... Organos de la Asociación de
Estudiantes de Derecho.
- 14) "Revistas Judiciales.