

345.07
P419 &
1978
F.J. CS.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

093172
E.S. 4

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**De la Prueba y Normas
de Valoración en
Materia Penal**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Fernando Peña

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1978



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

RECTOR:

Ing.Salvador Enrique Jovel.

SECRETARIO GENERAL:

Dr.Rafael Antonio Ovidio Villatoro.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr.Francisco Vega Gómez h.

SECRETARIO:

Dr.Edmundo José Adalberto Ayala Moreno.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES.

PRESIDENTE: Dr.Luis Domínguez Parada.
1er.Vocal: Dr.Mauro Alfredo Bernal Silva.
2do.Vocal: Dr.Roberto Romero Carrillo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: Dr.Mauricio Alfredo Clará.
1er.Vocal: Dr.Francisco Salvador Tobar.
2do.Vocal: Dr.Ernesto Arbizú Mata.

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

PRESIDENTE: Dr.Pablo Mauricio Alvergue.
1er.Vocal: Dr.Luis Alfonso Salazar.
2do.Vocal: Dr.Oscar Gómez Campos.

ASESOR DE TESIS:

Dr.Edurado Calderón Ramos.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr.Atilio Ramírez Amaya h.
1er.Vocal: Dr.Carlos Arturo Barrientos Zepeda.
2do.Vocal: Dr.Ismael Castillo Panameño.

TESIS QUE DEDICO:

A Dios, en quien confiamos.

A la memoria de mi padre:
Dr. Bernardo Peña.

A mi querida madre:
Enma Victoria González v. de Peña.

A mis hijos:
Carolina y
Fernando.

A mis hermanos:
Rosita,
Roberto y
Ricardo.

A mis tíos:
María Lydia González de Tenorio,
Héctor González Figueroa y
demás familiares.

A mis compañeros y
amigos sinceros.

I N D I C E

INTRODUCCION

- I. LA PRUEBA Y SU IMPORTANCIA.
 - A) El Concepto de la Prueba en General.
 - B) El Concepto Jurídico de Prueba.
 - C) La Prueba Penal y sus Características.
 - D) Los Elementos de la Prueba Penal.

- II. EL OBJETO DE LA PRUEBA PENAL.
 - A) Los Hechos.
 - B) Los Hechos Notorios.
 - C) Los Hechos Imposibles o Inverosímiles.
 - D) Los Hechos Impertinentes.
 - E) Los Hechos Controvertidos.

- III. LA CARGA DE LA PRUEBA.
 - A) Concepto de Carga de la Prueba.
 - B) El Problema de la Carga Probatoria en Materia Penal.
 - C) Determinación sobre la existencia de la carga probatoria en materia penal.

- IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.
 - A) Evolución Histórica.
 - B) La Recepción de la Prueba: en la Instrucción y en el Plenario; en Segunda Instancia, y caso especial, en el Recurso de Casación.

- V. LA APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO.
 - A) La Apreciación y Valoración Legal.
 - B) Las Normas de la Sana Crítica.
 - C) El Juicio Prudencial del Juez. Prudente Arbitrio del Juez y Arbitrio Judicial.



- VI. LOS MEDIOS DE PRUEBA PENAL.
- A) Concepto.
 - B) Clasificación.
- VII. LA PRUEBA POR INSPECCION, SU VALORACION Y APLICACION PRACTICA.
- A) Concepto de Inspección Ocular.
 - B) Inspección o Reconocimiento Judicial.
 - C) El Conocimiento Personal del Juez.
 - D) La Inspección de lugares, cosas y personas. Planimetría Judicial. Precauciones.
 - E) La Reconstrucción de los Hechos.
- VIII. LA PRUEBA INSTRUMENTAL, IMPUGNACION, VALORACION Y APLICACION PRACTICA.
- A) Instrumentos Públicos y Auténticos. Impugnación.
 - B) Documentos desde el punto de vista Penal.
 - C) Documentos Privados.
 - D) Las fotografías. Requisitos Especiales.
- IX. LA PRUEBA TESTIMONIAL, SU VALORACION Y APLICACION PRACTICA.
- A) Objeto Propio.
 - B) Concepto de Testigo y Testimonio.
 - C) Elementos del Testimonio.
 - D) La Capacidad para testimoniar: Incompatibilidades, Prohibiciones y Excepciones. Tachas.
 - E) La Percepción, Precisión, Coherencia y Falta - de Errores.
 - F) La razón del dicho del testigo y la explicación del hecho.
 - G) La oportunidad y deber de rendir testimonio.
 - H) Las condiciones personales y sociales del testigo, en lo referente a circunstancia del lugar, hecho, tiempo, edad, sexo, instrucción y profesión del testigo.
 - I) La Cantidad de los testigos. El testigo único.

X. LA PRUEBA PERICIAL , VALORACION Y APLICACION PRACTICA.

- A) Concepto de Perito y Peritación.
- B) Clases de Peritos. La Juramentación.
- C) Perito y Testigo. Diferencias.
- D) Capacidad del Perito.
- E) Requisitos del dictamen pericial. Presentación. Ampliación y Explicaciones.
- F) El dictamen pericial y la apreciación como base para una presunción.

XI. LA PRUEBA POR CONFESION, VALORACION Y APLICACION PRACTICA.

- A) Concepto propiamente Penal.
- B) Requisitos y condiciones de la confesión.
- C) La Indivisibilidad de la confesión. Valoración Especial.
- D) La Retracción de la Confesión.
- E) La Coartada.
- F) La Confesión ficta. Crítica.
- G) La Confesión Extrajudicial y sus requisitos. La Grabación de la Confesión. Valoración Especial. Crítica.
- H) La problemática de la supresión de la Confesión Extrajudicial.

XII. LA PRUEBA POR PRESUNCIONES. VALORACION Y APLICACION PRACTICA.

- A) Fundamento de la Presunción.
- B) La Presunción y el indicio. Diferencias.
- C) La Presunción de inocencia.
- D) Requisitos de las presunciones. Con respecto al Cuerpo del Delito. La precisión, racionalidad, concordancia, fundamentación y armoniosidad.
- E) Las presunciones de culpabilidad en los delitos de hurto y robo, falsificación de moneda, defraudación a la economía pública, en las etapas especiales por incumplimiento de contrato en parcelación de terrenos por no hacer la tradición del dominio.

XIII. LA PRUEBA INDICIARIA.

- A) Concepto.
- B) Fundamento.
- C) Requisitos y Características Especiales.
- D) Los indicios en la investigación criminal.
- E) La Prueba dactiloscópica.
- F) La Prueba Balística.
- G) La Prueba de la Parafina.

XIV. CONCLUSIONES.

I N T R O D U C C I O N

He escogido este tema debido a que siempre ha existido en nuestro medio gran intranquilidad social por la secuencia alarmante de hechos criminales que ocurren cada día a lo largo y ancho de nuestro pequeño y densamente poblado territorio.

Por otra parte, he tenido además la inquietud de estudiar un poco más esta clase de tema, ya que por varios años he desempeñado el cargo de Fiscal Específico en la Fiscalía General de la República, oportunidad que me ha valido para poder conocer más de cerca el desarrollo de un proceso penal, desde sus orígenes, circunstancias y condiciones que lo rodean, junto con los medios probatorios que lo integran, valorizándose éstos a fin de encontrar la certeza de un hecho punible y al autor del mismo, hasta el momento en que un Tribunal del Jurado conoce de esa prueba y promete examinarla con la atención más escrupulosa de los cargos formulados contra el procesado, sin traicionar sus intereses, ni de la sociedad que lo acusa; sin consultar con persona alguna de la resolución que pronuncie, ni dejarse llevar por el odio, la antipatía, malevolencia, temor o afecto, decidiendo esos cargos o medios de defensa conforme a la conciencia e íntima convicción; interrogándose a sí mismo en el silencio y en el recogimiento y buscar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han hecho en su razón las pruebas producidas en contra y en defensa del acusado, todo con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre.

Se desea hacer el esfuerzo en desarrollar este tema - de la prueba en materia penal, inicialmente resultando su importancia e indicándose sus características más esenciales dentro del Derecho Procesal Penal.

Se ha considerado también necesario, exponer un pequeño desarrollo histórico para estudiar y poder ubicarla dentro de la doctrina moderna, al hacer también el comentario de cada medio probatorio, mostrando algunos casos o ejemplos de aplicación práctica en el desarrollo de nuestra legislación, para luego tratar de detectar el verdadero avance que se haya alcanzado, así como encontrar sus posibles vacíos o inconveniencias.

CAPITULO I

LA PRUEBA Y SU IMPORTANCIA

- A) El Concepto de la Prueba en General.
- B) El Concepto Jurídico de Prueba.
- C) La Prueba Penal y sus Características.
- D) Los Elementos de la Prueba Penal.

La ley necesita de la prueba de los hechos porque de an temano fija también las sanciones a sus infractores, ya que éstas resultarán infructuosas si los verdaderos culpables, - despreciando sus prescripciones, las violasen atentando contra la paz pública. Es por eso que sólo una prueba eficiente puede garantizar a la sociedad de un delincuente u otra clase de infractor, para que no intervengan sus propios vengadores y sea ésta, organizada jurídicamente, la que imponga las sanciones o medidas adecuadas que la misma reclama. Mas que todo cuando un miembro de la sociedad comete un delito y éste queda impune; esta situación nuevamente origina que se produzcan muchos más, lo que demuestra que es la prueba la que adquiere gran trascendencia, a tal grado, que en el transcurso de su desarrollo surge como en un campo de batalla, suscitándose un combate entre la sociedad reclamante y el infractor de lo jurídico que se defiende y se esconde a la sombra de la incertidumbre en la investigación que se lleva a cabo en un proceso judicial.

Con esto se demuestra que la prueba es la médula, de todo procedimiento en un proceso judicial ya sea para darle vivencia al derecho, conocer su infractor y aplicar debidamente la sanción o medidas correspondientes. Pero hay que tomar en cuenta que si son muy rigurosos los procedimientos probatorios, se debilitan más el número de pruebas admisibles y por consiguiente menguan las sanciones, resultando por lo tanto, una gran separación entre los fallos de la opinión pública y los del Juez o Magistrado, sujetos a los preceptos legales; y a medida que esta desidia se incrementa, es la intranquilidad social la que lamenta cada vez más la ineficacia de la justicia y la funesta impunidad en que se deja a ciertos individuos peligrosos a quienes el veredicto de la opinión pública los ha señalado como culpables.

Es por esto que podemos decir que la importancia de la prueba radica principalmente en los cimientos de los intereses de la sociedad, con la necesidad de imponer al verdadero culpable el ostracismo social como castigo; y asimismo, en la protección de la libertad del ciudadano, para salvaguardar la imposición de no aplicar jamás ningún tipo de medida o sanción a un inocente.

A) El concepto de la prueba en general.

Un ciudadano puede ser señalado como autor, ya sea material o intelectual de un hecho que la ley acredita como deli

to, sujeto de sanciones jurídicas y al aplicarse éstas, la -
sentencia condenatoria resultante tiene su fundamento en la
verdadera certeza de los hechos comprobados, con la plena -
convicción del ánimo en la conciencia del juzgador como pro-
ducto de la prueba y con la integridad y suma de todos los -
motivos que produzcan esa completa certeza. Al examinar todos
esos motivos por parte del juzgador y al darse el sublime mo-
mento de la apreciación de la prueba, el peso y el valor de la
misma, con la prudencia y garantía adecuadas, en base a un -
razonamiento humano de los hechos establecidos; se convierte
por consiguiente, en el pilar de la argumentación que cada -
una de las partes intervinientes en un proceso judicial ha-
cen valer para cautivar la convicción del Juez.

Brota la prueba generalmente referida, en primer lugar,
a quien la propone o suministra los motivos que determinan
la convicción del juzgador, como una demostración, y seguiga-
mente dirigida ante aquél a quien se expone o presentan esos
motivos de convicción; en aquella situación se toma desde un
punto de vista subjetivo como los esfuerzos de la parte propo-
nente para darla a conocer al Juez. En este otro sentido, en
forma objetiva ya como certeza, como conjunto de razonamien-
to examinados o a examinar lo demostrado, para concluir con -
plena seguridad en la realidad efectiva de los hechos imputa-
dos.

Así Florián (1) expone: "el concepto de prueba es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica. Inclusive un análisis suscito nos muestra su complejo contenido, del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revistan para los fines prácticos del procedimiento penal. En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo "todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa (Romagnosi); y en su sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento"...

B) El concepto jurídico de prueba.

Para fijar un concepto jurídico de prueba, necesariamente, tenemos que referirnos primero a las varias acepciones gramaticales de la palabra prueba. El Diccionario de la Lengua Española, (2) señala cuatro acepciones generales de la palabra: "1) acción y efecto de probar; 2) razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; 3) indicio, señal o muestra que se da de una cosa; y 4) ensayo o experiencia que se hace de una cosa".

Pero así también vemos que varios autores han señalado o resumido estas acepciones al tratar la prueba, como se ve

(1) Eugenio Florián, Obra "De las Pruebas Penales", Tomo I. Pág.3.

(2) Diccionario de la Lengua Española, Décimo Novena Edición, Madrid 1970. Editorial España - Calpe, S.A.

en las citas hechas por el autor colombiano Gustavo Humberto Rodríguez R. (3) al tratar el tema, entre ellos a Rafael de Pina al afirmar: "la palabra prueba, en su sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se puede mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa".

Para Carrara: "se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce éstos; más por la falibilidad humana puede haber certeza donde no hay verdad y viceversa".

Para Nicola Framarino Dei Malatesta: "la prueba puede ser considerada por dos aspectos; ya sea en cuanto a su naturaleza, ya su producción, ya en cuanto al efecto que origina en la mente de aquél ante quien ha sido producida. Por este segundo aspecto equivale a la certeza, a la probabilidad y a la credibilidad".

Jeremías Bentham, entiende por prueba: "un hecho supuesto verdadero que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no existencia de otro

(3) Pruebas Penales Colombianas. Tomo I, Pág. 10, Edit. Temis, Bogotá 1970.

Así toda prueba comprende al menos dos hechos distintos, el uno que podemos llamar el hecho principal, el que se trata de probar que existe o no existe; el otro hecho es el probatorio, que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal. Toda decisión fundada en una prueba procede, pues, por vía de conclusión. Dado tal hecho, concluyo que existe tal otro".

Para Francisco Carnelutti (4): "probar es una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio".

Para Antonio Dellepiane (5): "En el sentido ordinario, prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizada con el fin de aquilatar la bondad, eficiencia o exactitud de algo, tratándose de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados". Y emplea una figura para caracterizarla: "hija de la duda y madre de la verdad".(6)

Pero en el lenguaje jurídico, así como en el gramatical, decimos que la palabra prueba tiene varios significados, no sólo la que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho o caso, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerla.

(4) Obras: "Sistema de Derecho Procesal Civil 1949, Vol.II, Pág.398, Cit.por Tulio Enrique Espinoza Rodríguez en su obra: "La Valoración de la Prueba en el Proceso". Ed. Temis Bogotá, 1967.

(5) "Nueva Teoría de la Prueba". Séptima Edic. Edit. Temis Bogotá 1972. Pág.14 y 15.

(6) Ob.cit.Pág.50.

Notamos además, modernamente, que hay autores como G.H. Rodríguez R. (7) que nos muestran la diversidad de su significación jurídica del concepto de la prueba, ya sea como la acción de probar, como la producción de los elementos de convicción, como la actividad procesal, como el objeto de obtener determinadas piezas judiciales dentro del proceso, de reconstrucción de los hechos o la verificación de los mismos. Por eso cuando se dice que un proceso se encuentra en período de prueba, se toma en esta acepción a la palabra prueba, como sinónima de procedimiento para la producción de la misma.

Pero así también, estimo que la prueba es el producto de la acción de probar; por Ej., la observación personal del Juez en una inspección ocular. Y por último, se considera como prueba al resultado obtenido y al conocimiento de ese resultado o de su convicción; por Ej.: cuando las declaraciones de los testigos no constituyen prueba porque son contradictorias, aquí se toma ya el concepto de prueba como una valoración del resultado de la acción de probar.

Comparto los conceptos modernamente dados por el autor colombiano Antonio Rocha que expresa: "Probar es establecer la verdad, hacerla ver" y con referencia al proceso es: "Hacer conocidos del juzgador los hechos litigiosos. Las pruebas tienen a convencer al Juez de la existencia y verdad de

(7) Ob.cit.Tomo I, Pág.10.

los hechos y de los actos jurídicos de donde nace el derecho. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez". Y más explicativamente afirma: "En otras palabras, la prueba - consiste en poner de presente la verdad de los hechos, con - su modo preciso de ser o de haber sido, y en infundir una - convicción hasta el límite que en cada caso exija la ley, que entre nosotros ha de ser pleno o perfecto".(8)

"Dado pues, que la certeza, como decíamos, es la persuasión de la verdad y ésta es la conformidad de la idea con la cosa o con el hecho, las pruebas son un medio para conocer con certeza la verdad de los hechos".(9)

Como se comprende, el concepto jurídico de prueba no es fijo y depende del o los elementos o del ángulo en que esto se enfoque, ya sea por su objeto, su tema, su acción o medio, su fin o su producto valorativo.

Pero donde incide lo jurídico de la prueba, en mi opinión, es en el resultado de la misma, o sea la certeza o convicción. Confirman esta posición autores como Carlos Furno (10) que expresa: "la prueba sirve para demostración y con-

(8) Obra: "De la Prueba en Derecho", Págs.15 y 21.Cit.p.Tulio Enrique Espinoza Rodríguez.

(9) Obra: Derecho Probatorio Colombiano, Págs.4 y 5, 1961. Cit.p. Tulio Enrique Espinoza Rodríguez.

(10) Obra: "Teoría de la Prueba Legal".Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág.143, citado por Tulio Enrique Espinoza R. 1954.

trol de la certidumbre, con el fin de hacer posible la formulación de un juicio histórico", y otros como Valentín Silva Melero (11) que considera a la certeza o convicción como la finalidad y función de la prueba.

Con respecto a la conceptualización de la prueba, existen los siguientes lineamientos: a) un concepto de la prueba en sentido general; b) un concepto jurídico referido concretamente a lo judicial, como acción de probar como objeto, como medio, como fin o valoración; y c) modernamente existe en la ciencia del derecho lo que se ha llamado la ciencia o teoría de la prueba o "Critología" como la llama Dellepiane (12) - basada en el método reconstructivo o experimental, reuniéndola al lado de otras ciencias reconstructivas como la historia, la sociología retrospectiva, la antropología, etc., por tener todas un objeto común: la reconstrucción de los hechos pasados; y una misma finalidad: hacerlos actuales o presentes.

C) La Prueba penal y sus características.

La prueba ya considerada dentro del derecho penal tiene sus propias características, lo que la hace diferente a otro tipo de prueba como lo es la civil. Pero hay autores como

(11) Obra: "La Prueba Procesal". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1963. Pág. 32. Cit. p. Tulio E. Espinoza R.

(12) Ob. cit. Pág. 16.

Hernando Devis Echandía (13) que sostiene, que es un error - considerar a una prueba de tipo civil y a otra de tipo penal y expone para ello dos razones de tipo histórico: 1) Porque la escuela exegética se apegó a las diferencias de legislación en materias civiles y penales vigentes, entonces en Europa, en las que se le da libertad al Juez Penal para buscar la prueba y valuarla; en cambio el Juez Civil, no tiene libertad; y 2) Que el proceso civil tenía mayor desarrollo que el penal y que en la aplicación práctica de carácter puramente legislativo, de un país determinado, se da lugar a que existan matices que denoten sus diferencias y que por otro lado, existe una teoría general de la prueba.

Disiento con este autor, porque son precisamente esos matices lo que constituyen verdaderas diferencias como enseña veremos, y que en nuestra legislación no podemos ocultar. Están otros autores que sí señalan sus puntos desidentes con la prueba civil y aún más le dan el cargo de una prueba de carácter autónoma; así tenemos al autor alemán C.J.A. Mittermaier (14), al italiano Florián (15) y a los latinoamericanos Gustavo Rodríguez y Eduardo J. Couture (16) que distinguen a ambos tipos de prueba.

(13) "Principios Generales de la Prueba Judicial y el Objeto de la Prueba" (la Conferencia, mimeografiada por la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador). Págs. 2 y 3.

(14) "Tratado de la Prueba en Materia Criminal". Ed. Reus (S.A.) Madrid, Pág. 52 y siguientes.

(15) Ob.cit. Tomo I. Pág. 23.

(16) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" 3a. Edic. (póstuma) Ediciones Depalma, Buenos Aires 1964. Págs. 215 y 216.

Se hace destacar por Gustavo H. Rodríguez, (17) que algunos tratadistas se han ocupado en discusiones sobre la existencia de semejanzas entre las pruebas penales y las civiles, siendo célebre la suscitada entre Florián y Carnelutti, en la que aquél sostenía que existen diferencias sustanciales - y para éste sólo diferencias de forma o accidentales; ya que parte de que el derecho procesal es uno. Por otra parte, Florián ha aceptado que ambos tipos de prueba tienen históricamente el mismo origen y genéricamente prestan la misma función; pero que modernamente se consideran diferentes.

Sostengo que en la prueba civil lo principal es la demostración o corroboración de la verdad de las proposiciones hechas por los litigantes en el proceso, la penal en cambio, es de investigación o averiguación. El Juez se limita en lo civil a declarar probada la proposición con las pruebas allegadas por la parte, sin que para ello se proceda a hacer una investigación, existiendo simplemente una verificación; ocurre lo contrario en un hecho delictuoso, éste es provocador de la actividad investigadora del Juez, indagando, comprobando o formulando hipótesis, razonando por medio de inducciones y deducciones y empleando también más directamente la técnica y la ciencia.

(17) Ob.cit. Tomo I. Págs. 39 y 40.

Además, estimo que el delito es un hecho social de gran trascendencia que necesita su reconstrucción ya sea material o en la mente del juzgador. Por esto Carnelutti llama al derecho penal: "el Derecho de la Sombra" y así afirma: "el delito es un trozo de camino del cual quien lo ha recorrido - trata de destruir las huellas. Sucede lo contrario de lo que ocurre normalmente en cuanto al contrato: cuando uno compra, y tanto más si la cosa tiene valor importante, conserva por lo general mediante un documento, la prueba de haber comprado; cuando roba destruye lo mejor que puede de las pruebas de haber robado. Las pruebas sirven precisamente para volver atrás, o sea para hacer, o mejor aún, para reconstruir la - historia".(18)

Por lo que se puede afirmar que la actividad probatoria penal es un proceso inductivo, deductivo, con enlaces estrechos en la sicología y en la técnica, siendo al mismo tiempo un proceso lógico y dialéctico en forma complejo.

La prueba penal está caracterizada tanto por su gran desenvolvimiento y transformación, como por su unión vital y esencial con el hombre y la sociedad, con factores psicológicos, sociológicos, económicos y políticos que le dan mucha significación al acontecer humano.

Pero considero que no sólo basta la lógica para apreciar la prueba, porque podría ocurrir que se concluyera en -

(18) "Las Miserias del Proceso Penal". Ediciones Europa América 1959. Pág.17.

un juicio erróneo alejado de la realidad, como lo afirma Florián (19) en materia penal: "En el campo de las pruebas penales no hay que juzgar simples relaciones jurídicas, sino una materia viva, saturada de realidad, vibrante de pasión, pues en él se manifiesta la poliédrica alma del hombre en sus infinitas variaciones y en el palpitar de su vida multiforme".

Por consiguiente, el Juez Penal debe hacer uso de las ciencias especializadas como la psiquiatría, antropología criminal, la psicología, sociología, etc., y las demás ciencias auxiliares conocidas del derecho penal; y además se deben emplear métodos técnico-prácticos de investigación en forma directa para la comprobación de los elementos materiales del delito, el descubrimiento e identificación de los delincuentes, etc. Sólo con un desarrollo así se podría palpar más la realidad en nuestro medio, pues la prueba penal es única, independiente y de mayor magnitud que la prueba civil.

D) Los elementos de la prueba penal.

Comprende tres elementos:

1) El objeto, o sea el tema por probar o probarse y puede ser una cosa, una circunstancia cualquiera que debe materializarse y relacionarse con el proceso. Por ejemplo: el arma con que se cometió el delito, la forma de ataque hecho por el imputado a la víctima, etc.

(19) Ob.cit. Tomo I. Pág.9.

2) El órgano, que no es más que otra cosa que la persona física que proporciona o facilita al proceso el verdadero conocimiento del objeto de prueba; por ejemplo: un testigo presencial, la confesión del imputado, etc.

3) El medio de prueba, o sea los medios probatorios creados por la ley, procedimientos procesales penales que garantizan eficazmente el descubrimiento de la verdad del hecho que se investiga en el proceso y de los cuales utiliza el juzgador para su percepción propia o razonamiento. Por ejemplo: la inspección ocular, documentos, indicios o presunciones, etc.

Es de notarse que estos tres elementos, al realizarse o concretarse la prueba en el proceso, realmente no los podemos separar porque están íntimamente relacionados, pues considero que al hacerlo puede dar lugar a confusiones o errores, no obteniéndose por ello la certeza de la prueba.

CAPITULO II

EL OBJETO DE LA PRUEBA PENAL

- A) Los Hechos.
- B) Los Hechos Notorios.
- C) Los Hechos Imposibles o Inverosímiles.
- D) Los Hechos Impertinentes.
- E) Los Hechos Controvertidos.

El tema o lo que se debe de probar, la cosa, circunstancia o acontecimientos necesarios para su conocimiento en un proceso penal y en el cual debe constar en forma completa, para no dejar lugar a vacíos o lagunas que invocaren incertidumbre en el ánimo del juzgador, consideramos, que es el verdadero objeto de la prueba penal. Pasaremos a analizar el panorama en que tratamos este tema.

A) Los hechos.

Debemos afirmar categóricamente que en el proceso penal sólo son los hechos objeto o materia de prueba, pues el derecho está ya preestablecido y confirmado por el principio: "nullum crimen, nullum poena; sine lege"; no hay crimen ni pena sin ley previa. En nuestra legislación proce

sal penal estos principios de legalidad del proceso y de la condena están estampados en los Arts.2 y 3 del Código Procesal Penal, que expresan: "Art.2.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al delito o falta que se impute, ante Juez competente instituido con anterioridad por la ley y observando la plenitud de las formas de cada procesoc"; Art.3.- Nadie será condenado a sanción penal alguna sin haber sido oído y juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código o de leyes especiales en su caso, ni podrá ser privado del derecho inviolable de defensa".

Por otra parte, hay que considerar que el acto jurídico no es objeto de prueba en el delito, pero sí el hecho - con el cual se intenta o se aspira realizar el supuesto acto jurídico, pero sometido este último a las reglas del proceso civil para su configuración.

En materia penal el concepto de hecho enmarca dos aspectos: el físico o exterior donde se materializa la acción humana y el psíquico o interno referente al dolo o a la culpa. Pero nos preguntamos: ¿qué es un hecho en materia de prueba penal?

Al respecto, conforme a Carnelutti (1): "un hecho es un trozo de la historia; y la historia es el camino que re

(1) Cita de Gustavo H.Rodríguez R. Obra citada, Tomo I, Págs.84 y 85.

correr, desde el nacimiento hasta la muerte, los hombres y la humanidad. Un trozo de camino pues, pero de camino que se ha hecho, no del camino que se puede hacer. Saber si un hecho ha ocurrido quiere decir, volver atrás. Este volver atrás es lo que se llama hacer la historia... Con esto de peor: el delito es un trozo de camino del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas... Las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer, o mejor aún para reconstruir la historia".

Pero ahora con respecto a la acción psíquica, dolo o culpa, sólo pueden conocerse mediante actos externos. Para obtener la prueba del dolo deben recogerse o juntarse medios que demuestren todos los factores que lo componen, sin menoscabo que se trata de un fenómeno subjetivo que se exterioriza, es un proceso integrado a su vez por una intención, una voluntad y un fin u objetivo perseguido, pero con la enmienda que la intención es lo característico; pero no es todo lo que forma el dolo, ésta es el efecto que se propone realizar el agente, matar, herir, apoderarse, etc., la voluntad es la actitud o actividad por medio de la cual la intención se hace patente exteriormente: apuntar con un revólver, amenazar con un machete, y el fin u objetivo perseguido especialmente por el infractor: matar para robar, o

para saciar una venganza, etc...Pero tampoco en materia penal, no hay que menospreciar el móvil, que es el motivo que fija en realizar determinada acción, como razón predominante que impulsa a la voluntad a cometer el delito, por lo que hay una gran adherencia o vinculación entre el móvil y la intención, pues la prueba que afectare al primero revelaría la existencia del segundo. Lo que viene a demostrar que el móvil no es un elemento diferente del dolo, sino su propio factor designado como fin, como objeto específico perseguido por el sujeto activo. Su prueba se hace necesaria para determinar la punibilidad, el grado de penalidad o para atenuar la responsabilidad.

En cuanto a la culpa, debe probarse los factores determinantes, como la imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. Y por último, tanto en el dolo como en la culpa, debe darse asimismo la prueba de la relación de causalidad entre ellos y el acto físico constitutivo de delito.

En nuestra legislación penal, el Art.21 Pn., establece: "Art.21.-Los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión y se reputan como actos voluntarios - salvo prueba en contrario, sin que esta presunción implique culpabilidad". Esta disposición estatuye la prueba del do-

lo, y no lo presume como se consideraba anteriormente en la época clásica. Y en la culpa, así dispone el Art.35 del Código Penal". "Art.35. Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias, sin prever que tal resultado ocurriría o creyendo evitarlo por su propia acción o confiado en el azar. Los delitos culposos sólo son punibles en los casos específicamente determinados en la ley".

B) Los hechos notorios.

En primer lugar la palabra notorio, conforme al Diccionario de la Lengua Española significa: "Público y sabido de todos"; por lo que los hechos notorios son los que se conocen y se saben por todos. De modo que si es así, éstos no serán objeto de prueba, pero como este conocimiento se refiere a un lugar determinado donde han sucedido, a veces ocurre que estos hechos no son conocidos por todos en el lugar donde éstos acontecieron, pues consideramos que en lo penal no solamente se requiere que estos hechos sean conocidos y sabidos por todos de un determinado lugar y que es con lo que se conoce como: "voz pública"; sino que se requiere saber la manera o la forma y circunstancia de la secuencia de estos hechos con la debida certeza en cuanto al producto o productores de estos mismos; pues no se refieren a hechos naturales, sino que a hechos antijurídicos.

Couture aclara, enmarcando la consistencia de la notoriedad de los hechos: 1) No pueden tomarse como un concepto de generalidad; 2) La notoriedad es relativa; 3) No es un conocimiento efectivo o real y 4) No puede interpretarse la notoriedad abarcando el conocimiento por todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar.

Y así concluye: "pueden considerarse hechos notorios aquéllos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento de terminado, en el momento en que ocurre la decisión".(2)

Estimo que la notoriedad por lo tanto, es relativa, no absoluta; no es necesario probarla, pero puede dar lugar a ser objeto de prueba en materia penal

C) Los hechos imposibles o inverosímiles.

Son aquellos hechos que no se pueden realizar y que no son verdaderos porque tampoco pueden tener apariencia de verdad, pues la inverosimilitud surge de una presunta imposibilidad, la cual puede ser: moral, física o lógica.

Jeremías Bentham (3) se refiere a que lo improbable y lo imposible son relativos, y dependen de las condiciones morales, del estado de cultura de cada pueblo y de cada edad

(2) Ob.cit.Págs. 233 a 235.

(3) "Teoría de las pruebas judiciales", citado por Julio Acero" Procedimiento Penal, 4a.Edición, Ed.José M.Lógica JR S.A. Capítulo XXXI. La prueba en general.

y que pretender dar una noción exacta, estable y segura de lo inverosímil es un vano empeño. Opinión que no comparto, porque así por ejemplo, estimo a la luz de la lógica, como imposibilidad, que una cosa puede ser y no ser a un mismo tiempo, que una parte puede ser mayor que el todo, que dos cosas iguales a una tercera no pueden ser iguales entre sí, estas situaciones son imposibilidades metafísicas absolutas y manifiestas.

Por ejemplo, antes del invento del teléfono, radio y la televisión, hablar a larga distancia con una persona, o transportar imágenes por el aire para luego ser reproducidas y vistas a distancia, eran considerados como imposibles; así como modernamente hoy que el hombre llegó a la luna se hubiera considerado como un hecho imposible, y no lo era.

Fácilmente es posible imaginarse cosas de imposibilidad física, por ejemplo: que un perro hable, que un hombre conciba y dé a luz, hechos de los cuales jamás podrán ser probados o desmentidos.

Ahora bien, lo probable o lo improbable de un hecho puede servir para sostener un argumento de carácter supletorio para darle fuerza de convicción a elementos favorables que se posean y tratar de adecuarlos a una conclusión. Pero la posibilidad o la imposibilidad confirman o rechazan en

forma absoluta cualquier clase de prueba. Así por ejemplo, que un testigo, relatara bajo juramento, que supo el nombre del imputado porque el occiso se lo comunicó en un sueño; se rechazará de inmediato semejante testimonio.

Concluyo que los hechos imposibles o inverosímiles en relación a la moral, la física o a la luz de los principios lógicos, no pueden ser objeto de prueba.

D) Los hechos impertinentes.

Son aquellos hechos que carecen de propósito para ser conocidos, que no llevarán a ninguna conclusión con lo que se quiere o se desea concluir ya sea un argumento, teoría o una investigación que necesita de demostraciones; o que aceptándolo como pertinente, es decir, pertenecientes o apropiados al objeto por probarse o como convenientes al propósito de probarlos, puede ocurrir que no se llega a su resultado probatorio querido, al haberlos tomado así. Por esto es necesario distinguir la pertinencia y admisibilidad de la prueba. Y así ha distinguido Couture (4): "Prueba pertinente es aquélla que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquélla que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración"... "En

(4) Ob.cit.Pág.238.

cambio, de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla".

Considero que en cuanto a los hechos impertinentes, es el Juez el que decidirá en última instancia, considerarlos inapropiados y darles el carácter de tales, aún cuando el medio probatorio estuviese admitido o regulado por la ley, no obstante que admita o tome esos hechos para demostración, sino que es necesario de su convicción personal que sean pertinentes y eficaces como objeto de prueba, y por lo tanto tiene libertad de acción para tomar una determinación al respecto. Así en nuestra legislación procesal penal tenemos el Art. 154, al realizar la inspección, si lo creyere necesario procedería a recibirles declaraciones a las personas o vecinos que encontrare en el lugar inspeccionado, el Art.158, podrá omitir la inspección, en los delitos que por su naturaleza no dejan señales o efectuarlo solamente para dejar constancia de la, o no existencia de vecinos inmediatos; el Art. 163 podrá ordenar la aclaración o ampliación del reconocimiento del cadáver cuando lo estimare confuso o diminuto; el Art.164, si para probar el

cuerpo del delito o la delincuencia fuere necesaria y "pertinente" la exhumación de un cadáver etc....

E) Los hechos controvertidos.

En materia procesal penal, doctrinariamente, se han sostenido tres situaciones: 1) Que el hecho siempre ha de ser controvertido; 2) Aún siendo incontrovertido, éste puede ser objeto de prueba; y 3) no es necesario que el hecho esté controvertido. En cuanto a la primera situación, es controvertido un hecho cuando una de las partes en el proceso afirma como cierto un hecho, y la otra, no lo acepta, ya sea aunque éstos puedan existir o no. Y por lo tanto se exige que sea plenamente comprobado: el cuerpo del delito, la imputación y la imputabilidad.

Los hechos incontrovertidos son aquéllos que no se pueden controvertir, es decir, indiscutibles o incontrastables, que no pueden rebatirse. Estos pueden ser objeto de prueba, porque el Juez no está obligado a atenerse a lo que se da por afirmado o demostrado por las partes en el proceso, sino que tiene la facultad propia de comprobar libremente por sí mismo todo hecho que le parezca sospechoso o dudoso.

Y en cuanto a la última situación que considera la no controversión de los hechos, se debe a que en el proceso penal existe un mayor o supremo interés público y aquellos acuerdos realizados por los sujetos procesales privadamen-

te, éstos por sí mismos, no pueden tener efectos como tales; y por otra parte no hay una controversia propiamente, porque no hay parte como se toma tal concepto en lo civil: Al respecto Pina y Larrañaga afirman: "es parte todo aquél que pide o contra el cual se pide en juicio una declaración de derecho" (5).

Lo que existe en realidad son personas que intervienen dentro del proceso como partes o no, pero con miras en un interés público y no sustancialmente privado, porque sólo hay un interés público en que principalmente se persigue - encontrar la verdad real de los hechos admitidos o afirmados por estas personas, los cuales el Juez oficiosamente está obligado a comprobarlos o investigar otros, y en donde se puede suscitar una controversia o discusión o debate de éstos. O sea que sostengo que en la prueba de carácter penal, no es de su esencia controvertir los hechos, sino que descubrirlos, comprobarlos o si éstos forman parte o son - la verdad o certeza de lo acontecido en la forma que inicialmente éstos fueron conocidos o dados a conocer al investigador o al Juez.

(5) "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga. Sexta Edición. Ed. Porrúa S.A. México. 1963, Pág. 222.

CAPITULO III

LA CARGA DE LA PRUEBA

- A) Concepto de Carga de la Prueba.
- B) El Problema de la Carga Probatoria en Materia Penal.
- C) Determinación sobre la Existencia de la Carga Probatoria en Materia Penal.

La palabra carga, se deriva del latín "ONUS", que - significa peso. Por eso al decirse carga de la prueba se refiere a aquél que tiene el peso de ella, que debe desprenderse de él; o sea, debe probar la afirmación de un hecho.

A) Concepto de Carga de la Prueba.

Este es un concepto derivado del Derecho Romano, en donde se sostuvo el principio: "ONUS PROBANDI INCUBIT ACTORI" (el peso de la prueba le corresponde al actor).

Y así se ha afirmado: "La carga de la prueba (ONUS PROBANDI)" representa el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al Juez, para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas".(1)

Ahora bien, en cuanto a su naturaleza jurídica, que -

(1) De Pina y Larrañaga. Ob.cit.Pág.255.

doctrinariamente es discutida, resaltan las siguientes consideraciones:

- 1) Como una obligación impuesta a los litigantes;
- 2) Como un interés de cada litigante;
- 3) Es un deber jurídico de la parte; y
- 4) Es una necesidad.

B) El Problema de la Carga Probatoria en Materia Penal.

La carga de la prueba está adherida al concepto de parte procesal y acción, o sea que se personaliza; va dirigida hacia un sujeto que con su actividad procesal hace surgir la prueba. En esta actividad en materia penal se plantea el problema, cómo distribuirse dentro del mismo ese obstáculo o gravamen o a quién directamente le corresponde sobre llevarlo o si se hace necesario repartirlo entre las partes -- que intervienen en el proceso.

Por otra parte, se le ha llamado carga de la certeza (2) o carga objetiva de la certeza para diferenciarla de la carga subjetiva de las partes, en donde es el principio de disposición el que tiene mayor ingerencia como así ocurre en el proceso civil; pues en el penal lo es el inquisitivo, pues si el Juez no está convencido de la existencia de los hechos debe considerarlos por no probados y él mismo puede acudir a establecer la verdadera realidad de los

(2) Diccionario de Derecho Procesal Civil: Eduardo Pallares, 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1963, Pág. 127.

mismos con su propia actividad o notando la imposibilidad - de ello, resolver en definitiva como no concordes con la realidad.

Leo Rosemberg (3) sostiene: "Pero claro está, la importancia de la carga de la certeza se manifiesta más evidentemente en los procedimientos en que rige la máxima inquisitiva porque a causa del deber de averiguar que incumbe al tribunal no se impone a las partes la carga de actividad probatoria alguna, y por otro lado, no se puede prescindir de norma relativa al caso en que no se aclare un hecho importante".

El ejemplo típico que se expone en materia procesal penal, es cuando el imputado al confesar un delito, alega a su favor haber cometido el hecho en legítima defensa y es aquí en donde se plantea el problema ya dicho; si es a éste a quien le corresponde probar esa legítima defensa o es esencialmente al Juez, que con mayor vehemencia deberá alegar los elementos de convicción para estimarla o no en definitiva, todo esto aunque por supuesto, cuando no hubiere otra clase de prueba que la contraríen.

C) Determinación sobre la existencia de la Carga Probatoria en Materia Penal.

Algunos autores sostienen la existencia de la carga -

(3) "La Carga de la Prueba". Citado por Pallares.

probatoria en el proceso penal, entre ellos están: el italiano Vincenzo Manzini (4) y el soviético Andrei Vishinski (5).

El primero acepta esa existencia pero con ciertas limitaciones, en el sentido que ésta se puede dar cuando el Juez es inactivo, cuando no quiera tomar esa iniciativa en buscar la prueba, porque la carga de la prueba es de la incumbencia del que acusa, siendo al mismo tiempo un principio lógico, una afirmación de sentido común, más que una regla de derecho, con la limitación de que la acusación no debe de desestimarse cuando el acusador no suministre la prueba plena, ni que ésta debe ser en forma exclusiva suministrada por aquél.

El segundo manifiesta que el deber de probar la veracidad de la acusación recae en el Fiscal y que el procesado no está libre de esta obligación con respecto a los puntos o elementos de defensa que alegare a su favor. Para este autor rige el principio general: "actori incumbit onus probandi, o actori incumbit probatio" (la prueba incumbe al autor de la tesis que requiere ser probada).

(4) Citado por Gustavo Humberto Rodríguez. Ob.cit.Tomo I, Pág. 133.

(5) "La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético". Citado por Gustavo Humberto Rodríguez idem.

Pero por otro lado, hay autores que sostienen que no existe como institución la carga probatoria en el proceso penal; opinión que comparto, y que ésta es exclusiva del proceso civil por las siguientes razones:

1) El concepto de carga probatoria está adherida al de acción, y en materia penal la acción es pública; sólo por vía de excepción, cuando la ley lo estipula requiere petición de parte.

2) Sólo hay un interés público que está por encima del privado.

3) Por la naturaleza del proceso penal que es inquisitivo u oficioso, las partes no pueden suspender o terminar a su arbitrio como en el civil.

4) Porque ninguna de las personas que intervienen en el proceso penal tienen la obligación de probar, con excepción del Juez instructor.

5) Porque en el proceso penal la búsqueda de la verdad material, histórica o real, le corresponde al Estado como el titular de la acción penal que está obligado por necesidad a establecer tanto el delito como al delincuente o la inocencia del procesado.

Al respecto, así entre nosotros claramente se puede ver que en el Art.1 del Código Procesal Penal, se ha dispuesto en su primer inciso: "Art 1. El juicio penal tendrá

por objeto establecer la existencia de una infracción penal, averiguar quién o quiénes la cometieron y sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes".

Por lo expuesto, concluyo, que la carga probatoria en el proceso penal moderno no existe tal como se ha comprendido este concepto en materia civil y es en donde tiene su origen; pues en materia penal es al Estado al que le incumbe como una imperiosa necesidad, descubrir y sancionar a los verdaderos culpables de una infracción penal y evitar asimismo cometer errores judiciales al imponer sanciones a inocentes, convirtiéndose así garante de los intereses de la sociedad.

CAPITULO IV

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

- A) Evolución Histórica.
- B) La Recepción de la prueba:
 - En la Instrucción y en el Plenario;
 - En Segunda Instancia y caso especial en el Recurso de Casación.

La institución jurídica de la prueba ha tenido un desarrollo histórico sangriento de acuerdo con las tendencias filosóficas y políticas, de la estructura de la sociedad existente en cada etapa o estadio histórico y los sistemas procesales vigentes, así como la evolución del mismo derecho penal; ya que en éste como en el procesal penal, va en marcado el principal problema del ser y de la libertad humana.

La historia de la humanidad se ha concretizado por una tremenda pugna entre la autoridad y la libertad o entre el Estado y el ciudadano; pugna que ha tenido más vivencia en la prueba del proceso penal, una lucha por su publicidad, ser objetiva, imparcial. Así fué que llegándose hasta el liberalismo con la Revolución Francesa, llegó a alcanzar su verdadera publicidad en el proceso; pero que posterior-

mente por doctrinas políticas adversas, la prueba se hizo autoritaria como ocurrió en Alemania e Italia en tiempos del facismo, repercutiendo también en España hasta llegar actualmente a Rusia, quien basándose en la dictadura del proletariado para suprimir las clases sociales como las que originan la desigualdad y la opresión, la prueba pierde esa libertad y publicidad de lo que debe ser su esencia.

A) Evolución Histórica.

En el asiento de la civilización, como algunos han considerado que fué en Grecia, la prueba estaba vinculada a la filosofía, se partía de la llamada: "Teoría de los signos", o sean señales, huellas, vestigios, etc. lo que hoy conocemos como indicios. Filósofos como Aristóteles influyeron para darle a la prueba una posición central en el discurso retórico en la teoría de la argumentación, señalándose además observaciones de tipo psicológicas. Así se consideraba como verdadera prueba el entimema que corresponde a la retórica del Silogismo, así como el ejemplo lo es de la Inducción. Se conocieron otros medios de prueba, además de los testigos, la documental y el juramento.

En el sistema procesal griego, o más exactamente ateniense, sólo tenía aplicación para los ciudadanos libres. Existía la acción penal pública para la mayoría de los de-

litos y se establecía el jurado. El debate probatorio era público y oral; pero la tortura como medio de prueba era muy frecuente. El proceso era acusativo.

En la época romana se destacó ya el empleo de las pruebas como verdadera argumentación lógica al crearse el foro romano, donde Cicerón con sus discursos retóricos le dio gran importancia e impulsó su desarrollo. Se conoció el reconocimiento judicial, la prueba indiciaria y se le dio gran importancia al juramento. El proceso romano era sumario: "La cognitio", y no ofrecía garantías al imputado en cuanto a la iniciativa y prácticas probatorias, pues era secreto. Después surgió el sistema llamado "acusativo", que imitó al griego.

Luego con los germanos, al asimilar éstos la civilización greco-latina, modificaron el sentido de la prueba en el proceso, dándole más matices ritualistas y formalistas, y considerando a la prueba dentro del proceso no como una contienda entre las partes; sino que tratándose de disolver las disputas en forma pacífica, pero aplicando procedimientos intimidatorios e inhumanos y dándosele a la prueba valor no por la convicción del Juez; sino por la divinidad, conociéndose los medios de prueba llamados: "los juicios de Dios", las ordalías: prueba de fuego, hierro can-

dente, agua hirviente o fría, el duelo judicial, el juramento con sacramentarios o conjuradores que declaraban sobre la honradez y religiosidad o afirmaban por tener ciertos hechos de aquél que juraba o de lo que las partes afirmaban. El proceso germano pues, se caracterizó por la violencia y excesivo ritualismo; era oral, público y contradictorio. La confesión era el medio de prueba indiscutible.

Pero luego surge en la Edad Media la filosofía feudalista que lleva sus planteamientos a las clases sociales de esa época en el procedimiento penal, formándose una dosimetría en la valoración de los testimonios. La filosofía cristiana, como un verdadero fanatismo, y el derecho canónico que influyen más directamente en el procedimiento probatorio, sobre todo en la confesión y el juramento, destacándose asimismo la oficiosidad de la prueba y sustituyéndose así el formalismo germánico, creándose el "Tribunal de la Santa Inquisición", siendo por esto el proceso en grado sumo inquisitivo, antipopular y antidemocrático, autoritario. Además la prueba es totalmente secreta, no era continua - ni se permitía el juicio contradictorio, destacándose la tortura para encontrar la prueba. La confesión se consideraba como "reina de las pruebas" arrancándose por medio del uso y del abuso de la tortura. El juramento se basaba en la creencia de que la divinidad en forma indirecta, favorecía

al inocente, puesto que el verdadero culpable no intentaría jurar en falso por el temor de que luego le sobrevendría el castigo o la maldición de Dios. Estas pruebas así recogidas por ser formales, exoneraban al Juez de investigar y juzgar los hechos. Aún se aceptaban por creencias supersticiosas la magia, la quiromancia, el maleficio diabólico; lo que trajo como consecuencia el surgimiento de leyendas de brujas y hechizos considerados como contrarios a los dogmas cristianos y a quienes se condenaban a sufrir la pena de la hoguera, la rueda, etc...

Posteriormente, por la mayor influencia del derecho canónico, surge la prueba tasada o tarifaria como sistema, para darle reglas ya preestablecidas al Juez y evitar los abusos y arbitrariedades que se observaban. Se suprimieron las ordalías y se introdujeron los principios lógicos aristotélicos en el proceso por medio de la prueba por presunciones, pero considerándose siempre a la confesión como la principal de las pruebas, la de dos testigos concordantes; el reconocimiento judicial por percepción directa del Juez, la de peritos y la documental como prueba plena para documentos públicos y para los privados como indiciarias.

Surge la Revolución Francesa y es en donde la prueba se democratiza y se le da desenvolvimiento a su aprecia-

ción por medio de la conciencia del juzgador. Se impone el sistema acusatorio, caracterizándose éste por un sistema probatorio oral público, contradictorio y continuo; tanto el acusador como el Tribunal son populares; las pruebas se valoran conforme al sistema de la íntima convicción. El imputado durante el proceso goza de libertad y el Juez actúa como mediador en su desarrollo.

Posteriormente con la concepción individualista o el liberalismo de los Estados Capitalistas modernos, frente al derecho de propiedad, se hizo necesario crear un sistema de pruebas formales en el proceso civil, aplicándose durante un largo tiempo con mayor o menor intensidad al proceso penal. Así surgió el sistema mixto, como intermediario entre el acusatorio y el inquisitivo. Se caracteriza porque divide el proceso penal y a la prueba en dos etapas: 1) la de instrucción o sumario que más o menos destaca los matices del inquisitivo. Es escrito, secreto a veces, y no contradictorio; 2) la del juicio propiamente que es contradictorio, siguiendo los lineamientos generales del acusatorio. Es público, oral y contradictorio; pero en ambas etapas se dan rasgos de los dos sistemas.

En nuestros días, en el proceso penal de tipo occidental, liberal; legislaciones siguen el mixto con mayor o menor influencia del acusativo o del inquisitivo, pues consi-

dero que todo dependerá de la orientación política del Estado correspondiente a cada país.

La dialéctica idealista sacó a luz una nueva concepción dinámica de la prueba penal, y la dialéctica materialista permite analizar hoy el proceso indiciario como un todo, como una unidad de análisis y síntesis.

Como producto de todas esas corrientes y doctrinas filosóficas y políticas, se habla doctrinariamente hoy de tres grandes sistemas probatorios:

1) El Latino, heredado de los sistemas griegos y romanos que conservan la prueba formal, parcialmente, en materia penal y el sistema tarifario en lo civil. La valoración probatoria está recogida por la lógica formal.

2) El Anglosajón, dirigido también por la lógica formal, en el cual la tradición, la costumbre y la jurisprudencia han organizado una especial metodología probatoria que somete a cierto rigor la selección de toda prueba, como aplicación de la economía procesal por su pragmatismo, característica del anglosajón.

3) El Socialista, que se caracteriza por abolir toda tarifa de pruebas, implantando un sistema racional y dialéctico en su apreciación; por la extinción de toda diferencia entre los sistemas probatorios civil y penal, predominando la oralidad sobre la escritura.

En nuestro medio partimos del Código de Procedimientos y de Fórmulas Judiciales (1) elaborado por el Doctor en Cánones y Licenciado en Derecho Don Isidro Menéndez y revisado por el mismo Dr. Menéndez y los Licenciados Ignacio Gómez y Eustaquio Cuéllar.

El 20 de noviembre de 1857 se promulgó como ley de la República dicho Código. Conforme a su exposición de motivos son dignos de mencionarse los siguientes:

"No.1. La legislación que ha regido al Salvador formada por el confuso nacimiento de voluminosos e incoherentes cuerpos de leyes españolas y coloniales y de disposiciones patrias, dictadas sin unidad ni sistema, ha formado en nuestro foro un caos de complicación y oscuridad y ha venido a convertirse en un desordenado arsenal en que se recogen a la ventura armas para la demanda y la excepción, para la acusación y la defensa"

"Los trabajos de la Comisión han tenido por base la legislación vigente y conocida de la Madre Patria, las doctrinas de los civilistas y criminalistas y los principios que ha acreditado la práctica, estudiando en los Códigos de otros pueblos y en algunos de los más célebres expositores todo lo que pudiera servir al objeto que se le encomendó si bien procurando siempre evitar peligrosas innovaciones y ensayos de sistemas legales no adecuados a nuestra índole y circunstancias".

(1) Edición Centenario, publicada en el Diario Oficial No. 219, Tomo 177 del miércoles 20 de noviembre de 1957.

"No.17. En cuanto a la prueba que es la parte más complicada e interesante de los juicios, se define y especifica: se da para probar un término prudente pero no excesivo, reduciéndolo a la mitad del antiguo; y si se trata de testigos ausentes, se amplía el término conforme a la distancia bajo una base fija e inalterable.

La causa debe recibirse a prueba por todo el término de la ley, siguiendo la doctrina del señor Conde de la Cueva; porque así se evitan pesos y costas en prórrogas que no pueden negarse; y bien puede hacerse publicación de consentimiento de las partes, antes que expire todo el término'.

En el No.34, se trata del juicio criminal y se dice que ha sido necesario explicar lo que sea en El Salvador el ordinario, el sumario y el sumarísimo, ocupándose también de los incidentes que ocurren en las causas criminales. Y así se expresa: "Algunos han creído que el juicio criminal ordinario se divide en sumario o informativo y plenario y que el sumario concluye en la confesión del reo. Otros mejor informados distinguen ya el juicio criminal en tres partes: llaman sumario a todo lo que precede a la confesión, forman una subdivisión de las diligencias que median entre la confesión y el plenario y comienzan con el auto de cargo y culpa. En la práctica se obser

va que si el reo se niega a confesar (a lo cual da derecho la Constitución) queda terminado el sumario, como también lo queda si confiesa los cargos; pero si en la confesión descubre nuevos delitos o materias del cuerpo del delito o participantes de éste, hay que ampliar el sumario, cuyas diligencias son siempre reservadas porque no proceden contra nadie todavía en particular".

Los Jueces de Paz lo son de instrucción de las primeras diligencias: deberán instruir las en un término dado y se ha explicado lo que en el sumario debe entenderse por primeras diligencias".

"No.37. En el plenario todo es público y se establece una especie de debate entre las partes, que es de alta importancia para la aclaración de la verdad".

"No.39. El juicio sumario en materia criminal tiene las mismas divisiones que el ordinario: el término de éste es el concedido para evacuar el juicio informativo; pero en el plenario se abrevian los procedimientos, guardándose sólo la mitad de los términos del ordinario".

En la Parte Segunda, como Libro Unico, se trata - "De los Procedimientos Criminales en Primera Instancia" y en la Parte Tercera trata "De Los Procedimientos Civiles y Criminales en Segunda y Tercera Instancia y Recursos Extraordinarios".

La parte Segunda, de Los Procedimientos Criminales en Primera Instancia, que comprende 10 títulos, no hay ninguno dedicado a la prueba. Al respecto se señalan las siguientes disposiciones: El Art.997 expresa: "Juicio Criminal es el que tiene por objeto averiguar los delitos y culpas, sus autores, cómplices, auxiliadores y fautores y encubridores o receptadores, juzgarlos y castigarlos".

El Art. 1005 expresa: "El juicio criminal ordinario y el sumario escrito se dividen en dos partes: juicio de instrucción y juicio plenario.

El sumarísimo sólo comprende juicio de instrucción. Estos son, en el día, los juicios verbales". El Art.1016 regula las primeras diligencias de un sumario, y así comprenden:

1) Procurar al ofendido los auxilios que la autoridad puede y debe suministrarle para su socorro y seguridad;

2) Examinarlo, con juramento o sin él, según fuere el caso, sobre el hecho y sus circunstancias;

3) Extender un acta o diligencia circunstanciada de todas las señales y rastros que en la persona, sitio o casa hayan quedado de resultas del delito, de las armas, instrumentos y cualesquiera otros efectos que hubiesen servido o estuvieren destinados para la perpetración del delito,

El Art.1169, expresaba: "Las deposiciones de testigos y demás diligencias que en una causa criminal proceden a la confesión del reo, constituyen la instrucción 'o juicio sumario o informativo".

El Art.1194: "El juicio de instrucción se terminará - dentro de doce días, salvo la prórroga que concede el Art. 1067" (24 horas más o a las 48 horas que se establecía para la detención de cada seis leguas de distancia, cuando los - testigos fueren vecinos de otro lugar o estuvieren ausentes del lugar en que residiera el Juez).

Pero llama la atención, el Art. 1539 del Título 10, que trata de las "Disposiciones comunes al Juicio Criminal", se refiere al procedimiento en sí y así expresaba: "Por falta de procedimientos especiales en el juicio criminal en cualquier Instancia, se observarán los señalados por este Código para el Juicio Civil".

Y así en la Parte Primera: Procedimientos Civiles en Primera Instancia. El Libro Primero, Título Séptimo, trata de las Pruebas, destacándose las siguientes disposiciones:

"Art.251. Prueba es la averiguación o manifestación - de la verdad de los hechos de la demanda y de la contestación que se hace ante el Juez". Se establecían los diferentes medios probatorios en doce capítulos que comprenden: de

teniendo cuidado de hacer que dichas señales y rastros no se alteren, borren ni oculten en lo sucesivo;

4) Disponer que los peritos reconozcan el cadáver, reconozcan y curen al herido o inspeccionen las casas o personas en que se cometió el delito y declaren bajo juramento lo conveniente;

5) Recoger y asegurar todos los instrumentos y efectos que se presuman haber servido o estar preparados para la ejecución del delito;

6) Examinar bajo juramento, sobre todo lo relativo a la averiguación del delito y delincuentes a los que por lo pronto puedan declarar sobre ello;

7) Registrar, con arreglo a la ley, la casa o habitación de los procesados, para el descubrimiento de armas, efectos o cosas que contribuyan a la comprobación del cuerpo del delito;

8) Mandar detener y aún reducir a prisión, conforme a la ley, a los que resulten culpables;

9) Proceder al embargo de bienes equivalentes a la responsabilidad pecuniaria; y

10) Practicar, en fin, todas aquellas diligencias que sean conducentes y no permitan dilación, según la naturaleza y circunstancia de los diversos casos.

la prueba literal o de los instrumentos; de los testimonios o traslados y de las copias de las escrituras, de los instrumentos públicos confirmatorios y de reconocimiento; de la prueba testimonial o de testigos; de la información o deposición de testigos; de la tacha de los testigos, de la prueba por peritos, de la prueba por inspección ocular; de la prueba por confesión de parte; de la prueba por juramento; de la prueba por indicios y de la prueba semiplena.

Por otra parte, conforme al Art.446, era necesaria -- la prueba plena y perfecta para resolver en lo civil y en lo criminal. O sea que la prueba civil era igual para la penal sin ninguna variación.

El 12 de enero de 1863 se reformó el Código de Procedimientos Judiciales por los señores Licenciados don Tomás Ayón y don Angel Quiroz, dividiéndose ya en forma independiente uno para asuntos civiles que se llamó Código de Procedimientos Civiles, y otro para asuntos criminales al que se le llamó Código de Instrucción Criminal. Desde este año hasta el actual Código Procesal Penal, se han venido haciendo nuevas ediciones e intercalándose reformas: 1878, 1882, 1893, que contiene las reformas hasta el año 1890, 1904, 1917 con reformas decretadas hasta el año de 1916, 1926, 1947 y la de 1967. Por falta de tiempo y fuentes de

consulta no hemos podido ver la evolución de la prueba en lo criminal en esos años, así como las modificaciones que se hubieren realizado en aquellas reformas que se mencionan; no obstante conforme al Código de Instrucción Criminal del año de 1926, en el Título XXI que trata de las pruebas en materia criminal se admitían las siguientes: la confesión del reo, tanto judicial como extrajudicial; la testimonial; pero en cuanto a la habilidad o inhabilidad de los testigos, su número y manera de procedencia en pro y en contra se atendía a lo dispuesto para el procedimiento civil, con la excepción para tachas en las que el testigo tachable hacía fe para los delitos cometidos en el campo, en las cárceles, en las casas de juego y en las tabernas, a falta de testigos que no fueren tachables, como también en los de violación, estupro y raptó, con excepción de los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil y afines del segundo del ofensor o del ofendido, el enemigo capital de cualquiera de éstos y el ebrio; y nunca jamás uno contra otro los autores, cómplices y encubridores del mismo delito o falta.

Se admitían testigos singulares, por lo menos tres que depusieran de tres actos diversos, cuando el delito o falta se podría repetir muchas veces como la embriaguez, el juego, el adulterio y otros semejantes.

La instrumental se regula conforme a lo dispuesto - en el Código de Procedimientos Civiles de esa época. La inspección personal, la de presunciones y el informe de peritos. Como se comprende, la prueba penal en su evolución, poco a poco se fué desprendiendo de lo civil, tanto en el procedimiento como sentando reglas propias para su admisibilidad.

B) La recepción de la prueba en la Instrucción, en el Plenario, en Segunda Instancia y caso especial en el Recurso de Casación.

Recepción indica acción de recibir o admisión en un cargo u oficio o corporación o cómo se ingresa a algo.

Referente a la prueba en materia penal es de ver la manera como ingresa ésta o como se recibe o admite en el desarrollo del proceso, ya sea de oficio por el Juez instructor, el Fiscal o acusador particular o defensor, es una actividad tanto técnica como lógica que en forma ordenada y clara se va dilucidando o descubriendo la verdad a través de los medios probatorios admitidos legalmente.

La Instrucción persigue varios objetivos entre los cuales como los ha hecho resaltar Oderigo (2) están:

- 1) Comprobar la existencia de un hecho punible;
- 2) Reunir todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal;

(2) Derecho Procesal Penal. Por Mario A. Oderigo. Segunda Edición actualizada. Depalma, Buenos Aires 1973, Pág. 428.

- 3) Descubrir sus autores, cómplices o encubridores; y
- 4) Practicar las diligencias para la aprehensión de los delincuentes y para asegurar su responsabilidad pecuniaria.

Y entre sus características que vienen a destacar la forma como es que se percibe la prueba para darle vivencia a esos objetivos señalados están.

- 1) Ser relativo y temporariamente secreto;
- 2) Es esencialmente escrito, los actos procesales realizados oralmente se recogen y se conservan en actas;
- 3) No es contradictorio, sino que es preparatorio o de conocimiento, podemos decir para el debate plenario; y
- 4) Es discrecional para el Juez; éste deberá decretar las indicaciones y diligencias que propongan las partes o las que juzgare convenientes para el esclarecimiento de los hechos.

En la fase de instrucción hay que mencionarse también que se desarrolla la actividad probatorio o introductiva así como la verdadera utilización de los objetos y órganos de prueba, esta actividad como lo destaca Florian (3) comprende:

"1) Actividad de obtención de la prueba, se refiere cuando el material probatorio se busca, se investiga, se recoge y se consigna en el proceso;

(3) Eugenio Florian. Ob.cit. Tomo I, Pág. 212.

2) Actividad de aseguramiento de la prueba, que está dirigida a garantizar la posesión y la incolumidad de ciertos objetos de prueba o que intervengan en él determinados órganos de prueba".

La prueba ya considerada en la segunda etapa del proceso penal o Plenario, tiene como objeto principal, la discusión de la prueba recogida en la etapa inicial o sumaria, discusión que se caracteriza por ser contradictoria entre las partes intervinientes en el proceso. Por eso no es considerado de una manera estricta y rigurosa que en esta etapa se reciban pruebas; sino cuando la recibida no haya sido completa, o se haga necesario una complementación de la misma y ésta viene a constituir un derecho para las partes dándoles asimismo la oportunidad de reparar, nivelar o contrabalancear la discrecionalidad técnica concedida al Juez durante la instrucción. Pero también el Juez, si lo considerare necesario, cuando las partes al hacer uso de sus derechos, trataren de darle otro rumbo o descentrar la prueba establecida en la instrucción y recogida por el Juez, éste puede también hacer llegar otras pruebas para confirmar o fortalecer o enderezar y darle solidez a la prueba iniciada en la etapa de instrucción. Este derecho concedido a las partes es bastante amplio, pero está limitado sólo a las ofrecidas por éstas, que -

tengan relación con los puntos o cuestiones planteadas en el proceso y no situaciones ajenas o que carezcan de importancia a las circunstancias que se discuten. En esta etapa plenaria, el Juez siempre manda u ordena abrir a pruebas, por el término ordinario de quince días en nuestra legislación, y extraordinariamente hasta por tres meses de término solicitado dentro de los primeros cinco días de iniciado el ordinario; pero en este último caso, el Juez considerará si esa prueba es necesaria practicarla. Pero de mutuo propio el Juez solamente podrá allegar pruebas en el plenario, en cualquier momento del término ordinario; con el objeto de lograr un mejor esclarecimiento de los hechos, conforme a la prueba recogida en la instrucción del proceso.

Considero que, por ser un derecho de las partes, presentar pruebas en el Plenario, éstas pueden de mutuo acuerdo renunciar al resto del término probatorio decretado por el Juez, con el objeto de acclerar el proceso para lanzarse a la discusión pública del proceso ante el Tribunal del Jurado; y que en nuestro medio muy raras veces se dá. Es de notarse que esta prueba es generalmente pública con "intervención necesaria" de las partes para que ante ellas se realice, y el Juez es obligado a observar esta circunstancia. En la práctica hemos visto que -

muchas veces el Juez hace saber a las partes la hora y día en que se va a verificar o practicar una diligencia probatoria y cuando llega la hora y día señalados para esa diligencia, sucede que una de las partes no comparece a ella y no obstante, la diligencia se lleva a cabo; esto me parece incorrecto, puesto que esa "intervención necesaria", indica que sin la presencia de la contraparte la diligencia no puede llevarse a cabo aunque ésta sepa de antemano el día y hora señalados para su práctica. Considero que se debería imponer algún tipo de sanciones a la parte faltista, salvo que probare un justo impedimento de no haber podido asistir; situación que carece de regulación en nuestro medio.

Excepcionalmente, es a calificación exclusiva del Juez, la recepción o prueba en el Plenario, y en la etapa de Instrucción, ser reservadas las actuaciones para el público y solamente a solicitud de las partes intervinientes que tienen acceso a ellas se darán a conocer; o sea que no es necesaria ya en esta forma la intervención de las partes, ya sea si la reserva fuera parcial o total, por razones de carácter moral, por interés público o por seguridad nacional; esta situación puede continuar en esa reserva, aún al llegar el día de la vista pública de la causa y los debates serán privados, si se mantuvieren las

condiciones que se tomaron en cuenta para esa reserva procesal.

La prueba en Segunda Instancia, procede conforme a las siguientes causas:

1) Cuando se alegare un hecho nuevo de carácter importante y decisivo, ignorado antes de la iniciación del proceso, del recurso o posterior al término probatorio de la Primera Instancia y que puede influir en la sentencia.

2) Cuando no se hubiere practicado la prueba ofrecida por las partes dentro del término probatorio, debido a causas o acontecimientos ajenos a su voluntad.

3) Para probar hechos que propuestos en la primera instancia hubieren sido denegados indebidamente por el Juez.

4) Para examinar testigos que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no lo fueran en primera instancia, por enfermedad o ausencia de éstos o algún motivo independiente de las partes intervinientes.

5) Cuando habiéndose admitido la prueba propuesta en Primera Instancia y habiéndose mandado practicar en tiempo, ésta no llegare oportunamente al conocimiento del Juez.

6) Cuando se pidiere la compulsión de algún instrumento o se presentare prueba documental.

7) Cuando se alegaren nuevas excepciones, probarlas o reforzarlas con documentos los hechos alegados en Primera Instancia.

8) Cuando se promovieren los siguientes incidentes: a) de falsedad, de escrituras, presentadas por la parte contraria; b) la verificación de escrituras que hubiesen sido negadas o desconocidas por la parte contraria; y c) las tachas de testigos presentados en Segunda Instancia.

9) Cuando se alegare nulidad del veredicto del Jurado, por ser alguno de los jurados incapaz de conocer; por haberse obtenido en la formación del veredicto uno o más votos por cohecho, intimidación o violencia; y por haber formado parte del jurado personas no comprendidas en la lista parcial respectiva.

La forma como se recibe la prueba en Segunda Instancia es la misma que para la Primera, salvo las excepciones siguientes:

1) Cuando debe recibirse fuera del local que ocupa el Tribunal, se podrá comisionar a un Juez de Primera Instancia, y cuando se recibiere fuera de la ciudad donde tiene su asiento el Tribunal, se hará mediante provisión u orden a un Juez de Primera Instancia pertinente o que correspondiere.

2) Cuando se tratare de declaración de testigos, por establecer la nulidad del veredicto del Jurado ésta sólo podrá recibirse y admitirse en la sala de audiencias por cualquiera de los Magistrados del Tribunal de Segunda Instancia.

3) Cuando se presentare prueba documental.

En el Recurso de Casación en materia penal, que en nuestra legislación procesal, ya forma parte de un capítulo especial integrado al Código Procesal Penal, constituye un verdadero medicamento profiláctico, podremos decir, contra las sentencias y autos interlocutorios definitivos pronunciados por los Tribunales de Segunda Instancia o por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los delitos cuya pena oscila entre un mínimo de 3 años de prisión y un exceso de esos tres años, atendiendo a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación e interpretación de la ley penal y sus doctrinas, evitando la introducción de abusos e injusticias y olvidos del Derecho. Es por ello que en el Art.586, inciso segundo del Código Procesal Penal, en vías de excepción, se admite en el Recurso de Casación, la presentación de la prueba documental pertinente, y aún de oficio, cuando estuviere extinguida la responsabilidad penal.

Para el caso podemos decir por ejemplo, cuando se alegare la existencia de excepciones perentorias de cosa juzgada, prescripción de la acción penal o de la pena, de amnistía o indulto; situaciones que sin tener a la vista los documentos respectivos no se podrían establecer estas circunstancias. Es de notar por otra parte que la Casación

Civil no permite la presentación o la admisión de la prueba documental; lo que hace resaltar que más que adecuada interpretación y aplicación correcta de la ley, la Casación Penal persigue la proyección y cristalización de los valores justicia y libertad en sus grados máximos, haciéndose destacar por consiguiente, una proyección más humana y real - del Derecho Procesal Penal Moderno.

- 30 -

CAPITULO V

LA APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

- A) La Apreciación y Valoración Legal.
- B) Las Normas de la Sana Crítica.
- C) Juicio Prudencial del Juez.
 - Prudente Arbitrio del Juez.
 - Arbitrio Judicial.

A) La Apreciación y Valoración Legal.

La apreciación de la prueba en el proceso penal, se refiere sobre todo, a examinar la prueba recabada en la investigación de un hecho punible y su resultado final a través de los distintos medios probatorios establecidos legalmente para la determinación del cuerpo del delito y la delincuencia del imputado. Es un examen u oscultación realizado por el Juez, no ya en cuanto a la existencia, procedencia, etc., de la prueba; sino que determina si esa prueba recabada dentro del proceso, es suficiente para darle validez o no; y así el Juez poder lograr su convicción para resolver con seguridad, ya sea sobreeseyendo, sentenciando, condenando o absolviendo al imputado; o si la prueba recogida sea nuevamente valorada por un Tribunal Popular.

Couture, (1) al referirse al concepto de valoración de la prueba manifiesta: "Se trata de señalar con la mayor exactitud posible como gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el magistrado debe expedir".

Pero considero que es necesario determinar, si apreciación y valoración de la prueba tendrán un igual o diferente significado, vocablo que emplea nuestra legislación procesal penal.

Primeramente, desde un punto de vista gramatical o semántico, los vocablos de apreciación o valoración, conforme el Diccionario de la Lengua Española, apreciar significa: "Poner precio o tasa a las cosas vendibles" y se agregan otros conceptos tales como: "Reconocer y estimar el mérito de las personas o de las cosas". "Tratándose de la magnitud, intensidad o grado de las cosas y sus cualidades, reducir a cálculo o medidas, percibir debidamente". Valorar significa: "Señalar a una cosa el valor correspondiente a su estimación, ponerle precio. Aumentar el valor de una cosa".

Por lo expuesto notamos a simple vista que ambos vocablos, gramaticalmente, pueden ser usados en forma -

(1) Obra Cit. Página 257.

equivalente como sinónimos. Pero desde un aspecto puramente jurídico y en relación con las pruebas, deberá de considerarse la realidad del Derecho mismo en el sentido como se manifiesta en el que-hacer humano. El tratadista Luis Recasens Siches (2) al referirse a la realidad del Derecho, expresa: "porque el Derecho, en el sentido propio y genuino de esta palabra y por tanto de este concepto, es una obra humana, es un producto de cultura y por ende es histórico, de forma normativa y con vigencia dada por el poder público, obra humana que aspira a realizar en la vida social determinados valores. Consiguientemente, el Derecho pone tres dimensiones: hecho, norma y valor. Pero esas tres dimensiones no se dan como tres objetos yuxtapuestos; sino que por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados de modo indisoluble y recíproco".

Podemos estimar, en base a esos señalamientos, que apreciación y valoración desde el punto de vista jurídico, se entrelazan al proyectarse a las pruebas dentro del proceso penal, ya que se trata de establecer hechos, normas y valores; pero el vocablo apreciación en su aplicación, abarca un marco más amplio y se refiere al resultado final del proceso; y valoración es aún más

(2) "Tratado General de Filosofía del Derecho". 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1961, Páginas 160 y 161.

restringida su visión, hay una estrechez de acción, y va dirigida directamente no al resultado final del proceso, sino principalmente a la actividad interna del proceso en relación con los distintos medios probatorios que se van presentando o apreciando en su desarrollo con los requisitos mínimos señalados previamente en la ley, para que cada uno de ellos sean valorados por el Juez instructor, no en forma arbitraria, sino que tomando en cuenta esos requisitos obligatoriamente y sin relacionarlos con otros medios probatorios, por consiguiente podemos afirmar que es una valoración legal primicia de la prueba recogida. - Ahora bien, la apreciación de la prueba va dirigida como ya lo afirmamos, al resultado de todo el proceso donde el Juez analiza, relaciona todos los medios probatorios para determinar si existe la debida coordinación o concordancia de todos ellos.

El Juez ve primero los hechos, los normativiza, es decir los proyecta a las normas jurídicas; luego los valora y así aprecia el todo en su conjunto. Así se dispone claramente en el Código Procesal Penal, en el Art.488: "Las pruebas sobre delincuencia serán apreciadas según - las reglas de la sana crítica, utilizando un sistema racional de deducciones que guarden concordancia con las - demás pruebas del proceso, con facultad de fijar, en cada

caso, los hechos que deben tenerse por establecidos, mediante el examen y valoración de los mismos, cualquiera que sea su número y entidad".

Considero que apreciación de la prueba es pues, la valoración que realiza el Juez sobre los distintos medios probatorios recabados en el proceso en relación con los requisitos legales, oscilando entre el mínimo arbitrio de la valoración puramente legal a la libertad de apreciación y equilibrándose con la sana crítica.

Valoración legal de la prueba es la estimación realizada directamente por el Juez o Tribunal cuando tenga simplemente que resolver, sin menoscabo de los requisitos y formalidades señaladas previamente en la ley al presentarse una circunstancia o situación jurídica dentro del proceso.

B) Las Normas de la Sana Crítica.

Desde un aspecto histórico se sabe que la Sana Crítica, tiene como antecedentes la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año de 1855. Pero como lo ha señalado Couture en su opúsculo, (3) estas palabras fueron usadas mucho tiempo antes que la citada Ley; pero este autor no nos dice la época remota en que fueron empleadas o si no lo fueron como hoy en día las conocemos, y solamente nos

(3) "Las Reglas de la Sana Crítica en la apreciación de la prueba testimonial". Revista de Jurisprudencia. Uruguay. Tomo XXXVIII, Página 270.

señala una disposición reglamentaria de tipo administrativa, contenida en el Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado Español, en el cual se preceptúa - que la prueba de testigos sería apreciada "según las reglas de la sana crítica".

En otro opúsculo del Dr. José Miguel Díaz Sol h., (4) nos amplía un poco más estos antecedentes históricos y sostiene que: "no vaya a creerse que la sana crítica nace con la legislación española del siglo XIX". Considera que mucho tiempo atrás, como en el Derecho romano y el canónico, se daban también reglas que el Juez tenía que aplicar a las declaraciones de testigos que hubieren presentado las partes contendientes en un juicio, las cuales fueron tomadas por la legislación española. No se sabe a ciencia cierta, y hasta el mismo Couture lo da a entender en el referido opúsculo, quién fue el autor de la sana crítica para valorar la prueba.

Por otra parte, el Dr. Díaz Sol h., hace destacar antes de esa disposición española reglamentaria de tipo administrativo que cita Couture, existieron otras como la disposición de tipo hacendario, según Decreto del 20 de junio de 1852, aplicada a los indicios, datos y comprobantes que eran examinados por "Reglas Ordinarias de la

(4) "Revista del Círculo de Abogados Salvadoreños. Carta Forense, Tomo II #9, Pág.18".

Crítica Racional". Lo mismo señala en la Ley provisional para la aplicación del Código Procesal Penal, dirigidas ya directamente al examen probatorio, pero ya graduado - el valor de éstas y atendiendo también a razones o evidencias de carácter moral.

Concluyendo, me atrevo a opinar, que la sana crítica tiene sus orígenes desde que el hombre tuvo conciencia de sus relaciones jurídicas y de los valores, virtudes y experiencias de la vida; sistema que ha venido desarrollándose hasta descubrirse y registrarse en nuestros días.

En nuestra legislación procesal penal se introdujo inicialmente, pero aplicada solamente a la prueba documental, por medio del Decreto Legislativo No.145 del 19 de septiembre de 1962, publicado en el Diario Oficial del 21 del mismo mes y año, regulado en el Art.410 inciso segundo del antiguo Código de Instrucción Criminal - que expresaba: "La apreciación de la prueba documental se hará 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 personas a que corresponden".

Pero analizando los considerandos de ese Decreto, nos llama la atención el último de ellos que dispuso - "Que con el fin de sistematizar la legislación penal, es

concerniente que las disposiciones legales sobre el control de tales actividades, sean incorporadas al Código Penal y las disposiciones adjetivas que las regule, lo sean al Código de Instrucción Criminal". Ese mismo Decreto creó un nuevo tipo de delitos, las llamadas: "Actividades Anárquicas o contrarias a la Democracia", por lo cual fue agregada la Sección 4a. al Título III al antiguo Código de Instrucción Criminal que trataba de "Los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público". Conforme a ese considerando, se deslumbra que la intención de la instrucción de la sana crítica en nuestro medio, aplicado sólo a ese medio probatorio, fueron motivos o razones de carácter político que el legislador perseguía en aquella época, y por lo tanto no se podía cumplir la verdadera finalidad que se persigue con la sana crítica y aún más, se cometieron arbitrariedades y errores en su aplicación al juzgar a los infractores de esas disposiciones, debido a que no existía la verdadera armonía en cuanto a la valoración con otros medios probatorios ya establecidos. Al respecto ya lo había señalado el mismo Couture, desde el año de 1940 en el citado opúsculo, que la sana crítica no impide que se pueda aplicar para juzgar a otros medios de prueba.

Pero dispone que más bien y en forma peculiar, es -- más apropiada su aplicación a la prueba testimonial. Y -- para formar o construir el concepto de sana crítica, señala que ésta es al mismo tiempo, ciencia y experiencia porque no se pueden dejar de tomar en cuenta los principios de carácter lógico ya conocidos, como el principio de identidad, el tercer excluyente, de contradicción y -- de falta de razón suficiente; ni tampoco las reglas empíricas o máximas de experiencia como las han llamado otros autores. Recalcándose que los principios lógicos son inmutables y universales, agregamos nosotros, y las máximas de experiencia varían o cambian con relación al tiempo y al espacio. Y conceptúa a la sana crítica expresando que: "son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia". En su obra póstuma, define a la sana crítica como: "La unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar -- esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".(5)

(5) Obra Citada. Página 271.

Se comprende por lo analizado y definido por este connotado autor, que existe en la sana crítica un perfecto encadenamiento entre la lógica y las máximas de experiencia; y por ese entrelazamiento es que la sana crítica es un sistema de valoración de la prueba, pues la palabra sistema tal como la define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es "un conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazadas entre sí".

En el Derecho Procesal Penal, desde un punto de vista doctrinario, se consideran tres sistemas de valoración de la prueba: 1) Sistema, mal llamado de la prueba legal o tasado o llamado por otros autores de tarifa legal; 2) Sistema de prueba libre o llamado también de libre convicción, íntima convicción o de conciencia, de robustez moral o llamado también "principio de verdad sabida y buena fe guardada", sobre esta última denominación nosotros lo tenemos aplicado en el Art.48, numeral 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia cuando destituye del cargo a los Jueces de Paz; y 3) El Sistema de la Sana Crítica ya comentada.

Pero dentro del Proceso Penal consideramos que como verdaderos sistemas en el sentido indicado del vocablo, de valoración de la prueba, son adecuados el de íntima -

convicción, no sólo aplicable al Tribunal del Jurado, sino a un supremo órgano jurisdiccional como lo es la Corte Suprema de Justicia que hemos señalado y el de la sana crítica. Porque el mal llamado Sistema de la prueba legal o tasada, o tarifa legal, es un sistema ya anticuado que no tiene cabida en el proceso penal moderno porque en éste existe una jerarquización de preferencias de pruebas; hay una graduación de preferencias previamente estipuladas por la ley de los medios probatorios y que todavía se aplica entre nosotros en el proceso civil. La ley penal al señalar los requisitos mínimos o formalidades que el funcionario judicial no debe de desestimar, dichos requisitos son establecidos por la admisibilidad y producción del medio probatorio que se presentare durante la secuencia del proceso, y no hay apreciación porque de lo contrario se estaría valorando o prejuzgando una conducta humana sin haberse apreciado en forma completa y agotada toda la depuración del mismo en una forma racional a que está obligado a observar el funcionario judicial, para que se presenten otros medios probatorios o se aprecien en su conjunto, y lograr así un verdadero, razonable y certero juzgamiento para la aplicación debida del derecho a dictar el fallo; por lo que concluyo, que únicamente hay una simple valoración legal, prescrita por la ley, -

pero sin constituir un verdadero sistema, tal como lo comprendemos, y no hay escala o preferencias de medios probatorios ni orden que debe respetarse en cada uno de ellos como si existe todavía en la prueba civil entre nosotros.

Pero hay que notar que hemos llamado Normas de la Sana Crítica, ya que el Código Procesal Penal indistintamente hace uso de estas palabras, así por ejemplo se refieren a reglas el Art. 488 que trata de la manera como debe apreciarse la prueba, el Art. 496 que regula la confesión extrajudicial; el Art. 589 a la admisibilidad del recurso de Casación por motivos de fondo; y como normas: los Arts. 491 que regula la prueba instrumental; el Art. 492, la pericial; el Art. 493 sobre la indivisibilidad de la confesión y el Art. 498 la testimonial. ¿Cuál es su verdadera denominación?

Primeramente se hace necesario fijar el concepto de norma y regla, pues en el lenguaje corriente se toman a veces como sinónimos y en la legislación nuestra así han sido tomados estos términos.

El vocablo norma conforme a García Maynez (6) expresa que la palabra suele usarse en dos sentidos: uno amplio, que se aplica a toda regla de conducta o comportamiento - obligatorio o no; y otro estricto, que se refiere a impo-

(6) "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A. Décima Edición revisada, 1961, página 4.

ner deberes o conferir derechos. Y concreta: "a las que -
tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades, les damos el nombre de normas. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas".
O sea que las primeras que son obligatorias son verdaderas normas jurídicas; y las segundas simplemente reglas de conducta, que en un momento dado, pueden ser obligatorias si tienen por fundamento o base una norma judicial, por ejemplo la declaración de un contrato. Ahora bien, la sana crítica es un sistema de valoración de probanzas que se ha preceptuado en una norma jurídica que obliga al Juez a aplicar dicho sistema, cuando se presentare el caso determinado o concreto para su aplicación o valoración, es en ese momento cuando al ser aplicadas formando un sistema, son consideradas como verdaderas normas de observación obligatoria, pero no son normas jurídicas, no se pueden señalar previamente los principios que la contienen, concluyéndose que son normas de sana crítica que está obligado a observar y aplicar el Juez y no reglas porque esos principios no se pueden desestimar. Couture (7) lo ha hecho notar, que dado el caso cuando un Juez al pronunciar sentencia, apreciare la prueba de testigos de acuerdo a su libre

(7) Obra citada, Página 281.

convicción y no conforme a la sana crítica, considera que hay una violación a una norma jurídica que obliga al Juez a aplicar la sana crítica a las deposiciones testificales y así estima que al impugnarse el fallo mediante un recurso de Casación, éste sería admisible. Pero lo más correcto, considero, es simplemente usar el vocablo de "sana crítica" sin otro apelativo o agregados para evitar confusiones o inadecuadas interpretaciones.

Por lo apuntado anteriormente, sostengo asimismo esa posición, en lo que Florián,(8) al referirse al procedimiento probatorio en general, precisamente al hacer una diferencia entre el sistema de la prueba legal o método como él lo llama y el método de la libertad de la prueba, incluyéndose como ya lo expusimos, el de sana crítica e íntima convicción, y así dispone: "los criterios de la prueba legal se dirigían a limitar el poder del Juez, a sustituir el legislador al Juez, y, por consiguiente, a señalarle al Juez el camino en forma minuciosa y hasta el último detalle; en síntesis, la credibilidad era pesada y medida por la ley, no por el Juez. No obstante, ser el Juez amo y señor del proceso, la ley intervenía para amonestarlo, para establecer un control previo, para fijarle el camino para, maniatarlo. Los criterios del método moderno de libertad

(8) Tomo I, Página 260. De Las Pruebas Penales.

consisten esencialmente en preconstituir con el procedimiento probatorio una garantía para las partes frente al Juez y también entre sí, y en crear a un mismo tiempo requisitos externos que les den seriedad y confianza a los medios de prueba. Por esta razón el embarazoso y grotesco formalismo, saturado de prolijos y minuciosos detalles, propio de las pruebas legales, ha venido desapareciendo y a su turno el procedimiento probatorio tiende ya a centrarse en esquemas fundamentales, ágiles, seguros y eficaces para el fin que persigue..." "Más no hay que negar que vestigios de formalismo todavía entorpecen en distintos momentos el proceso y hasta puede decirse que influye hasta demasiado en él; pero la aspiración de la ciencia procesal penal se manifiesta claramente en el sentido de que el procedimiento probatorio depende de apriorísticas minuciosidades y detalles, debe contar una estructura dirigida realmente a conseguir los fines sustanciales del proceso, una estructura que permita la más eficaz ejecución de la prueba con el mínimo de formalismo.

Si bien es cierto que esta reglamentación formal no debe ser agresiva y excesiva, ni debe obstaculizar o entorpecer la investigación y el esclarecimiento de la verdad, ello significa que puede ser eliminada del todo, como que aquí está en juego la libertad individual y ello -

constituye una garantía para las partes. De esto dimana el principio fundamental de que en el proceso sólo debe tenerse en cuenta los medios de prueba aducidos y obtenidos con las formalidades procedimentales, es decir, que estas formalidades son un requisito de su credibilidad".

C) Juicio Prudencial del Juez. Prudente Arbitrio del Juez y Arbitrio Judicial.

Juicio Prudencial del Juez.

Debemos de partir por señalar el origen semántico de estos vocablos, para luego especificar acertadamente el uso correcto de éstos en los que expresamente están colocados en nuestra legislación penal.

Así tenemos, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, de la palabra "juicio" se dan cuatro acepciones: 1) Facultad del alma en cuya virtud el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso; 2) Operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y terminar sus relaciones (acepción lógica); 3) Estado de la sana razón, como opuesto a la locura o delirio; y 4) Opinión, parecer o dictamen.

De estas cuatro acepciones la que se adecúa más a lo jurídico es la última de ella, y nos basamos para sostener

ésto, en lo que se dispone en el Diccionario jurídico de Manuel Ossorio, (9) cuando dice que juicio: "en zona jurídica ya forense y que abarca a defensores, Ministerio Público y juzgadores, juicio es la opinión o parecer, idea, dictamen acerca de algo o de alguien".

Ahora bien, de "Prudencia", conforme al Glosario Español mencionado, nos dá tres acepciones: 1) Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello; 2) Templanza, moderación; y 3) Discernimiento, buen juicio.

De estas tres acepciones, las que tomamos para darle su aplicación a lo jurídico, como lo vamos exponiendo, las más adecuadas son las dos últimas, porque asimismo, "templanza" es "una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en moderar los apetitos y el uso excesivo de los sentidos, sujetándolos a la razón".

Así, expuestos los anteriores vocablos, podemos expresar que: Juicio Prudencial del Juez es: la facultad que expresamente le otorga la ley al funcionario judicial, para emitir una opinión o dictamen con mayor libertad de lo indicado previamente por ella, en un caso concreto, con moderación de su vehemencia de justicia y sometiéndola al mismo tiempo a la razón.

(9) Obra: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edit. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. Pág.402.

En nuestra legislación penal consideramos expresamente señalados, casos de juicios prudenciales, los siguientes: en el Código Penal: el Art.57, que trata de los casos en los cuales se exceptúa la reincidencia del delito, precisamente el numeral cuatro al señalar motivos determinantes del nuevo delito. El Art.61, en cada caso se determinará la cuantía del día, multa, tomando en cuenta las condiciones personales y la situación económica del imputado; el Art.75, en lo referente en el caso de concurso - ideal de delitos, al tener éstos la máxima pena, se determinará el delito que merezca mayor pena, aumentando en una tercera parte; el Art.91, cuando el imputado no cumple alguna de las obligaciones impuestas al concedérsele el beneficio de la suspensión condicional de la pena; el Art.115, cuando cesan de cumplirse, previo dictamen facultativo, las medidas de internación por no ser ya peligroso el condenado; el Art.230, numerales primero y segundo, - cuando el imputado pague los alimentos debidos o diere suficientes garantías para su cumplimiento futuro, o cuando hubiere razón justificada en beneficio del menor, del que ejerce la sustracción o inducción de fuga de un menor de 16 años de la casa paterna, tutores o del que lo tuviere a su cuidado o se retuviere a éste contra su voluntad; el Art.302, cuando la cantidad de tenencia legítima de dro-

gas enervantes, presume su comerciabilidad lo mismo para - semillas, hojas, plantas, sustancias o productos estupefacientes o alucinógenos; el Art.509, al que no justificare la tenencia de llaves alteradas o falsas, u otros instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras o fuere por esto sospechoso.

En el Código Procesal Penal tenemos las siguientes - disposiciones: el Art.63, referente a los certificados o atestados para ejercer el cargo de defensor; el Art.66, cuando el defensor nombrado de oficio, no acepte el cargo por excusa razonable que manifiesta o comprueba; el Art.96, cuando el Juez retrasa, demora o interrumpe la práctica de una diligencia sin dañar la administración de justicia; el Art.97, cuando las actuaciones jurídicas de las primeras diligencias del proceso fueren reservadas; el Art.98, cuando la persona que declara, redacte o dicte su declaración; el Art.138, la prueba pericial realizada por los órganos auxiliares; el Art.173, en lo relativo para establecer preexistencia y falta de las cosas, en los delitos de hurto y robo, cuáles son las personas que declararán para tal efecto; el Art.200, la limitación a lo necesario de la cita de testigos; el Art.206, cuando se le toma declaración a una persona en su domicilio por imposibilidad física u otro motivo razonable para no poder

concurrir al Tribunal; el Art.210, cuando el testigo se identifica con otro documento distinto de la Cédula de Identidad Personal, ya sea para el caso, con carnet de estudiante o de minoridad, tarjeta del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Licencia para manejar vehículos automotores, etc., o pasaporte o tarjeta migratoria de Turismo o de residente temporal, si fuere extranjero; el Art.214, cuando un testigo incurre en falso testimonio atendiendo a sus condiciones personales y los términos de su declaración; el Art.218, en lo referente a la admisibilidad de las preguntas hechas por las partes en el acta de confrontación y careo de testigos; el Art.227 a la forma cuando rinden el dictamen los peritos, ya en forma escrita o por oficio firmado y sellado, el Juez podrá hacer que éstos lo ratifiquen ante él; el Art.251, dado el caso que el Juez deniegue la excarcelación del imputado en los delitos de hurto, robo o estafa; si anteriormente hubiere sido procesado por cualquiera de ellos o pudiere ser declarado delincuente profesional conforme al Art.112 del Código Procesal Penal, por cometer sucesivas infracciones aún no juzgado por ellas, y además si se estableciere judicialmente que su personalidad y modo de vida se deduzca la tendencia de vivir de los efectos o productos del delito; el Art.272, cuando los bienes embargados estuvieren expuestos

a deterioro o corrupción...; el Art.340, referente a la identificación de los jurados, realizados por el Juez de la vista pública por cualquier medio diferente a la Cédula de Identidad Personal o en el caso especial que el nombre del jurado, tal como aparece en la lista parcial, no concordare con el que aparece en dicha Cédula de Identidad; el Art.342, en caso de que hubiesen varios acusadores y defensores, en la recusación de jurados y los intereses de los reos fueren contrapuestos, la restricción de poder recusar un jurado sin expresión de causa y cuatro con expresión de ello, sólo se observará para los defensores con interese comunes; el Art. 356, al limitar el tiempo de los alegatos verbales en la vista pública, tres horas en la primera intervención y dos horas en la segunda, habiendo pluralidad de defensores y acusadores y cuando los intereses fueren contrapuestos si por un mismo delito se procesare a varios imputados o a varios imputados por distintos delitos, la limitación señalada, será regida para cada uno de los acusadores o defensores; el Art.375, cuando la Corte Suprema de Justicia cambia la radicación de la causa del Tribunal de origen a otro distinto por estimar que el imputado no será juzgado con la imparcialidad debida por el jurado del lugar en donde estuviere radicado el proceso...; el Art.467, cuando el Juez notare

al recibirle la indagatoria al imputado o se lo manifestare alguna de las partes con fundamento razonable o el encargado del centro penal donde estuviere recluido, que presenta síntomas de enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o desarrollo psíquico retardado, podrá ordenar un examen por medio de un perito psiquiatra para determinar si estos síntomas son anteriores o posteriores al delito; el Art.497, en la prueba testimonial, referente a las seis condiciones y circunstancias de capacidad necesaria, imparcialidad, susceptibilidad de apreciación por los sentidos, claridad, precisión, coherencia y explicación circunstanciada de los hechos; así como la oportunidad de la declaración; el Art.504 del numeral tercero, literal c, cualquiera de los hechos que consigna el numeral segundo, referente a los delitos de defraudación a la economía pública, en los seis casos especiales cuando legalmente se presume la culpabilidad y en relación con los delitos de estafa especial que regala el Art.243 del Código Procesal Penal; el Art.700, cuando el Juez ordena trasladar al procesado a otro establecimiento penal, por la gravedad del delito, la inseguridad del establecimiento u otro motivo razonable o conveniente; y el Art.701, cuando el Juez otorga la autorización al imputado, estando éste enfermo, para que sea atendido en una clinica, consultorio o institución particular.

Prudente Arbitrio del Juez.

Continuando con la base ya expuesta, el Diccionario de la Real Academia Española, nos dice que "Prudente es: "el que tiene prudencia y obra con circunspección y recato". Considerárase pues, que es ante todo en ese obrar, lo que hace resaltar el verdadero significado de la palabra que la hace más concreta; porque no sólo bastará que se tenga prudencia, es necesario la circunspección que requiere: atención, cordura, seriedad, gravedad y respeto; y el recato, cautela, reserva, que son otras acepciones que señala ese tesoro. Y asimismo, "arbitrio", es "la facultad que tenemos de adoptar una resolución con preferencia a otras".

Ahora podemos formar el concepto de Prudente Arbitrio del Juez y estimar que es la facultad que con gran atención y cautela, adopta un funcionario judicial atendiendo a la seriedad y gravedad de decidir una determinada resolución con preferencia a otras ya señaladas previamente por la ley.

En el Código Procesal Penal, a nuestro criterio, expresamente tenemos indicados casos de prudente arbitrio, y así el Art.88, cuando se deniega eficacia al perdón otorgado para extinguir la acción penal en los delitos de violación impropia, estupro, acceso carnal por seducción por renuncia del ofendido mediante perdón expreso del ofendido o en su

caso de su representante legal; el Art.158, cuando el delito fuere por su naturaleza de los que no dejan señales, podrá el Juez omitir la inspección o practicarla, para el efecto de constatar la existencia de vecinos inmediatos u otros elementos probatorios; el Art. 238, en el reconocimiento - por medio de fotografías, el Juez podrá admitir fotografías de cualquiera otra clase, diferente a las que estuvieren adheridas a documentos oficiales, con tal que no tuviere dudas de su autenticidad; el Art. 343, cuando alguna de las partes promueve la recusación del jurado con expresión de causa, podrá el Juez admitir la prueba que se manifiesta poder aportar en el caso, en el escrito que se presente, o tomarle sólo juramento al jurado sobre la existencia o inexistencia de la causal; el Art.360, en lo referente a resolver un incidente no de carácter jurídico que ocurriere en la celebración de la vista pública, podrá el Juez someterlo a la decisión del Tribunal del Jurado para que éste decida o suspenda los debates si no se resuelven en el acto, hasta un tiempo máximo de cinco horas; el Art.640, se refiere al caso de aquel condenado que gozare de suspensión condicional de la pena, y éste probare que no le fue posible cumplir con las obligaciones señaladas con respecto a la responsabilidad civil o la forma de pago establecida, dentro del plazo fijado previamente por el Juez; éste podrá

concederle por una sola vez, prórroga del plazo no más de seis meses o variar la forma de pago; y por último el Art. 196, que señala la expresión o "juicio prudencial", consideramos que se trata de un verdadero prudente arbitrio, porque se refiere este último al caso de que el imputado en su indagatoria manifestare ser menor de 16 años, el Juez viendo su desarrollo físico y demás características personales, podrá ordenar: a) entregarlo a sus padres o encargados; b) remitirlo en depósito a un centro de menores; y c) remitirlo a la cárcel municipal del lugar.

Arbitrio Judicial.

Siempre sin desprendernos del Diccionario de la Real Academia Española, nos define lo que se comprende por arbitrio del Juez o Judicial, y así expresa: "Facultad que se deja a los Jueces para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza". Pero para dar un concepto de naturaleza jurídica, adoptamos el que nos expresa Eduardo Pallares, aunque es de carácter civil, se acopla al aspecto penal y así expresa en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, que es "la facultad de que gozan los Jueces o Magistrados para apreciar, según las reglas de la sana crítica determinadas pruebas y también la de fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia sin atenerse al rigor del derecho escrito".

En nuestra legislación podemos citar amén de muchas otras, las siguientes disposiciones, el Art.42 del Código Penal, que regula las circunstancias agravantes de responsabilidad penal, la agravante de irrespeto personal, se apreciará discrecionalmente por el Juez, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y modo de las relaciones entre uno y otro. En el Código Procesal Penal, tenemos: el Art.204 en el caso de que el testigo se presente espontáneamente, sin ser éste o no citado previamente para recibirle su declaración por el Juez, y consideramos que el término juicio prudencial está mal empleado en esta disposición, conforme el arbitrio judicial, el Juez goza de mucha mayor libertad que el prudente arbitrio, pero sin menoscabar lo dispuesto por el Art.210, así también para el caso; el Art.208, cuando el Juez considera examinar al testigo en el lugar en que han ocurrido los hechos; y el Art.378, cuando el Juez al reo presente le nombró un defensor de oficio, dándole a éste el tiempo necesario para que conozca el proceso o proceda a suspender la vista pública; etc.

CAPÍTULO VI

LOS MEDIOS DE PRUEBA PENAL

A) Concepto.

B) Clasificación.

A) Concepto.

Cada autor de Derecho Procesal, da su concepto de medios de prueba; pero entre la gran variedad de ellos. para nosotros sobresalen los siguientes:

De Florián (1): "Es la operación en virtud de la cual se verifican el tacto directo o indirecto entre el Juez, juntamente con los demás sujetos procesales y el objeto de prueba".

Para Lessona (2): "todo medio que puede alcanzar la finalidad de dar al Juez la certeza de la existencia o inexistencia de un hecho".

Para Couture (3): "son métodos y procedimientos de averiguación (en lo penal) y de comprobación (en lo civil)".

(1) Obra Citada. Pág. 129, Tomo I.

(2) Cita de Enrique Ramos Mejía, "Estudios de Derecho Penal". Edit. Idea. Victoria 108. Buenos Aires 1947.

(3) Obra citada. Página 63. Edit. Depalma. 1958. Buenos Aires.

Para Clariá Olmedo (4): "es el método o procedimiento por el cual llegan al ánimo del juzgador los elementos probatorios productores de un conocimiento cierto o probable acerca del objeto procesal, o sea, del acontecimiento criminoso enjuiciado. Es el nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento a adquirirse sobre él por el juzgador".

Ahora bien, sostengo por mi parte, que los medios de prueba penal son los canales por donde los procedimientos ya establecidos por la ley o por el ingenio del investigador, conducen o dan convicción y certeza de un hecho determinado, tanto al juzgador como a las partes.

B) Clasificación.

En primer lugar dejemos por sentado que en materia penal no hay jerarquías entre los distintos medios de prueba; en cuanto al desenvolvimiento de cada proceso, pues - depende conforme a la naturaleza y características o matices del hecho a investigarse, que puedan dar lugar a surgir con prioridad unos medios probatorios de otros.

Se dice que la primera clasificación de los medios probatorios fue hecha por Aristóteles, y así los consideraba: a) naturales o inartificiales, que son los que se fundan en la evidencia material; ejemplos: testimonios,

(4) Cita de Gustavo H. Rodríguez. Obra Citada. Tomo II, Pág. 53.

documentos, etc.; b) artificiales o circunstanciadas, que son las creadas por la lógica, pertenecen al raciocinio, por ejemplo: indicios y presunciones.

Modernamente se han hecho varias clasificaciones partiendo de diferentes puntos de vista, y así tenemos:

- 1) Según su naturaleza: a) pruebas y presunciones; b) directas e indirectas.
- 2) Según su valor legal: a) perfectas; b) imperfectas.
- 3) Según su cantidad y autonomía: a) simples; b) compuestas.
- 4) Según su objeto: a) acusatorias o de cargo; b) absolutorias o de descargo.
- 5) Según su origen: a) inmediatas u originarias; b) mediatas o derivadas.
- 6) Según su radio de acción: a) genéricas; b) específicas.
- 7) Según el sistema probatorio: a) formales, tasada; b) b) esenciales o reales o racionales.
- 8) Según la época: a) preconstituidas o prejudiciales; b) causales.
- 9) Según su fuente: a) personales; b) reales.
- 10) Según su finalidad: a) positivas; b) negativas.
- 11) Según su importancia: a) principales; b) supletorias; y c) concurrentes.

El denominador común de la clasificación de los medios de prueba penal considero, que radica, en la existencia de una relación estrecha o no, con respecto al medio probatorio y al Juez, conforme va conociendo éste en la secuencia del proceso de los distintos medios probatorios; ya sea adquiriendo ese conocimiento del objeto de prueba o lo que hay que probarse, por sí mismo, o directamente sin el auxilio de otras personas e indirectamente cuando los medios de prueba llegan a su conocimiento por medio de otras personas distintas que han conocido o percibido ese objeto antes o sin el auxilio de éste.

Partiendo de ese dominador común es que Couture (5) da una clasificación de los medios probatorios, a la cual me adhiero, haciendo destacar una supremacía lógica y pedagógica, partiendo de la percepción y observación directa e inmediata del Juez, luego para pasar por la representación o falta de aquella percepción y por último para llegar a la deducción, de hechos conocidos inferir desconocidos.

Se presenta esa clasificación en la siguiente forma:

- 1) Por percepción: inspección judicial.
- 2) Por representación: a) mediante cosas: documentos; b) mediante relatos; a cargo de las partes: juramento y confesión; a cargo de terceros: testigos.
- 3) Por deducción: a) a cargo del Juez: presunción; b) a cargo de terceros: examen pericial.

(5) Opúsculo. Obra citada. Página 271.

CAPITULO VII

LA PRUEBA POR INSPECCION.SU VALORACION Y APLICACION. PRACTICA.

- A) Concepto de Inspección Ocular.
- B) Inspección o Reconocimiento Judicial.
- C) El Conocimiento personal del Juez.
- D) La Inspección de lugares, cosas y personas.
Planimetría Judicial. Precauciones.
- E) La Reconstrucción de los Hechos.

A) Concepto de Inspección Ocular.

Para algunos autores de Derecho Procesal Penal, como el alemán Mittermaier (1) es: "un procedimiento de experimentación personal, por cuyo medio se entera el Juez de la existencia de ciertas circunstancias decisivas, cuya descripción consigna en los autos después de examinarlas".

Para el italiano Florián (2) es: "el acto procesal mediante el cual el Juez observa, aprehende y percibe en - cualquier forma y por sí mismo determinado objeto sensible (persona u objeto material) o determinadas características de ese objeto".

Como se comprende, para estos autores la prueba por inspección ocular, es experimentación, descripción y -

(1) "Tratado de la Prueba en Materia Penal".Pág.127.

(2) Obra Citada. Tomo II. Página 466.

observación activa del Juez. De modo que un funcionario judicial carente del sentido de la vista o con deficiencias, no es idóneo para la práctica de esta clase de prueba, por eso se le ha llamado ocular; aunque esto no implique que por medio de otros sentidos se puedan percibir, ya sean sonidos, olores, palpaciones, etc....

En nuestra legislación procesal penal la inspección es esencialmente descripción del lugar donde se ha perpetrado un delito, conforme al Art. 151 del Código Procesal Penal; pero se ha notado en nuestro medio que tal descripción, no se hace a veces en forma detallada, por lo que generalmente se acude a solicitar una reinspección o una ampliación de ella y que muchas veces resulta infructuosa por haberse perdido o desaparecido las huellas iniciales a través del tiempo.

Por esta razón sostengo que la inspección ocular, tal como se conceptúa, es considerada desde un marco de visita civilista y no penalista en donde se necesita mayor actividad, energía y dedicación para lograr una buena indagación o comprobación de lo que se tuvo conocimiento antes de llegar al lugar indicado. Considero que la inspección ocular en materia penal, es una comprobación inmediata realizada por el Juez, haciendo uso de sus propios sentidos para constatar en forma detallada hechos relacionados con el delito

y tratar de evitar la alteración o desaparición de sus huellas o señales. Pero estimase que esto es considerado en forma restringida, pues como se verá en el siguiente apartado, la inspección en materia penal es muy amplia en el proceso penal moderno.

En lo civil el objeto de la inspección ocular es más limitado, ya que el proceso civil está destinado de manera exclusiva a la verificación de hechos planteados en la demanda, en la acción y en la excepción, y siendo la sentencia un resultado sobre lo pedido, lógicamente los hechos sobre los cuales versan las pruebas tienen un campo de aplicación más angosto. En donde está la clave, podemos decir, de la eficacia de este medio probatorio es en su debida oportunidad: prontitud, minuciosidad, astucia e inteligencia del Juez instructor. Y como característica esencial tiene sus propias metas que se pueden resumir así:

- a) las relativas a la averiguación del cuerpo del delito;
- b) la indagación de la intención criminosa; c) la responsabilidad y autoría como efectos de la indagación; y d) como confirmación o punto de apoyo de otros medios probatorios, en especial la prueba testimonial.

B) Inspección o Reconocimiento Judicial.

La aproximación que hemos hecho notar en materia de inspección ocular con la civil, se hace más palpable al

hacerse uso de los términos examen y reconocimiento como objeto de esta prueba. Pero diferenciamos que en lo civil, es esencialmente verificación de demostraciones alegadas por las partes, y por esto se le llama "prueba matemática", en tanto que la penal es indagación, investigación de hechos propuestos o no por las partes.

Se podrá decir que significan lo mismo los términos de inspección y reconocimiento, porque implica siempre la actividad del Juez; pero es precisamente que se diferencian en cuanto a la forma de esa actividad con relación a la percepción inmediata, distinguiéndose tres formas principales:

- 1) Por observación directa a la persona o simplemente a la cosa para comprobar su identidad;
- 2) Por observación detenida o meticulosa de la persona para anotar su estado o sus peculiares y más sobresalientes características; y
- 3) Una preparación adecuada de las condiciones para la verificación lógica y material de la verdad de los hechos o las proposiciones sobre las mismas.

Al respecto, Florián (3) refuta el concepto de inspección ocular: "teniendo en cuenta los fines del proceso, resulta ya inadecuado y arbitrariamente restrictiva la noción

(3) Obra citada, Tomo II, página 437.

tradicional alemana de la inspección ocular, tal como se encuentra aún aceptada en los códigos y en la doctrina de los países germanos, en el sentido de que objeto de ello no pueden ser, en definitiva, sino las personas y las cosas".

En el derecho francés, que es un antecedente del derogado Código de Instrucción Criminal, entre nosotros sólo se reducía principalmente a la vista de los lugares y a la comprobación del cuerpo del delito. Por esto concluye el citado autor en su exposición con mayor claridad - en la siguiente forma:

- 1) Objeto de la percepción directa del Juez pueden ser: personas, cosas, lugares o hechos;
- 2) El modo o forma de la percepción se desarrolla así:
 - a) observando al objeto en lo concerniente a su iden tidad. (Reconocimiento);
 - b) observando al objeto en lo atinente a su estado o a sus características. (Inspección en sentido estricto); y
 - c) observando al objeto que se concreta en un hecho, reconstruyendo la manera como ocurrió para verificar su realización, su verosimilitud o simplemente su posibilidad.

Para otros autores el reconccimiento judicial no es un medio de prueba, lo consideran como instructorio o informativo, dirigido a establecer como presupuesto de un

elemento de prueba, y por lo tanto estiman que es un control de prueba.

Considero que este medio de prueba, implicado o enmarcado dentro de la inspección ocular, reúne dos facetas: como medio y como control de las pruebas para reforzar aún más la credibilidad de la prueba misma. Así por ejemplo, en la práctica de nuestros tribunales se ha dado el caso, que los nombres de una persona o personas supuestamente imputadas y ausentes en el proceso, coinciden con el de otra persona por ser éstas homónimas y que muchas veces éstas se ven obligadas a publicar su fotografía en los periódicos declarando no ser la persona imputada a quien se le instruye un informativo penal, en tal Tribunal, y que por los mismos periódicos ha conocido el pueblo. Por esto, es necesario que en el proceso se determine de manera indubitable la identidad de la persona imputada, pues no basta solamente que con que ésta dé su nombre y apellido, porque podría ser éste falso o erróneo, ya que hay personas que poseen o usan varios apellidos, máxime que en nuestro medio no hay ninguna regulación legal del nombre, o manifiestan que lo han confundido con otra, por lo que se hace necesario este reconocimiento y que de manera especial se regula en los Arts. 237 y 727 del Código Procesal Penal.

En los Arts. 233 y 238 del mismo Código se regula el reconocimiento judicial por medio de la persona; pero -

nótese que sólo se refiere al imputado, lo que se hace conveniente extenderlo también a cualquier persona, ya sea testigo, vecino inmediato, perito, etc. Tal como lo contempla la legislación italiana de los napolitanos.(4)

Es oportuno comentar que el Art.238 que trata del reconocimiento fotográfico, estimo que esta disposición regula a un medio más de identificación y no un reconocimiento propiamente dicho, no se dirige a la persona en su integridad física, pues el testigo, lo que hace es identificar la imagen o fotografía que ve, con la persona que él conoce, es decir, hace una comparación de tipo más que todo mental que visual, entre una imagen y una persona - conforme la evocación del recuerdo físico que tenga de aquella y que además depende de la forma o del tiempo en que fue revelada o tomada esa fotografía. Por otra parte, identificar, conforme al diccionario Aristos de la Lengua Española, significa: hacer que dos o más cosas parezcan idénticas; mientras que reconocer, entre sus diversas acepciones, es distinguir de los demás a una persona cuya fisonomía se tenía ya olvidada o confundida. Hay que tomar en cuenta lo afirmado por expertos como Ottolenghi (5): "que si la luz cae en pleno rostro, al tomar una fotografía destruye las prominencias de éste, desapareciendo -

(4) Véase Florián, obra citada, Tomo II. Página 454.

(5) "Tratado de policía científica".Cita de Altavilla.Sicología Judicial.5a.Edición. Tomo I, página 451.Ediñ. Temis, Bogotá 1974.

las arrugas, se ahondan las órbitas, deprime los pómulos, alarga la nariz, reduce los labios, etc., si la luz viene de arriba y da en plena cara, los arcos orbitarios se hacen menos protuberantes, se aminora la nariz; si viene de abajo hacia arriba y da en plena cara, se exagera el mentón, la base de la nariz se ve más grande, así como los pómulos, los globos oculares más grandes y la frente hundida; y por último, la luz que proviene de lado destruye la parte que queda en sombras y lo iluminado se ve más grande, la cara alargada, la mandíbula angosta y el mentón más afilado".

Por otra parte, Gorphe (6) indica: "cuando el recuerdo de la persona es tan vago que la impresión global afectiva no se fija en una imagen clara y precisa, este recuerdo corre el peligro de fijarse en una imagen suministrada por una fotografía que parecía tener relación con ella, pero que no corresponde al individuo..."

El celo de venganza por parte de la víctima llega a veces, como ha ocurrido entre nosotros, a mostrar al testigo una fotografía de las que se exhiben públicamente en los establecimientos o estudios fotográficos o que con anterioridad a su declaración, hubiere aparecido publicada

(6) "La Crítica del Testimonio", citada por Altavilla, idem - Pág. 452.

en periódicos o revistas; pues la preferencia que exige la disposición que "sean aquéllas adheridas a documentos oficiales", da la amplitud que pueda admitirse si el Juez lo considerase, la de cualquier otra clase.

Considero que este procedimiento es injusto y atenta contra las garantías del proceso; o por lo menos deberá de regular la disposición comentada, que se practicará ese tipo de reconocimiento toda vez que la imagen del imputado no haya sido objeto de publicidad o exhibición en los periódicos del país, revistas o centros fotográficos o en cualquier otro medio de comunicación social, para no quitarle la debida pureza al proceso en el recogimiento de las pruebas. Así podemos recordar el caso "Regalado" en donde se hizo una gran exhibición de la imagen de los imputados, hasta el hecho de estampar sus fotografías ampliadas en paredes y postes de la ciudad y posteriormente a esas publicaciones se practicaron reconocimientos fotográficos judicialmente con las mismas poses de las imágenes fotográficas publicadas.

Es necesario regular en nuestro medio el derecho a la imagen; este derecho ya ha sido reconocido en otros países desarrollados como Francia y Estados Unidos. Históricamente como lo hace notar Ruiz y Tomás Pedro (7) el

(7) "Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España. Volumen No.158. Página 74.

derecho a la imagen fue muy discutido en el XXVI Congreso Jurídico Alemán y a pesar de la poca desfavorable disposición de sus miembros, se admitió la necesidad de una tutela contra la arbitraria publicación y difusión de la imagen ajena.

En efecto a merced de la propuesta de Enneccerus, fue aprobada esta cláusula contra la abusiva exposición de las imágenes fotográficas; y por tanto se debe conceder tutela por la ley cuando sean violados intereses dignos de protección, en particular cuando sean lanzadas a la publicidad que sólo los interesados, según las ideas dominantes, tienen la atribución de hacerlas publicar.

El Tribunal del Sena de abril de 1855 dispuso: "no se puede por ningún título, ni bajo ningún pretexto destinar a cualquier género de publicidad los rasgos de una persona y por consiguiente, no puede tampoco exponerse en un Salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o contra la de su familia si aquél ha muerto o está incapacitado o bien contra la del propietario de la reproducción".

Como se comprende se partió desde la época que se hacían los famosos retratos a mano por dibujantes dedicados exclusivamente a esta actividad. Pero ya en 1925 la Corte Suprema de Nueva York dijo: "no se permite usar para reclamo o comercio la fotografía de las personas vivas sin el consentimiento expreso de las mismas".

ser detallada y explicativa de la percepción observada por el Juez; así podrá consignar que es un lugar montañoso, de solado, abrupto, etc.; si el terreno es plano o enzacatado, pedregoso o polvoso, etc.; así como si hay suficiente visibilidad del o al lugar donde ocurrieron los hechos; si es despejado de obstáculos, etc., o sea que el Juez pinta con palabras el color y dimensiones del lugar y todo lo consigna detalladamente en el acta con toda la minuciosidad posible conforme a la capacidad de percepción de éste.

Nótese que el Art.369 del Código de Procedimientos Civiles, al regular este medio probatorio, exige por un lado en cuanto a la descripción del lugar reconocido: "el estado" del mismo, se refiere a explicar con claridad el estado del lugar en cuanto al tiempo transcurrido, de como fue señalado al interponerse la demanda y a la petición hecha por la parte para la práctica de la diligencia, y agrega por otro lado: "las observaciones de los interesados", situaciones que no se exigen en la inspección de carácter penal, pues en cuanto al tiempo, ésta se practicará inmediatamente. Ya lo estipula así el Art.156 del Código Procesal Penal, y no es necesario que se asienten o consignen las observaciones de los interesados, como serían el defensor del presunto imputado o el representante del Ministerio Público.

En cuanto a las cosas, si éstas son halladas, se detallará el estado de las mismas y sus circunstancias esenciales de las que tengan relación con el delito investigado; pero si estas cosas consistieren en instrumentos, armas y efectos, tal sería una cápsula de un proyectil, un pañuelo ensangrentado, una colilla de cigarrillo, etc.; éstas deberán ser recogidas y conservadas como elementos de prueba.

Las personas son también objeto de observación en sus condiciones físicas externas, la clase y color de su vestimenta o alguna característica especial que pueda dar lugar a que se puedan tomar como datos de las personas que se encontraren en el lugar del hecho para lograr así una futura identificación o al mismo imputado en cuanto a sus condiciones anímicas o señales de violencia que presentare, desgarró de sus vestidos, etc....; o determinar por el sentido del olfato haber ingerido una bebida embriagante o un tóxico, etc.; asimismo de parte del ofendido u occiso es muy importante esta observación, ya que puede darse el caso, más frecuentemente en delitos de homicidio o lesiones; y prácticamente en forma continua se da en los tribunales alejados a la capital, cuando el Juez de Paz ha hecho constar en el acta de inspección de terminada lesión al inspeccionar el cadáver; y los peritos,

no médicos, la hayan dejado pasar inadvertidamente o no la hubieren descrito, o porque a veces ésta no sea de tanta gravedad y sólo les interesa las que creen es causa directa de la muerte, o porque el Juez ya la haya mencionado en el acta.

Una situación diferente es cuando el Juez registra a las personas, a esto se le llama "requisa" en el lugar donde practica la inspección, y que está sujeta a una pura presunción judicial para llevarla a cabo si lo estima necesario para recoger y conservarla como elemento probatorio.

Planimetría Judicial.

Velez Angel (8) señala que la planimetría judicial: "Tiene por objeto estudiar y representar sobre el papel, las características de la superficie del terreno y con signos convencionales, los objetos tanto naturales como artificiales que sobre el mismo se encuentren y puedan ser útiles para presentar una visión clara y sencilla de lo que ha sucedido sobre dicho terreno al cometerse un delito".

El Art.125 del Código Procesal Penal, al referirse a los actos que se ejecutan durante la inspección, dispone que se pueden "levantar planos, trazar croquis,

(8) "Criminalística General" por Angel Velez Angel. Ed. Temis Bogotá, 1971. Página 86.

obtener fotografías"; y esto considero es lo que comprende principalmente la planimetría judicial.

Esta práctica es de gran utilidad en nuestro medio, ya que asimismo sirve de guía o es la canalización para una futura reestructuración logrando mayor claridad de los hechos investigados. En la práctica hemos observado que generalmente se levantan planos hasta en la reconstrucción de los hechos, pero consideramos que para esta reconstrucción debemos primero partir de una base, como lo es un croquis o de ser posible un plano al hacerse - las primeras investigaciones, el levantamiento del cadáver y su traslado elaborándose inicialmente un croquis o un plano, en que se hubiere hecho constar la posición del mismo, los detalles del lugar, etc., o se hubiere marcado o calcado, como sucede en otros países, la figura del cadáver y tomar fotografías; el Juez ya conciente de este plano o de un croquis no se sorprendería al realizar una reconstrucción, que ateniéndose sólo a testigos oculares, aún después de haber transcurrido bastante tiempo, o que éstos estarían influidos por detalles erróneos o por las noticias periodísticas o el rumor popular, o ser éstos sobornados o prevenidos por los interesados; daría como resultado a reconstruir en el teatro del delito una escena totalmente distinta de la real, lo cual perjudica a sindicados o a inocentes o favoreciera al verdadero culpable.

La referida disposición coloca en tercer lugar, la obtención de fotografías, pues éstas son un complemento al croquis y plano trazado para la mejor comprensión objetiva de éstos, o sea son auxiliares necesarios; pero con la salvedad de que al hacerse uso de ellos deben saberse explicar o interpretar, pues pueden dar lugar a desfigurarse la escena del crimen, ya sea en cuanto a la posición del cadáver y testigos; y esto dependerá del ángulo de visión de como fueron tomadas para apreciarlas. Por lo tanto, tanto el plano levantado por un perito al cual se le denomina "planimetría judicial", como un perito fotógrafo: "fotógrafo judicial", deben acoplarse estrechamente para dar mayor claridad al plano trazado y poder así mismo, ser mejor comprendido cuando las partes intervinientes en una vista pública, lo mostraren ante un Tribunal del Jurado.

En cuanto a la elaboración del plano, se deben de considerar dos partes: 1) el croquis y el plano propiamente dicho; y 2) las circunstancias que se tomaron al elaborarlo; sea: en campo abierto, como en carreteras, potreros, quebradas, montañas, etc., o en campo cerrado, como habitaciones, bodegas, teatros, etc. El croquis viene a ser un dibujo preliminar o provisional, podríamos decir, del lugar donde ocurrieron los hechos, utilizando solamente papel, lápiz y una cinta métrica; se podría hacer

incluso al pulso sin delinearse las líneas trazadas; pues el objetivo del croquis no es más que un diseño rápido o proyecto en representar la forma del lugar y los objetos aunque se dibujen toscamente, pero con las medidas exactas tomadas de éstos y del lugar donde se encontraren, así como el del cadáver para luego después trasladar estos - bosquejos o bocetos al plano propiamente dicho con los instrumentos adecuados y reduciendo las medidas anotadas a la escala que se conviniere. Se nota pues que el perito planimetrísta así como el fotógrafo judicial, aún con la indicación del Juez instructor, aquéllos podrán sugerir qué es lo importante para la investigación y verá cómo y en qué mejor forma deben de trasladarse al papel algunos datos, pues ocurre a veces que son sutiles detalles que sólo un perito considerará importantes, pero que después el Juez puede corroborarlos con otros medios probatorios o indicios que resultaren en la secuencia del proceso.

En cuanto a la elaboración del plano, la moderna investigación criminal aconseja, precisamente en habitaciones, el sistema llamado: "plano de desdoblamiento" por ser más fácil su elaboración y que fue ideado por Kenyeres (9) en el cual se representan todas las partes e

(9) Ob. Cit. Angel Velez Angel. Página 94.

inclusive el techo de una habitación al mismo nivel de su base y en forma de cruz.

Una vez elaborado el plano se debe de proceder a darle su lectura y su análisis, empleando a veces signos convencionales que representan las cosas descritas en el plano con el objeto de hacerlas más sencillas, reducidas y mejor comprensibles.

Para el análisis del plano es lógico que se debe de conocer la escala empleada y la cual se tiene que indicar en el margen del plano, así como los puntos cardinales o rumbos.

En cuanto a las fotografías, éstas deben ser prudencialmente ampliadas y deben de tener la leyenda o "pie de grabado" como se ha venido realizando en la práctica de nuestro medio, de lo que indica la acción fotografiada.

Precauciones.

Al practicarse una inspección judicial, considero que deben tomarse estrictamente las siguientes precauciones:

1) Nunca tocar, cambiar o alterar nada, sino hasta que se hubiere identificado, medido o fotografiado. Porque cuando se ha cambiado de lugar un cadáver u objeto, nunca podrá restaurarse a su posición original exacta.

2) El Juez deberá en todo caso, acompañarse de peritos cuando se requiera de conocimientos especiales y -

siempre también de testigos, para que se controlen las actividades del Juez y exista así la imparcialidad e involuntarios errores de percepción y éstos deberán de autorizar con sus firmas el acta que se levantara.

3) Que en forma simultánea a la percepción se deberá extender la correspondiente acta, todo para lograr así mayor precisión, fidelidad y claridad expresivas; situación ésta que en la práctica de nuestros tribunales no se obsera. Atinadas son las ideas del Dr. Rueda Concha, miembro de la Comisión Redactora del Código Procesal Penal Colombia no (10) al exponer: "Tuve buen cuidado de dejar claramente consignado que el acta debe hacerse simultáneamente con el examen y el reconocimiento, para acabar con la pésima costumbre que hoy existe de redactar dicha acta después de que se ha practicado la inspección, después de verificado el examen y reconocimiento. Sucede que escrita en esta forma, posterior a la inspección, se consigna en el acta un sinnúmero de cosas que no existen, que no se comprobaron y dejan de consignarse otras tantas que sí se observaron, La constancia escrita de cada cosa observada, debe lógicamente realizarse a medida que se observe inmediatamente déspués de observada. No después de que toda la inspección se ha terminado, pues como he dicho, se corre el grave peligro de pasar inadvertidos detalles de gran importancia y

(10) Ob. Cit. Gustavo A. Rodríguez. Tomo I. Páginas 259-260.

le hacer constar detalles que no existen. Procesalmente la fuerza de la inspección ocular radica en que lo que se consigne - por escrito sea simultáneo a lo que se vaya observando".

El Código Procesal Penal salvadoreño, nos quiere dar a entender esta última precaución al referirse en su Art.151, al final: "sin omitir detalle que pueda tener valor tanto para la acusación como para la defensa"; o sea que el Juez instructor deberá ser minucioso y detallista en la inspección y para lograr sus efectos es necesario la simultaneidad a que he hecho alusión. Y hay que hacer notar además, que con la reforma posterior a este artículo, se le agregó con respecto al cuerpo del delito que: "la comprobación de su existencia podrá establecerse por cualquier medio de prueba", lo que se relaciona íntimamente con el Art.158, al referirse que aún cuando - las señales hubieren desaparecido, se justificará el cuerpo del delito por cualquier medio legal de prueba; se resalta - pues, la gran importancia de la inspección para establecer de inmediato el cuerpo del delito.

4) A pesar de que en ninguna disposición del Código Procesal Penal se expresa que el acta deberá ser firmada por el Juez instructor, Secretario, personas asistentes, los testigos y las partes, para darle sello de autenticidad, por principio general, ya que es un documento de carácter público, ésta deberá ser firmada. El Art.369 del Código de Procedimientos Civiles nos señala que será firmada el acta, además del Juez y el Secretario, por los concurrentes que supieren. Se podrá dar el caso, que aunque estos concurrentes supieren - hacerlo, no lo quisieren y por consiguiente el Juez

obligado a manifestarlo, dándose lugar a cometerse posibles arbitrariedades, y para evitarlo se haría necesario que otras personas a su ruego, firmen el acta; pues asimismo también se resguardaría la autenticidad y se evitarían alteraciones en actas que fueren extensas. Por otra parte, es recomendable que cada pliego o folio, sea firmado y rubricado por el Juez al margen, para evitar también así un cambio de folio o modificación en esta clase de actas.

E) La Reconstrucción de los Hechos.

Es una especie de inspección ocular, siendo de este medio probatorio que se deriva su validez. En la inspección ocular se observa desde un inicio, después se describe lo observado; pero resulta a veces que esta observación se requiere que sea verificada, experimentada, comprobada; lo que viene a ser la reconstrucción, una etapa de la operación lógica de indagación, un momento de la comprobación.

Florián (11) estima que: "la reconstrucción judicial, llamada también reconstrucción de hechos, consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo o de circunstancias o episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud".

Pero es oportuno señalar, así como para la inspección, que se deben tomar ciertas precauciones ya que se tiene que desarrollar con mayor efectividad que la inspección ocular, esa acción, es un acontecimiento sujeto a las circunstancias de lugar y tiempo en cuanto sea posible, -

obligado a manifestarlo, dándose lugar a cometerse posibles arbitrariedades, y para evitarlo se haría necesario que otras personas a su ruego, firmen el acta; pues asimismo también se resguardaría la autenticidad y se evitarían alteraciones en actas que fueren extensas. Por otra parte, es recomendable que cada pliego o folio, sea firmado y rubricado por el Juez al margen, para evitar también así un cambio de folio o modificación en esta clase de actas.

E) La Reconstrucción de los Hechos.

Es una especie de inspección ocular, siendo de este medio probatorio que se deriva su validez. En la inspección ocular se observa desde un inicio, después se describe lo observado; pero resulta a veces que esta observación se requiere que sea verificada, experimentada, comprobada; lo que viene a ser la reconstrucción, una etapa de la operación lógica de indagación, un momento de la comprobación.

Florián (11) estima que: "la reconstrucción judicial, llamada también reconstrucción de hechos, consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo o de circunstancias o episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud".

Pero es oportuno señalar, así como para la inspección, que se deben tomar ciertas precauciones ya que se tiene que desarrollar con mayor efectividad que la inspección ocular, esa acción, es un acontecimiento sujeto a las circunstancias de lugar y tiempo en cuanto sea posible,

semejantes a las que ya se hayan probado por el dicho del testigo o la confesión del imputado y por eso se requiere:

1) Que sea el Juez el verdadero director de la reconstrucción y el organizador de la misma, para lo cual la providencia debe de ser avisada a las partes.

2) Que se haga constar en acta antes de llegarse al día de la realización, el estado del lugar, si ha sufrido o no modificaciones por razón del tiempo y cuáles son éstas.

3) Sólo se podrá llevar a cabo, si las circunstancias cambiantes del lugar lo permitiesen y siempre con la presencia de las partes intervinientes, pues es una diligencia de control de pruebas.

4) Que sea posible realizarla.

En nuestra legislación, el Art. 175 del Código Procesal Penal, establece el concepto de reconstrucción como comprobación de un hecho, en el sentido de que si en verdad "ocurrió o pudo ocurrir", a esto último se refiere a la posibilidad de su existencia o sea una experimentación. Porque no todo hecho puede ser posible de reconstrucción, ya sea por lesionar valores morales para el ofendido o sentimientos religiosos, o exista algún peligro por razones de orden público. Por ejemplo: una relación sexual para establecer si pudo ser posible un estupro o violación, no es posible de realizar su reconstrucción.

Por esto, la reconstrucción viene a ser una dependencia de la inspección ocular o una ampliación de la misma, por eso no es prueba autónoma, tal como lo estipula el Art.490 del Código Procesal Penal, sino que de confirmación, o sea de verificación o comprobación de la certeza de una afirmación, de un indicio o de un hecho; de ratificación o sea de aprobación de un acto ajeno relativo a cosas o de un dicho o hecho propio a que se acepte como tal o insistencia en una manifestación; o de rectificación o sea de una reducción a la debida exactitud o actuación de la verdad alterada por error o malicia.

Lógicamente esta diligencia es procedente realizarla cuando hubiere inspección y se hubieren recogido otros medios probatorios en el proceso, para que estos últimos - sean confirmados, ratificados o rectificados por la observación directa del Juez; ésta se puede llevar a cabo tanto en la etapa sumaria como en la plenaria; pero considero que para lograr mayores resultados, debido a que en la práctica judicial los procesos llevan mucho tiempo para su depuración, es preferible practicarla en la fase de instrucción.

Además, la reconstrucción puede ir acoplada a la prueba pericial, tanto de carácter técnica como científica pruebas de análisis químicos y exámenes de carácter cientí

fico en laboratorios adecuados, como lo estipula el Art. 166 del Código Procesal Penal; y también de la prueba testimonial como lo dispone el inciso segundo del Art. 175 de dicho Código.

Importante es hacer notar que en cuanto a la prueba testimonial en la reconstrucción, hay que advertir una situación especial que la califico como de una especie de reconstrucción, al señalar el Art. 203 que el Juez "a su prudente arbitrio" podrá hacer que el testigo describa circunstanciadamente los objetos que se colocaren en su presencia, los reconozca entre otros semejantes o adoptar otras medidas que a su prudencia le sugiera, como por ejemplo: el uso a que estuvieren destinados tales objetos, al manejo de los mismos, etc.; todo esto para asegurarse de la exactitud de la declaración del testigo, es decir, comprueba el Juez en esta forma, la realidad manifestada por el testigo, lo que viene a ser así que el testigo reconstruye con los objetos observados al describirlos ante el Juez, de lo que éste hubiere percibido con anterioridad sin la presencia del Juez instructor o de otro anterior, o en los lugares donde hubieren ocurrido los hechos. Así también podría confrontar o ratificar a los testigos que hubieren declarado con anterioridad cuando aquéllos fueren discrepantes en hechos y circunstancias importantes en sus respectivas declaraciones; éstas

son medidas de garantía en la comprobación de sus dichos, pues así lo ha señalado el Dr. Guillermo Cabanelas en su famoso Diccionario de Derecho Usual, al definir que la ratificación de testigos es: "un principio de garantía probatoria, en el procedimiento civil y en el criminal consistente en un nuevo interrogatorio de los testigos que hayan declarado sin intervención de la parte contraria (del reo sobre todo en lo penal), a fin de que confirmen lo manifestado en sus anteriores deposiciones".

Como ya lo dejamos expuesto, al referirnos a las precauciones del diligenciamiento y a la elaboración simultánea del acta en la inspección ocular; en la reconstrucción se observa la simultaneidad como medida eficaz para lograr buenos resultados, expresamente en el inciso segundo del Art. 175, del Código Procesal Penal; además podrá ordenar también que "en el mismo acto de su realización" se practiquen pruebas técnicas o científicas, confrontación y ratificación de testigos.

Estimo por lo expuesto que para los delitos graves y de gran repercusión social, como el homicidio, deberá de ser imperativo partiendo siempre del supuesto de la posibilidad, la práctica de estas pruebas que regula esta disposición.

En cuanto a la valoración legal, tanto de la inspección ocular como en la reconstrucción, se le da el carácter

de medio preferencial sobre "otros elementos probatorios", y nótese que se ha expresado, ni se quiere dar a entender por otros medios de prueba; sino que se refiere solamente a la percepción de los hechos realizada por el Juez sobre otros hechos que hubieren sido percibidos por los peritos cuando lo acompañaren éstos y no hay preferencia en el medio de prueba empleado; sino que es "la percepción" sensorial hecha por el Juez al formar su propia fuerza de convicción, como prueba suficiente, salvo que estos hechos requieren conocimientos técnicos o científicos, cuya apreciación debe hacerse por peritos. Ahora bien, pero puede darse el caso de existir una contradicción entre las partes y el Juez, en el sentido de que el dictamen elaborado por los peritos contenga además de conocimientos especiales, situaciones de hechos que no lo requieran y éstos fueren mencionados por los peritos como coadyuvantes o tomados como base en su dictamen en forma diferente a estos mismos hechos que el Juez también presencié y constaté personalmente por medio de sus sentidos y que consignó en el acta; es entonces que esta controversia se la hará saber a los peritos para que éstos ratifiquen o expliquen si esos hechos observados en la forma señalada por el Juez pueden dar lugar o no a variar su dictamen e si es posible realizar eso para comprobarlos con esos análisis o tipo de pruebas; o por qué han concluido así en su dictamen.

Después de esto, puede resultar que los peritos concuerden con el juez, que éste acepte las explicaciones dadas por aquéllos o que estas explicaciones no les satisfagan haciéndolo notar así; es entonces que la ley obliga al Juez a preferir lo que hubiere percibido por sus sentidos o aún que le hubieren satisfecho las explicaciones dadas por los peritos. Se comprende que la intención del legislador es que los peritos tengan la oportunidad de rectificar a priori un error de apreciación sensorial a que éstos razonen y no dejar constancia en el proceso de la controversia en esta situación.

Por lo tanto concluyo, que la inspección ocular es un medio de prueba autónomo, porque en ella va implícita, tanto la lógica, la psicología y más que toda la experiencia del Juez en su apreciación: la sana crítica, que constituye como una esponja que absorbe a la inspección ocular practicada por el Juez.

Citamos como caso de aplicación práctica de la Inspección ocular la siguiente resolución:

"Juzgado Tercero de lo Penal: San Salvador, a las nueve horas del ocho de junio de mil novecientos setenta y seis.

Habiéndose cumplido con lo ordenado por la Honorable Cámara Primero de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en la Sentencia cuya certificación se encuentra agregada a fs. 110 a 114 del presente juicio, se

estima que se encuentra suficientemente depurado este informativo, el cual se ha instruido contra el imputado "X", conocido por "XY", actualmente de ochenta años de edad, - agricultor, originario de Ahuachapán y del domicilio de - esta ciudad, por el delito de Homicidio en el menor "C", quien fue hijo de "CH" y tuvo por domicilio esta ciudad, hechos ocurridos en horas de la tarde del día primero de mayo del año próximo pasado.

La única testigo de vista que declara en el presente caso, es la señora "A", quien manifiesta en su respectiva declaración de fs.66 que "vió que de la casa del mandador, señor "X" hacían los segundos disparos que escuchó y vio a dicho señor apuntar con el fusil; pero que los primeros disparos que escuchó no vio de donde los hacían; ya que el número de disparos fueron cuatro; que cuando la declarante vio que el menor "C" se fue al suelo lesionado por la bala, vio hacia abajo observando que el señor "X" apuntaba con el rifle hacia donde se encontraban la declarante y sus acompañantes".

El relato anterior se encuentra controvertido en la ampliación de la inspección practicada en el lugar de los hechos y que se encuentra asentada en el fallo anterior; inspección en la que se detalla que desde el lugar en el cual manifiesta la testigo "A", se encontraban el menor ahora occiso, "C" en el momento en que murió, no existe

visibilidad hasta la casa donde se dice se encontraba el mandador de la finca "La Gloria" disparando; y prevaleciendo dicha inspección sobre la prueba testimonial relatada de conformidad a lo preceptuado por el artículo 490 Procesal Penal; es procedente sobreseer a favor del imputado por el delito que se le atribuye, ya que en todo el proceso no existen más testigos de vista que le imputen la comisión del Homicidio a "X", ni presunciones que se puedan tomar en cuenta para tener por probada su participación. De consiguiente se resuelve:

Sobreseerse a favor del imputado nominado en el primer párrafo de esta resolución, por no haberse establecido su participación en la forma exigida por la ley, en el delito de Homicidio en el menor "C", Arts. 275 No.3 Pr. Pn, en relación con el artículo 277, inciso 2o. del mismo Código.

Si no se apelare de esta resolución, consúltese en su oportunidad con la Honorable Cámara de lo Penal respectiva".

Nota: Por razones obvias en esta sentencia se han omitido los nombres del imputado, occiso y testigo.

CAPITULO VIII

LA PRUEBA INSTRUMENTAL. IMPUGNACION, VALORACION Y APLICACION PRACTICA.

- A) Instrumentos Públicos y Auténticos.
Impugnación.
- B) Documentos desde el punto de vista penal.
- C) Documentos privados.
- D) Las Fotografías. Requisitos Especiales.

A) Instrumentos Públicos y Auténticos. Impugnación.

El pensamiento humano puede expresarse ya en forma oral o en forma material o gráfica. La palabra escrita como fuente de prueba ha llegado a ser de una gran utilidad por la mejor seguridad que da en la aplicación judicial sobre la palabra oral. Pero en este medio probatorio ha tenido mayores resultados y complacencia en el proceso civil y mercantil, siendo en estas materias especialmente regulada.

La prueba por instrumentos, tal como se trata en nuestra legislación se hace necesario establecerla como lo hace Escriche en su Diccionario Razonado de Jurisprudencia y Legislación que la voz instrumento se deriva efectivamente del verbo latino: "INSTRUERE"; instruir, porque está destinado a instruirnos e informarnos de lo que ha pasado y por eso no es extraño que se haya comprendido también -

esta apelación a los testigos." Pero agrega y considera que instrumento es: "en general todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio".

Así en primer lugar se habla de instrumentos Públicos y Auténticos; se diferencian desde el punto de vista formal en cuanto a la calidad de la persona que los autoriza; los primeros son autorizados por Notario; y los segundos por los funcionarios públicos en los negocios o resoluciones que son de su propia competencia. Pero desde el punto de vista intrínseco en su validez no existe ninguna diferencia; pero si estos instrumentos no fueren lo suficiente para comprobar la existencia del delito, o sea del cuerpo del delito para efectos penales, éstos tienen solamente valor probatorio presuncional como lo establece el Art.491 del Código Procesal Penal; es decir, que la ley penal le está indicando al Juez razones de carácter lógico en la apreciación del cuerpo del delito, deduce lo desconocido, lo que él no ha percibido por sus propios sentidos y que no basta la fe pública o autenticidad de tales documentos para tener por existente el delito mismo, no puede el Juez pues dar por sentado para constituir la existencia del delito de lo escrito y redactado en el documento, tendrá que tener otros elementos

de juicio como indicios o medios probatorios que establecen el cuerpo del delito; y en cuanto a la delincuencia, "según las circunstancias de cada caso", conforme a las normas de la sana crítica y en relación con las demás pruebas, podrán ser suficiente o no, es decir, que el Juez puede desechar estos instrumentos según las manifestaciones de época, tiempo y lugar y situaciones especiales que se realizan en la ejecución de los hechos, dependiendo pues que este medio probatorio no es autónomo sólo será necesario para casos especiales que formen fuerza de convicción en relación con otras pruebas recogidas en el proceso y la sana crítica.

Estos instrumentos pueden estar sujetos a impugnación por las partes de ser falsos; incidente de falsedad que en el mismo proceso ventilado se comprobará, no será necesario formar pieza separada, siendo tal regulación como en el proceso civil; aplicándose supletoriamente éste.

Al referirse a la prueba instrumental, Mario A. Oderigo (1) considera, que los instrumentos públicos hacen prueba, no en cuanto a la "sinceridad de lo afirmado", sino a su efectiva versión ante el oficial público y de las cuales éste da fe. Asimismo cita a Bonnier y este último observa que "aún cuando un Notario fuese llamado

(1) Obra Citada. Pág.106.

para dar autenticidad a una confesión, ese acto público no probará el hecho del delito, sino el hecho de la confesión. Por lo demás ésta no será válida, aún en tal caso, en razón de no haber sido vertida ante el Juez competente". Y agrega: "sólo por excepción y en relación a determinados delitos, por ejemplo: falso testimonio, de la confrontación de dos actas judiciales, bigamia demostrada por dos partidas matrimoniales, el hecho mismo del delito resultaría probado por instrumento público".

Algunos autores como Mittermaier (2) afirman que el documento no es suficiente prueba de cargo por sí solo; sino que es apenas: "una prueba de prueba". Ante un documento aún desconocido que contenga la confesión de un delito, es preciso someterla al examen directo del sindicado, de los testigos y demás elementos probatorios para deducir su credibilidad, por tratarse de una declaración extrajudicial.

Afirmamos pues, que cualquier declaración contenida en un documento, ya sea éste público o privado, debe de ser ratificada en el proceso penal por su propio autor, y cuando ésto no fuere posible se deberá de indagar la autenticidad de ese contenido por otros medios probatorios.

(2) Citado por Humberto Rodríguez, Ob. Cit. Pág. 427.

B) Documentos desde el punto de Vista Penal.

Sobre este rubro es necesario considerar que el instrumento, así como el documento, para obtener de éste una noción más precisa, es conveniente relacionarlo con lo que se ha llamado prueba literal (3) pues ésta es llamada también documental o la que se hace por medio de documentos en la forma fijada por las leyes procesales; pero es limitada la noción de documentos a las manifestaciones escritas que tienen un contenido expreso de una voluntad o la narración de un hecho. Al respecto Escriche (4) dice: "más en sentido propio y riguroso, no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas".

Se concluye pues, que la prueba documental no se la puede llamar instrumental, como a veces se le ha llamado, siendo de ella un concepto amplio y otro estricto; porque el documento en el campo penal se considera desde dos puntos de vista: a) como objeto de prueba, así por ejemplo

(3) Larrañaga y de Pina. Ob.Cit.Pág. 276.

(4) En Enciclopedia OMEBA. Tomo XVI. Pág. 198.

en una inspección ocular o prueba pericial cuando ésta forma parte sustancial del delito; b) como medio de prueba, cuando el documento aporta al proceso un elemento necesario y de convicción sobre el hecho que se desconoce o por probar. En el primer sentido el documento representa una declaración de voluntad; en el segundo una declaración de verdad. Y en su contenido el exterior o material y el interior que representa las informaciones o datos que suministra, aquél se toma como objeto y a éste como medio.

Para lo penal incurre y sobresale su importancia desde el punto de vista probatorio considerarlo más como medio que como objeto; y en ambos aspectos, sin hacer diferencias en estos sentidos, se le considera así en el proceso civil, por eso la prueba documental tiene mayor cabida en esta clase de proceso que en el penal. Rafael de Pina (5) sostiene: "los documentos han sido considerados siempre como uno de los medios más seguros de prueba de los hechos en el proceso. La fijeza que el hecho a probar da el documento, le atribuye una superioridad sobre los demás que, sin embargo, no es prudente aceptar de una manera general y absoluta.

En lo penal interesa como objeto de prueba cuando es parte constitutiva del delito y cuando se le emplea como medio, cuando sólo aporta elementos de convicción.

(5) "Tratado de las Pruebas Civiles". México Ed. Porrúa 1942. Pág.161. Cita de Gustavo Humberto Rodríguez.

Lo últimamente expuesto, en cuanto a su interés penal, tiene cabida también para la prueba instrumental, así en el Art.491, inciso primero del Código Procesal Penal, si los instrumentos se refieren en forma directa al hecho delictivo, constituyen prueba suficiente en cuanto a la "existencia del mismo" que no es otra cosa que el cuerpo del delito y si no lo es, tendrán "valor probatorio presuncional".

El Art.492, menciona otra clase de prueba documental: planos, copias fotostáticas, dactiloscópicas, fonográficas, fotográficas, películas cinematográficas y cualquier otro medio de prueba de laboratorio, ya sea químico, biológico o de cualquier otra índole.

Es oportuno hacer notar que en el derogado Código de Instrucción Criminal, el Art.410 de ese Código nos exponía que: "La prueba documental, comprende: la prueba instrumental, y además toda clase de documentos" (las que igualmente señala el Art.492 del Código Procesal Penal; o sea que incluía la prueba instrumental dentro de la documental; situación como ya expusimos, completamente diferente y que el Código Procesal Penal ha diferenciado; por otra parte, a la prueba instrumental se le daba diferente tratamiento, debía de ser apreciada conforme al Código de Procedimientos Civiles, y no conforme a la sana crítica (actualmente y en forma expresa se estatuye en el Art.491, inciso segundo del Código Procesal Penal, para la delincuencia); dando aplicación a la sana crítica solamente para la prueba documental.

Al respecto, la palabra documento (6) es un término más genérico, se deriva de la voz latina: "documentum" tiene su origen en el verbo "Docere" y significa todo escrito que se redacta, es toda representación objetiva de un pensamiento. Y agrega, que para delimitarlo claramente con el instrumento que "el documento no está sujeto a su forma y constitución o condiciones legales pre-establecidas y no es necesario para que sea tal la presencia del Notario. Una poesía, un pensamiento, una carta, un periódico, etc.,...son documentos; pero cuando el escrito ha sido redactado para suministrar la prueba de lo que ha sido consentido o convenido, con el propósito de comprobar en cualquier momento posterior, el hecho que relata, adquiere el nombre de instrumento".

Ahora bien, para efectos penales, la ley equipara a los Instrumentos Públicos, además otro tipo de documentos. Así el Art.324 del Código Penal a la letra dice: "Para efectos de la sanción penal se consideran como documentos públicos los títulos valores nominativos a la orden, las letras de cambio, las aceptaciones, los títulos, cédulas, acciones, bonos, cupones y demás documentos transmisibles por endoso a que se refiere el Código de Comercio".

C) Documentos Privados.

Ha sido Vicente y Caravantes, en su tratado de Procedimientos (7) quien ha definido a nuestro juicio acertadamente,

(6) Tesis Doctoral. "Los Instrumentos Notariales" de Juan Antonio López Ibarra. Pág.2.

(7) Cita de Larrañaga y De Pina. Pág.278. Obra citada: "Derecho Procesal Civil.

los documentos privados. Así se dice: "Documentos privados son aquéllos en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares, sin la intervención de escribanos ni de otro funcionario que ejerza cargo por autoridad pública o bien con la intervención de estos últimos, pero sobre actos que no se refieran al ejercicio de sus funciones".

Nuestra legislación procesal penal no ha reglamentado la impugnación de estos documentos, que más propiamente se denomina verificación, para demostrar si es verídica la afirmación contenida en su texto, dejándose su aplicación en forma supletoria el procedimiento de carácter civil. Arts. 283 y 285 del Código de Procedimientos Civiles.

Solamente para el caso de que no existieran estos documentos, el Art. 230 del Código Procesal Penal que trata del cotejo de letras, o fueren de los existentes, insuficientes, ya sea por haberse éstos deteriorados en sus partes sustanciales o por otro motivo, específicamente el Juez ordena que la persona escriba ante su presencia, "al dictado, en la audiencia y por un tiempo prudencial que no excederá de media hora".

D) Las Fotografías. Requisitos Especiales.

Desde un punto de vista doctrinario, en un principio fue dudoso el valor probatorio que pudiera dársele a las fotografías. Pues son bien conocidas, la variedad de -

trucos o engaños que admite la fotografía; y considerándose así, no se le podría asignar a éstas la calidad de pruebas en un proceso, porque desarrollarían numerosas contradicciones y dudas que redundará a restarles eficacia. La posibilidad siempre existe en falsear la realidad de los hechos a través de fotografías; pero asimismo, existen técnicas que permiten descubrir estas dudas, que ya es sujeto a control de un laboratorio fotográfico y conocimientos especiales para tal efecto y determinar si éstas son falsas, o no reflejan la realidad del lugar o manera como ocurrieron los hechos que se investigan, por lo tanto, su autenticidad deberá ser apreciada por el Juez, teniendo en cuenta un dictamen pericial previo u otros elementos de juicio que pueda encontrar.

Couture al respecto sostiene (8) al referirse al régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previsto, pero asimilándolos a los especialmente previstos: "la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de la prueba documental; es asimismo un documento en sentido amplio; el disco sensible (o cinta magnetofónica agregamos nosotros) en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical; la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar) caen -

(8) Cita en Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XII.

dentro de la prueba pericial, etc.". O sea que éstas pueden admitirse, siempre que sean sometidas a garantías especiales para desvirtuar posibles sospechas de falsedad.

En la práctica hemos visto que cuando se ordena por parte del Juez la toma de fotografías, sobre todo de lugares o en la reconstrucción de los hechos, por medio de peritos fotográficos; éstas después de ser reveladas por aquéllos, solamente se agregan al expediente, sin indicarse los requisitos que hemos llamado especiales que se deben de tener en cuenta para una correcta interpretación de las mismas, y considero que éstos podrían ser:

1) Las fotografías deben ser tomadas de preferencia por peritos fotógrafos en materia judicial o en su defecto por un fotógrafo profesional, pero siempre dirigidos por los lineamientos que le indicare el Juez. Döhring (9) hace destacar al referirse a la persona del "fotógrafo: "para valorar una fotografía es importante saber quién la ha sacado. Una foto ocasional tomada por un aficionado, sólo podrá emplearse con cautela para fines de esclarecimiento. Poca diferencia harían también las fotografías de un fotógrafo profesional, tomadas con fines extrajudiciales. Solamente cuando éste haya trabajado bajo las directivas de un funcionario pesquisador y siguiendo las instrucciones de éste, podrá haberse logrado, en el caso concreto, un material probatorio utilizable sin reservas".

(9) "La Prueba, su práctica y apreciación". Pág. 311 Ed. Jurídicas, Europa-América. Buenos Aires 1972.

2) El tipo o marca de cámara fotográfica empleada; no resulta en cuanto a la nitidez de la fotografía, usarse una cámara generalmente corriente que una cámara de tipo profesional ampliamente reconocida para lograr buenas fotografías, si resultare algún desperfecto.

3) Como consecuencia, se deben detallar las características esenciales, con respecto a las condiciones técnicas de la cámara, como el tipo de lente, la velocidad del obturador, tipo de placa o película empleada, etc.; y todos los adelantos que la técnica señalara al respecto.

4) Debe indicarse la manera como fué tomada la fotografía, en cuanto a estado del tiempo, o sea, a la luz solar o empleándose el "flash"; así como la distancia a que fue captada y el ángulo que se tomó en cuenta para esa toma.

5) Deberán acompañarse a las fotografías, los negativos de las mismas para poder hacer una confrontación con éstas, y así guardarlas después bajo la responsabilidad directa del Juez y desvirtuar retoques o anomalías a los mismos, o por si el Juez lo estimare conveniente, ordenar ampliarlas haciendo destacar los puntos más importantes que interese a lo que éstas reflejen o en caso de extravío o deterioro, poder reproducir los originales.

En esta forma, en base a esos requisitos expuestos, considero necesario que se deben señalar expresamente en la ley, y así se le dará mayor seguridad a las fotografías para aceptarlas con mayor grado de credibilidad como verdadero medio probatorio.

CAPITULO IX

LA PRUEBA TESTIMONIAL SU VALORACION Y APLICACION PRACTICA

- A) Objeto Propio
- B) Concepto de Testigo y Testimonio
- C) Elementos del Testimonio
- D) La Capacidad para Testimoniar;
 - Incompatibilidades
 - Prohibiciones
 - Excepciones
 - Tachas
- E) La Percepción del Testigo o Psicología del Testimonio:
 - Claridad
 - Precisión
 - Coherencia
 - Falta de errores
- F) La razón del dicho del testigo y la explicación del hecho.
- G) La Oportunidad y deber de rendir testimonio
- H) Las condiciones personales y sociales del testigo, en lo referente a las circunstancias del lugar, hecho, tiempo, sexo, instrucción y profesión del testigo.

A) Objeto Propio

Ya hemos señalado al referirnos al objeto de la prueba como regla general, que éste es dirigido directamente sólo a los hechos, y señalamos asimismo los casos de excepción. Con respecto a la prueba testimonial, la mayoría de tratadistas de este tema, admite su aplicabilidad solamente a los hechos, es

decir, a las percepciones directas de los hechos como objeto propio, excluyendo las opiniones, conceptos o juicios del testigo; pero esto último, se sostiene hoy, modernamente, tiene más sentido en el proceso civil, porque conforme a la naturaleza del proceso penal, los hechos que deben probarse son más amplios, hay mayor extensión para la investigación y por lo tanto esa limitación no tiene cabida ni razón de ser en lo penal; y de esto han resultado controversias entre los autores; así, a los hechos se les han opuesto los juicios, estimándose que sólo aquéllos pueden ser objeto de prueba. Pero para apreciar en una forma completa y lograr su verdadero examen de estos hechos, necesariamente tiene que manifestarse en la deposición del testigo junto con sus apreciaciones, opiniones o deducciones lógicas tal como éste los haya percibido. Así lo ha hecho destacar Florián:(1) "Asimismo, si el método de aislar el testimonio dentro de los restringidos límites de los puros hechos, podrá emplearse y ser efectivamente una exigencia del proceso dominado por las pruebas legales, esta necesidad desaparece cuando el libre convencimiento se toma como criterio de apreciación de las pruebas".

Los hechos que relata el testigo, como objeto de prueba, pueden ser externos o internos; aquéllos se refieren directamente a las condiciones personales del testigo, a la actividad que éste hubiere desarrollado para fijar su percepción,

(1) Obra Citada. Tomo II. Páginas 187-155

o sea que los hechos relatados objeto de la prueba testimonial, se refieren al pasado o que sucedieron fuera del proceso; así perfectamente el testigo por orden del Juez instructor podrá, aún así históricamente lo ha contemplado el proceso civil, consultar papeles, documentos o cosas para ilustrar mejor su deposición y señalar con mayores datos específicos o concretos y ayudar a una mejor comprensión de su testimonio; por ejemplo ver cuentas registradas en libros de Contabilidad, valores, - etc. Por otra parte, el testigo al declarar en el lugar donde acontecieron los hechos, podrá señalar lugares o describir - los objetos o cosas que tengan relación y existen en ese lugar donde ocurrió el delito, así lo dispone el Art. 208 del Código Procesal Penal; y aquí también podrá darse el caso de que un hecho técnico que requiera conocimientos especiales, el testigo si acaso los poseyere así los relatará para dar mayor exactitud y credibilidad en su deposición, es decir, que el objeto de la prueba testimonial en materia penal es más amplio, podrá referirse a cosas, lugares o personas que el testigo describa o señale, como los casos de reconocimiento de personas o de cosas, señalada en la deposición citada; y los Arts. 232 y 233 del Código Procesal Penal, que tratan del careo y reconocimiento de la persona del imputado, Y aún más, el objeto de este medio probatorio se puede extender para comprobar lo que se llama cuerpo supletorio del delito, que se trata en el segundo inciso del Art. 158 del mismo Código en aquellos delitos que no dejan señales, o cuando hubieren éstas desaparecido.

En cuanto a los hechos internos o psíquicos adheridos necesariamente a los externos, para dar una percepción sensorial completa de los hechos por el testigo, es la psicología propia del testigo, unida con la apreciación de éste y la lógica del Juez para dar mayor certeza a su declaración; pero pueden darse varias percepciones y éstas pueden ser oscuras, confusas, equívocas; precisas o claras, o ser difícilmente recordadas y evocadas por razón del tiempo; pero éstas pueden sólo ser verdaderas impresiones que podrán ser importantes para que el juzgador logre una valoración adecuada en relación con otros medios.

Así en nuestra legislación procesal penal el Art. 210, en su inciso segundo se hace relación a esto cuando el Juez "pregunta al testigo sobre las circunstancias que precedieron, acompañaron y siguieron al hecho y sobre lo que hubiere observado en los ofendidos e imputados...".

B) Concepto de Testigo y Testimonio

Desde un punto de vista lógico, se hace indispensable señalar como lo han hecho la gran mayoría de autores de esta materia, que no se pueden desligar estos dos conceptos pues son, como lo hace destacar Florián (2) "dos expresiones de un mismo concepto, como dos aspectos de un mismo hecho". Así se estima que el testigo es la persona natural que declara, o sea

(2) Obra citada. Tomo II. Página 78.-

el órgano de prueba; y el testimonio es, tanto la reproducción verbal o escrita, o simplemente declara como el contenido de la misma que hace el testigo, o sea, es el medio de prueba y el objeto de la prueba o tema por probar. Esto es pues, desde un aspecto general.

Pero estrictamente qué es lo que se debe de comprender verdaderamente cuando es que existe lo que se afirma, que una persona tiene calidad de testigo ?; sobre esto se han dado variadísimos conceptos por distintos autores y desde distintos puntos de vista, así se han señalado comparándolo para distinguirlo, con los demás sujetos procesales, como una persona distinta, un tercero, extraño a dichos objetos, ya sea a las partes que intervienen como al Juez y al imputado por el cual no es apropiado porque la calidad de parte no es precisable como lo es en materia civil, ya que a veces se es parte o se deja de ser, o puede no llegar a serlo, como en los casos del civilmente responsable, el ofendido cuando acusa o no, etc..; y a propósito se ha señalado también que testigo es el que no tiene interés en el hecho porque éste nos dice la verdad, situación que también se descarta porque esto está sujeto, ya a la apreciación del juzgador y no obstante el interés del ofendido o el lesionado puede ser testigo. Asimismo colocan al testigo solamente a la manera o forma como percibió a través de sus sentidos los hechos referentes o que únicamente lo es el que estuvo presente en el lugar donde sucedieron los hechos; tampoco ha sido considerado correcta esta posición porque ésta

también está dirigida a la apreciación de tipo psicológico que hace al Juez tanto del testigo como del testimonio.

Por último, considero que la persona tiene calidad de testigo, cuando ésta haya sido citada o mencionada en el proceso penal; así lo ha señalado Florián,⁽³⁾ opinión que comparto, al decir: "Para caracterizar al testigo basta que se le llame al proceso penal, ya que no siempre el testigo que ha sido ~~pre~~ presentado declara lo que se suponía que sabía acerca de la causa y hasta puede no saber nada. Por ello, lo que le da una persona la calidad de testigo en su citación, su llamamiento al proceso penal, más no el resultado; ésto es, la deposición".

Pero para sentar el concepto de testigo, desde el punto de vista penal, y por consiguiente el de testimonio conforme a lo anteriormente expuesto, considero que es la persona natural que puede declarar o declara libre y verbalmente ante un funcionario judicial competente, observando las formalidades legales, narrando y explicando lo percibido y lo que sabe de los hechos que se investigan en un proceso penal.

C) Elementos del Testimonio

En vista del concepto expuesto en el anterior apartado, se pueden deducir los siguientes elementos:

1) Es realizadl por una persona natural, como ya lo dejamos anotado se excluyen las personas jurídicas o morales, pues

(3) Ob. Cit. Pág. 79 Tomo II.-

al narrar los hechos se supone una evocación y una buena memorización, previo todo ésto a una percepción; situaciones o formas de naturaleza psíquica y las personas jurídicas carecen de ello.

2) Es una declaración hecha libremente; es decir, que no sea sujeto de coacción o presión de ninguna naturaleza, como serían engaños, promesas o artificios, tal como lo ordena el Art. 210 del Código Procesal Penal, porque se debe de atender a la espontaneidad del declarante y lograr probidad y exactitud, así en nuestra legislación procesal penal se destaca esta libertad en los artículos siguientes: 208, inciso segundo cuando el testigo describe circunstanciadamente los objetos que se colocaren en su presencia para el reconocimiento de los mismos; 212, que se refiere a que el testimonio esté elaborado en lo posible por la reproducción de las palabras textuales del que declara; 213, cuando el declarante puede leer por sí mismo el acta en que consta su declaración; 216, en la confrontación de testigos, cada uno de ellos podrá por medio del Juez, hacer preguntas al otro, etc..

3) Es una declaración esencialmente verbal, y por vía de excepción se admite en forma escrita, como las declaraciones por certificación jurada, realizada por altas autoridades, civiles, militares y eclesiásticas, que señala el Art. 205 del Código Procesal Penal. Pero consideramos que esta forma oral o verbal, es la característica de como es hecho el testimonio en materia penal, para que el Juez pueda valorarlo en forma completa; el testimonio escrito debe desaparecer del proceso penal y esta dispo

sición es por lo tanto un resabio del proceso civil que tiene origen histórico basado en las pruebas legales; y así podemos notar que el Art. 314 del Código de Procedimientos Civiles, estipula que el declarante podrá escribir y aún más, "redactar su deposición", situación última que viene a corroborar más para -suprimir o modificarse esa excepción que se adapta más al proceso civil y no al penal, porque en éste se destacan y sobresalen más por su propia naturaleza lo subjetivo y psicológico del testimonio, con aquel lo objetivo, sólo los hechos, así lo refleja el Art. 317 Pr., el testigo declarará "precisamente" si sabe lo que depone por haber visto "el hecho o cosa".

4) Es una declaración rendida ante un funcionario judicial competente, observando las formalidades legales. Estas formalidades están reunidas en el Art. 210 del Código Procesal Penal, o sea las relativas a la identificación y forma de hacerla; el juramento, instrucción de las penas de falso testimonio; las generales del testigo; preguntas relativas a la existencia o no de parentesco con alguna de las partes intervinientes, la clase de interés que tenga, las incapacidades o inhabilidades que posea, etc...; pero es oportuno estimar que algunos jueces, en la práctica la primera parte de esta deposición no la saben aplicar, debido a la ambigüedad resultante de su redacción, me refiero a la identificación del testigo, cuando a su juicio prudencial puede tomar la declaración, no teniendo éste ningún documento de identificación, expresa la citada disposición, que puede hacerlo - "o por testigos de su conocimiento"; sobre esto algunos jueces

lo han interpretado siguiendo el orden de la cláusula expresada por el legislador, en el sentido que sólo en este caso, se le tomará declaración al testigo si éste es conocido por el Juez, y así razonan que "estos testigos de su conocimiento" deben ser conocidos en igual forma y así se excusan de tomar la declaración dilatándose el proceso y dejando escapar los elementos de prueba que el testigo frescamente pueda aportar, dañándose o participando en una inadecuada administración de justicia. Lógicamente el legislador quiso dar a entender que el Juez conocerá a este testigo por sus respectivos documentos de identidad y que éstos aseveren también conocer al que está imposibilitado de hacerlo por la falta de documentos de identidad, como lo es por antonomasia la Cédula de Identidad Personal, así lo dispone el Art. 7 de la Ley de Identidad Personal y no sólo bastará que el Juez lo hiciera constar en acta que se levantará al efecto; sino que estos testigos deberán declarar en el proceso y determinar, por lo menos los nombres de los padres del testigo, su domicilio y el tiempo que tuvieron de conocerlo; y éste sucede muy a menudo con menores de dieciocho años, pues legalmente no pueden poseer Cédula de Identidad Personal, y se ha observado, como es lo corriente, que éstos acuden al Tribunal haciéndose acompañar por sus parientes, generalmente la madre o el padre, y por esto consideramos que esta parte de esta disposición debería ser más amplia para el caso de estos menores que bastaría de tenerlo por identificado por medio de su representante legal, o del que lo tenga a su cuidado o del pariente cercano que haya sido acompa

ñado y que también haya sido identificado legalmente y deberá declarar en el proceso al respecto. Por otra parte, es conveniente indicar, sobre las formalidades del interrogatorio que se le hace al declarante, por el Juez mismo directamente, o por las partes por medio de aquél, en la disposición referida no exige que se consignen o asienten en el acta de la declaración las preguntas, dándose a entender conforme al Art. 212 sólo las respuestas procurándose en lo posible reproducir las propias palabras dichas por el declarante; pero nótese que conforme a esta última disposición se exige la fidelidad completa de las manifestaciones de éste, o sea pues que estas manifestaciones que no cabe hacerlas más que por medio de palabras, éstas deberán consignarse, no en lo posible sino que tal como el testigo lo exprese, por consiguiente, como contrapartida las palabras tienen que hacerse consignar en esas actas de declaración porque además, en las respuestas están contenidas o sobreentendidas aquellas. Esta situación es criticada así mismo por Jeremías Benthan ⁽⁴⁾ que expresa: "en la mayoría de los casos, en la imposibilidad de conocer el valor de la respuesta o la verdadera intención del que responde si no se conoce la pregunta". Consideramos, que en la práctica se ha visto que algunos jueces lo hacen pero no la gran mayoría de ellos, porque como ya lo dijimos, la ley no lo exige. Por otra parte, es de observar que este autor recomienda además que en el acta deberán hacerse constar las observaciones personales

(4) Citado por Eduardo Pallares. Página 722

del Juez referente a la manera como el testigo declaró. Esta situación me parece que requiere mucho tacto y que no nos traería seguridad, ni será óbice de apreciación de la prueba, porque por experiencia, generalmente el declarante se muestra nervioso y a veces inquieto por tratar de irse luego del Tribunal, o a veces renuente por encontrarse esperando largo tiempo para que le tomen su declaración, como se ha visto en los juzgados de carácter mixto, y para evitar ésto, muy atinadamente nuestro legislador como norma de carácter muy general ha dispuesto la prioridad en las diligencias penales a las civiles en el Art. 725 del Código Procesal Penal, y por último, podemos aducir que en cuanto al orden que debe ser formulado el interrogatorio como lo señala el Art. 210 del Código Procesal Penal, en su segunda parte, es un orden lógico que muchas veces los jueces no lo observan en la práctica, por lo que se hace necesario redactar un formulario o modelo de como deberá tomarse la declaración de un testigo, estampándose textualmente como indicadores esas preguntas, ampliándose así en esta forma, el modelo o modelos que todavía se usan en algunos Tribunales, pues la misma práctica nos ha hecho ver que los auxiliares del Tribunal, por la cantidad de trabajo o por los Jueces de Paz legos, toman y redactan a su antojo, a veces cambiándose el sentido, o haciendo oscuras las declaraciones dadas por los testigos. Todo ésto, lógicamente, vendría a darle al Juez una mejor apreciación conforme al sistema de la sana crítica, de la prueba testimonial y como resultado definitivo una mejor administración de justicia.

5) Debe contener relatos de hechos pasados, es decir, esa narración viene a ser una construcción, una historia, un volver a recordar lo vivido, por eso se dice que el proceso penal es también dialéctico.

C) Debe basarse en una percepción sensorial de carácter directo, es decir, que se deberá destacar aquella percepción que no lo es, como será para determinado caso el testigo de oídas y que algunos autores no lo toman como verdadero testigo; para otros, entre ellos Carnelutti, la percepción no la considera cosa necesaria para que exista testimonio, porque puede narrar hechos realizados directamente por él; sobre esto ha sido criticado por Florián,⁽⁵⁾ indicando que la percepción es el elemento que caracteriza al testimonio que es lo decisivo y que tiene carácter preponderante en ello, criterio que comparto.

D) La Capacidad para Testimoniar: Incompatibilidades, Prohibiciones y Excepciones. Tachas.

La capacidad para testimoniar o la capacidad jurídica de rendir testimonio, es llamada también como posibilidad o aptitud para servir de testigo. Conforme a Florián, se distinguen dos aspectos: capacidad en abstracto referida a cualquier proceso penal y en concreto sobre alguno determinado; en este último aspecto es que surgen las incompatibilidades, prohibiciones y excepciones de rendir testimonio.

(5) Ob. Cit. Tomo I. Pág. 154.--

Con respecto a la capacidad en abstracto, se debe tomar en cuenta que ya no se consideran como históricamente se determinó, ciertas limitaciones para rendir testimonio como lo fueron los indigentes, los ancianos, los sordos, las mujeres y los extranjeros. Modernamente ya no importa el sexo de la persona, la edad, ni las imperfecciones de origen anatómico (sordo, ciego o mudo), se podría objetar con respecto al sordomudo que no pudiera darse a entender ante los demás por escrito, no tendrá capacidad para ser testigo; pero consideramos que en ciertos casos podrá haber cuando éste se diera a entender por señas; punto de vista contrario para el Derecho Civil. Y aún más, así mismo no podrán ser testigos los alienados, porque se ha sostenido por jurisprudencias extranjeras, sobre todo italianas (ver página 100, llamada No. 84, obra de Florián), que sostiene "que la enfermedad mental no es incompatible con la veracidad"; no hay pues ninguna distinción, por lo que por principio general toda persona física puede ser testigo. O sea que hay gran amplitud legal en este aspecto, pero esto está sujeto a una disciplina que debe observar el Juez en su libre apreciación; porque al lado de esta capacidad jurídica hay una de hecho o natural que es un factor decisivo para esta apreciación; porque además otra razón que se aduce, es que la ley no ha indicado personas absolutamente incapaces para rendir testimonio, en abstracto, y solamente para casos especiales en que se relega esta capacidad jurídica, ya sea señalándose incompatibilidades, prohibiciones, excepciones y tachas.

Así podemos comprender que en nuestra legislación procesal penal, el Art. 198, no estipula la capacidad absoluta de testificar al expresar "Toda persona es capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del Juez para valorar el testimonio de acuerdo a las reglas de la sana crítica", y por consiguiente, se puede afirmar que jurídicamente en base a su capacidad en abstracto, surge el deber ciudadano, que el Estado aún a veces, si no se cumple voluntariamente por la persona señalada como tal, usa la fuerza para ello también sin distinción ni limitación para ninguna persona por ser un derecho público y un deber cívico, salvo ligeras excepciones para determinadas personas, comparecer jurar, y declarar ante el Juez en un proceso; asimismo el Art. 199 del Código Procesal Penal, nos señala quienes están obligados a ser testigos, colocándonos primeramente a las señaladas en la requisitoria fiscal, en la acusación; en la denuncia, ya sea ésta propuesta por la parte ofendida o por una persona particular; los señalados como testigos en las diligencias instruidas por los órganos auxiliares. En segundo lugar, testigos llamados de descargo, señalados al declarar el imputado o mencionados por el defensor de éste, que se consideren "útiles por la defensa", si no lo fueren no estarían obligados. Y por último, nos señala en forma amplia a toda persona que pudiere suministrar datos útiles en la investigación de los hechos, lo que viene a darse por sentado que rendir testimonio en un proceso penal es al mismo tiempo un derecho y un deber en forma general.

Sobre este aspecto de la capacidad, insistimos de nuevo que

es contemplada en diferente forma por la doctrina civil y no podríamos aplicar globalmente en forma supletoria las reglas procesales civiles que el Art. 711 del Código Procesal Penal señala como una norma o disposición general. El Art. 294 del Código de Procedimientos Civiles estatuye la incapacidad, y no lo que debería entenderse por capacidad, además de no indicar que es lo que debe entenderse, para ser testigo y agrega "en todo género de causas", no debe comprenderse que se refiere a cualquier causa ya sea penal, laboral, administrativa mercantil, etc.; sino que a causas de carácter civil ya sean éstas sumarias, ordinarias, ejecutivas, etc.

Bástenos que esta última disposición, en su numeral segundo, como caso de incapacidad para ser testigo "Los menores de catorce años". En materia penal un menor de catorce años puede ser testigo porque la edad no tiene cabida en el proceso penal, sino que es el discernir de la persona lo que se toma en cuenta, o saber distinguir una cosa de otra de lo que hubiere percibido y es el Juez que se basa en un rápido examen que hace de un menor, dirigiéndole una serie de preguntas que hagan ver por otra parte del menor su situación en cuanto a espacio y tiempo como fueren contestadas; asimismo por razón de parentesco pueden llegar a ser testigos su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos cuando el delito se hubiere cometido contra un pariente, y éste poseyera algún parentesco o más próximo con aquéllos y con el señalado como imputado de este delito; esto es completamente diferente a las reglas procesales civiles seña

ladas en los numerales 5°, 6°, 7° y 8° del Art. 294 Pr. En materia penal se tiene pues que el parentesco sea igual o más próximo entre el testigo, occiso e imputado; por ejemplo, si el occiso es el padre y el imputado es un hijo de éste teniendo aquél tres hijos y haber éstos presenciado los hechos, pueden ser testigos; éstos están en igual grado con el imputado y con el occiso; si los hechos los vió un sobrino del imputado y un hijo del occiso, siendo el homicida hijo también del occiso, también pueden ser testigos, situándose el hijo en grado más próximo que el sobrino con respecto al imputado; porque el parentesco comprende la consanguinidad, tanto en línea recta o transversal, ya sea ésta legítima o ilegítima, no se fija hasta que grado, solamente se indica proximidad de grado o sea que tácitamente habiendo un parentesco entre ofendido-occiso e imputado, se preferirá el de grado más próximo que les ligare con el imputado; en el último caso propuesto, si el imputado, al momento de cometer el hecho fue visto por el hijo de éste y sobrino del occiso cometer el delito en su cónyuge, está en grado más próximo su sobrino que otro pariente.

Ahora bien, el aspecto supletorio de las normas procesales civiles, por razón de parentesco en cuanto a la incapacidad de ser testigo; lo aplicable tal como la estipula el Art. 499 del Código Procesal Penal, es que no pueden ser testigos en contra del imputado: los condenados por perjurios o falsarios, el cuñado contra el cuñado de su hermano, el marido contra la mujer o viceversa, el padrastro o madrastra contra su entenado o -

hijastro o viceversa; el hijo contra padre o madre o viceversa.

Es de notar que este Art. 201 señala en primer lugar prohibiciones de declarar, de estos parientes unos contra otros y cuando el imputado lo sea entre sí, como ya vimos entre ofendido, occiso y aquél, surgen las excepciones para esos parientes, y ésto es lo que no tendrá cabida en el derecho procesal civil ésto se debe más que todo a darle una mayor protección a la familia, como base fundamental de la sociedad, protección que es de carácter especial, pues se nota que se toma en cuenta al conyuge como testigo; ésto es debido a que el matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges, como lo hace destacar el Art. 179 constitucional; en esta excepción no se dijo ser compañero de vida, como ocurre en nuestro medio rural la gran existencia de uniones de hecho y lo es un compañero de vida testigo contra el otro, como sucede en muchos casos y si el Código Procesal Civil dijo marido y mujer da a entender en forma amplia que su incapacidad se extiende hasta el compañero de vida, pero no usó el término de "cónyuge" que enmarca el matrimonio; y si el Art. 201 omitió como caso de excepción al cónyuge, se podría decir que el compañero de vida no gozó de esta excepción y por lo tanto, es incapaz de ser testigo, ya sea en uno u otro caso; situación que es injusta por lo que debe de agregarse el compañero de vida cuando esta unión haya sido duradera.

Incompatibilidad

La incompatibilidad de ser testigo se deduce de la posición

que ocupan las diferentes personas o sujetos procesales en un proceso, por lo que se pueden determinar como casos la incompatibilidad desde dos puntos de vista: a) por causas de la función; y b) por la posición del testigo con relación al imputado. Entre aquéllas tenemos:

1) El Juez que conoce del proceso, pero sobre este caso, el tratadista Florián⁽⁶⁾ hace una distinción que considero que esta incompatibilidad depende de la fase en que se encuentre el procedimiento y así expone: "que por ejemplo, si la instrucción de un proceso ha pasado de un Juez instructor a otro, el Juez instructor anterior podrá ser eventualmente llamado como testigo en el curso de la instrucción". Sobre este punto expuesto por este tratadista italiano, considero que dado que en nuestro derecho procesal penal, como ya lo hemos hecho notar, existe como principio de capacidad general que toda persona puede ser testigo, cabe entre nosotros admitir esta situación, pues en el caso cuando el Juez de Paz, como iniciador de la instrucción del informativo haya remitido las diligencias al Juez de Primera Instancia podrá ser llamado como testigo ante este último, toda vez que ya no existiera la posibilidad que este Juez de Paz volviera a conocer de ese proceso debido a nuevas providencias que librare el de Primera Instancia, para que dado el caso que la declaración de este último también

(6) Obra Citada. Tomo II. Página 107.

fuere necesaria como la de aquél, tiene que abstenerse de seguir conociendo en el proceso y rendir su declaración, así consideramos como mal situado en el proceso civil que lo contempla como incapacidad, Art. 294, numeral 9 del Código de Procedimientos Civiles, siendo en realidad una verdadera incompatibilidad;

2) El Secretario, pero considerando asimismo la limitación ya señalada;

3) El intérprete;

4) El perito;

5) El abogado defensor;

6) El Ministerio Público, representado por el Fiscal.

Desde el segundo punto de vista tenemos:

1) El propio imputado;

2) El lesionado u ofendido por el delito;

3) El co-imputado o cómplice del mismo delito; aunque posteriormente fuera sobrescrido por falta de pruebas suficientes de su delincuencia, o aún señalado como tal, es de estimar siempre su situación sospechosa porque o podrá negar u ocultar el delito, pero si es que lo fuera de otro delito que no tuviere relación o conexidad en donde estuviere acumulado a otro delito, podrá ser testigo; para el caso el encubridor de otro delito, ya que el encubrimiento está considerado como delito autónomo actualmente en nuestra legislación penal; Arts. 470 y 471 del Código Penal.

Tachas

El Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallares, define la tacha como "las condiciones personales de los testigos o de los peritos y las circunstancias de sus declaraciones o de las diligencias respectivas que restan valor probatorio a la prueba testimonial".

Por lo tanto, las tachas no se fundan en la incapacidad o inhabilidad, sino que son condiciones muy especiales que ocupa la persona al declarar contra el imputado, condiciones más que todo por razones de parentesco, subjetiva o anímica, como son el amor y el odio engendrado en sus relaciones personales.

Estas condiciones personales son las que la ley toma en cuenta y por ello la declaración del testigo no puede ser creída de lo percibido y comprendido por éste, ya no es más que restarle eficacia probatoria, quedando ésta al arbitrio judicial, dársela o no.

En nuestra legislación procesal penal, el Art. 501 le ordena al Juez apreciar las causales de tacha señaladas por el Artículo anterior, según la clase de proceso, teniéndose como válidas, no obstante poseer esas causales los testigos, o aún bastando con una de las cinco que se señalan y solamente en las causas sujetas al conocimiento del Tribunal Popular, este Tribunal goza de completa libertad para su apreciación debido al sistema de íntima convicción que lo autoriza. Ahora bien, en las causas de que no conoce ese Tribunal, el Juez puede

tomar las determinaciones: aceptándolas o rechazándolas, toda vez que éstas fueren probadas conforme a las reglas procesales civiles, tomando en cuenta: 1) la calidad del testigo; 2) sus antecedentes personales; 3) la relación existente o que haya existido entre el ofendido y el imputado; y 4) el lugar donde haya ocurrido el delito.

Conforme al concepto dado por Pallares, incluye que los peritos pueden ser tachados, pero a éste no se le tacha, sino que se le recusa para que no dé su dictamen; o sea que esto de las tachas es puramente materia de carácter civil y actualmente en la introducción del sistema de la sana crítica en el proceso penal, éstas deben desaparecer y en base a ese sistema que emplea el juzgador deberá hacer en forma completa esa apreciación y no sujetarlos en cuanto a ello como ya se ha indicado; por lo que constituye un resabio del sistema de las pruebas legales del proceso civil.

Se dejaría por sentado pues, que la apreciación de la prueba testimonial estaría dirigida a otros sistemas de apreciación; el de la sana crítica y el del íntimo convencimiento. La tendencia moderna se inclina por este tipo de apreciación, pues en verdad viene a dar este sistema de la sana crítica sus verdaderos frutos, en una verdadera administración de justicia; y así se habló de una sicología del testimonio que juristas modernos de varios países han realizado en base a experimentaciones, sobre todo con escolares, llamándola sicología experimental, las cuales fueron iniciadas en Alemania por Stern, y que dieron lugar

a considerar que los testimonios están llenos de errores, pero que también se determinaron las causas de los mismos, por lo que es necesario un cuidadoso examen de ellos aún de aquellas personas que narran los hechos con buena fe y con el debido propósito de decir la verdad, lo que ha venido a quitarle a los testimonios esa presunción de veracidad que se le estampaban; errores que muchas veces son involuntarios y por consiguiente exige por parte de los jueces mayores estudios de esta psicología especial y adiestramiento efectivo para hacer los interrogatorios conforme a la idiosincracia y condiciones síquicas o anímicas, sociales, personales, etc. del testigo; y de los cuales analizaremos en el siguiente apartado.

E) La percepción del Testigo o Psicología del Testimonio: Claridad, Precisión, Coherencia y falta de Errores.

La ciencia psicológica da los aportes necesarios para comprender en su esencia el testimonio, porque la declaración de un testigo es en mayor porcentaje subjetiva, interna y que el juzgador trata de descubrir lo que reflejan sus entrañas y la forma de expresarse ante él. Partiendo pues desde un punto de vista psicológico, comprende 4 etapas: percepción, memorización evocación y declaración. Gorphe⁽⁷⁾ señala tres: la percepción, la memoria y la deposición; la percepción, según Gustavo Humberto Rodríguez⁽⁸⁾ es "un proceso que se inicia con el estímulo

(7) Ob. Citada: La Crítica del Testimonio, 5a. Edición Pág. 232.

(8) Ob. Citada. página 298. Tomo II.

y termina con la sensación. Son estímulos todos los objetos y fenómenos capaces de producir en nosotros impresiones psíquicas. Esas impresiones son las sensaciones, las cuales dejan huellas memónicas (o en la memoria). Cada vez que actúa un estímulo se produce una vivencia, o sea una experiencia psíquica, que nos trae el recuerdo de sensaciones pasadas, al mismo tiempo que una nueva sensación. En esa forma se conocen y se reconocen los objetos y los hechos, y se aprecian las causas de las sensaciones". Pero hay que diferenciar que las sensaciones son diferentes a las percepciones, así lo expone, al referirse al fenómeno sicológico y el objeto del testimonio, que aquellas "son reflejos de cualidades aisladas de los objetos (color, olor, calor, -- frío), las percepciones son representaciones del conjunto y de las realaciones mutuas de estas cualidades"; por lo que se deduce que la forma y el grado de la percepción depende de las condiciones en que se encontrare el sujeto; atento, emotivo, nervioso, sereno, etc.; así como objetivas, tales como tiempo, lugar, distancia, iluminación o visibilidad.

Entonces tenemos que, la memoria es "la fijación de la percepción y se ubica en el inconsciente, formado por el subcons--ciente y el preconciente y es donde también se alojan los he--chos olvidados y que por asociación con otros, surgen al cons--ciente." Pero esta fijación de la percepción varía en relación a la persona, en relación con ciertos factores como el tiempo, condiciones personales o sociales, la naturaleza del hecho, el lugar y hora de ejecución y circunstancias en que haya sido -

percibido ; que son las condiciones que señala el Art. 498 del Código Procesal Penal.

Con respecto a la evocación, es la unión de las dos anteriores, y así se expresa: "es una reproducción de imágenes, interna y voluntaria, que el testigo hace de la percepción fijada o memorizada. Cuando el testigo va a declarar se opera un fenómeno psicológico llamado "catexis", mediante el cual voluntariamente se llevan al consciente los datos o imágenes conservados en el inconsciente". Pero este fenómeno psicológico puede dar lugar a que se dé en forma imperfecta, como puede ser la emoción al momento de evocar, produciendo una "amnesia emocional" que obstaculiza al testigo la facultad de recordar, ya sea el nombre completo de una persona o lugar; por esta razón la reconstrucción de los hechos, el reconocimiento del reo o su careo, facilita este proceso psicológico de la evocación.

Esta emoción producida en ese momento del fenómeno psicológico, evocación, lo toma muy en cuenta el juzgador para la entera fé del dicho del testigo, así lo contempla el Art. 497, numeral cuarto, que sea exenta, no producido por temor o miedo, así como también de fuerza, porque la evocación se caracteriza más que todo por su voluntariedad o espontaneidad y no se quiere que el testigo haya sido coaccionado moralmente o sugestionado, dando por resultado una amnesia de tipo "comocional". Estas son condiciones necesarias para la credibilidad del testimonio, ya que se dice que por dicha disposición que

el Juez tomará en cuenta esas condiciones para que merezcan "entera fé". Y por último, la expresión o declaración es "la exteriorización de lo evocado" o sea propiamente lo que viene a constituir el testimonio propiamente dicho y cuya etapa psicológicamente se denomina "Catarsis".

Esta última etapa, como las anteriores, también puede ser deformada por ciertos factores que a veces son involuntarios aunque el testigo produzca mentalmente los hechos u objetos percibidos, no puede describirlos en tal forma que ligare la debida identidad o similitud entre "su verdad subjetiva y la objetiva de los hechos evocados". Asimismo lo ha hecho resaltar Florrián⁽⁹⁾ al analizar: "Los elementos psicológicos del testimonio" en la comunicación del proceso síquico formativo y del resultado de las percepciones"... "El momento de la comunicación es prácticamente el más importante y asimismo el más difícil, porque amén de acumularse y repercutir en él todas las dificultades de una percepción exacta y de una evocación fiel de ella, se presentan otras; aquí la narración debe conseguir el fin práctico de exteriorizar la percepción, para que los jueces y las partes se apoderen de ella y la utilicen según los fines inmediatos del proceso".

Y se destaca en esta etapa que intervienen dos factores importantes esenciales: "la capacidad de expresar y de comunicar la percepción real recibida; y segundo, la voluntad de re-

(9)Ob. Cit, Páginas 304 y 305.

construirla y reproducirla fielmente". Con respecto al primer factor, depende de las condiciones personales y sociales del testigo, como edad, sexo, instrucción y profesión y que lo analizaremos en el literal h) de este Capítulo en forma más completa. Factor que comprende lo estipulado en el numeral cuarto del Art. 497 del Código Procesal Penal al referirse que las declaraciones deben ser "claras, precisas y coherentes". En cuanto al segundo que señala Florián, hace resaltar las nuevas dificultades y las poderosas sugerencias que pueden surgir en el ambiente en que declara el testigo y que pueden influir en él. Y ésto en la práctica lo hemos comprobado, que el testimonio recogido ante un Juez de Paz o un Juez delegado para la práctica de alguna diligencia, no es más acabado y completo como el practicado ante el Juez de lo Penal donde se sigue el proceso, pues es más ordenado y claro en su redacción, quizá se deberá ésto a lo que hace mención Florián, pues existe mayor seriedad y solemnidad, calma y mayor tranquilidad, así como seguridad y confianza de parte del declarante ante un Juez de lo Penal como verdadero cumplidor de las condiciones que nuestra legislación procesal penal nos indica, así por ejemplo, entre otras disposiciones, tenemos el Art. 210 inciso segundo del Código Procesal Penal, que trata la forma como ha de hacerse el interrogatorio al testigo. Sobre este punto, es muy oportuno hacerlo notar, la forma tan atinada que la legislación colombiana lo ha regulado, aunque hemos visto que en la práctica a veces se observa entre nosotros; pero para mejores resultados en cuanto a

la fidelidad de la declaración que exige el Art. 212 del Código Procesal Penal, es conveniente una mayor regulación entre nosotros. Así lo dispone Gustavo Humberto Rodríguez⁽¹⁰⁾ que para lograr con claridad y "grado de precisión y expresión", o de capacidad para trasladar a la palabra lo que se ha percibido y se quiere comunicar y que es muy diferente entre las personas, señala que ensayos psicológicos han demostrado que esa posición expresiva se consigue más con el relato que con el interrogatorio. Y expone el Art. 238 del Código Procesal Penal Colombiano que expresa: "Art. 238.- Antes de formular a un testigo preguntas detalladas sobre las circunstancias de los hechos o sobre los mismos hechos, se le pedirá que haga un relato espontáneo sobre todo lo que sepa acerca del hecho principal que sea motivado de la declaración. Y solamente después de que el testigo haya hecho este relato espontáneo, se le podrá formular el interrogatorio detallado". Sobre esta última situación, otros autores como Enrico Altavilla⁽¹¹⁾ recomiendan la declaración espontánea para lograr la fidelidad de la declaración, aunque señala que es menos extensa que lo que se rinde en virtud del interrogatorio; pero en el interrogatorio comprendemos completa la declaración y aún el orden en cuanto a su redacción y que se deberá hacer notar en forma expresa, haciéndose constar cuando interroga el Juez y asentándose las preguntas textualmente, con

(10) Ob. Cit. Páginas 301 y 302.

(11) Ob. Cit. Páginas 813 y siguientes. Tomo II.

signándose tal como son formuladas como ya lo hemos hecho notar anteriormente, todo esto para evitar la sugestión en el testigo y no quitarle fidelidad a su declaración; ya Altavilla en su obra citada en la página 816, Tomo II, lo hace notar al respecto cuando expresa al referirse al interrogatorio: "Por lo tanto, la pregunta debe ser un estímulo para despertar un recuerdo, no una sugestión para imponer el propio convencimiento".

Con respecto a que el testimonio no debe poseer o ser objeto de errores, se pueden dar, ya sea cuando el testigo al rendir su declaración se engaña en la percepción de los hechos o éste quicra engañar; este es un punto meramente objetivo en cuanto a la forma como éste haya percibido esos hechos y como los transmite o hace comunicar al Juez.

Cabe señalar, que Francisco Gorphe⁽¹²⁾ trata en el Capítulo Tercero sobre "La Verdad y los Errores en el Testimonio", da varias clasificaciones desde diferentes puntos de vista, y así dispone: 1) Según su objeto, referente a personas, cosas, lugares, cualidades, acciones, movimientos o palabras; 2) Según su amplitud, que pueden ser errores de conjunto y especiales, aquellos referntes a la persona del testigo y éstos a cada objeto del testimonio; 3) Según las funciones intelectuales del testigo; errores de percepción, de memoria, de imaginación y por falta de juicio y de voluntad; 4) Según su forma, que pueden ser positivas o propiamente tales: ya sea descubrir un

(12)Ob. Cit. Página 47 y siguientes.

objeto por otro o darle atributos que no posee (aquí están incluidas las ilusiones, negativas: negar que no se sabe nada de tal caso u objeto; y las incertidumbres: cuando el testigo no está seguro de lo afirmado).

Pero más precisamente se hace destacar que éstos por su forma pueden ser: por sustitución, o sea cuando hay un reemplazo de un objeto, persona, lugar, acción etc., por otra irreal; así por ejemplo: un hombre por una mujer; por modificación o sea cuando hay un cambio parcial, así: un hombre blanco por un moreno; por transposición: cuando una persona, objeto o acción se coloca en otro lugar diferente o agregarle atributos, así para el caso, como muchas veces ha ocurrido entre nosotros, - que se ha creído que el ofendido ha atacado primero al imputado; por presión o confusión: cuando de varias personas u objetos se ha visto sólo uno de ellos, o creyéndose haber visto varios cuando sólo es uno; por disociación: cuando hay separación ya sea de personas, objetos, acciones o lugares; por fraccionamiento: cuando hay una supresión, así al afirmar, y ésto sucede con frecuencia, que habían dos o más personas presenciando los hechos, cuando sólo había una; por inflación: hay agregación, o sea lo inverso del anterior; por inversión o creación. donde estimo que en esta clase de error es donde se nota más la falsedad del testimonio; de comprensión, se refiere a una falsa concepción del lugar o interpretación de un hecho; y por estimación ya sea en cuanto a la calidad o cantidad, que requiere un gran esfuerzo intelectual para el testigo, por lo que esta clase de error está íntimamente relacionado con una inter...

pretación y que sólo se le podrá exigir a ciertas personas. Pero este autor considera de mayor importancia en la apreciación del error del testimonio desde el punto de vista de sus causas, y éstas pueden ser entre las más importantes, motivadas por causas normales o patológicas como son las alucinaciones, la ilusiones y las confabulaciones; las primeras se presentan en forma total e independientes de la voluntad fuera de toda realidad y son fenómenos anormales; las segundas son de carácter parcial y éstas son normales y muy comunes y que vienen a completar, integrar o coordinar las imágenes incompletas de la percepción o la memoria; las confabulaciones consisten ya en llenar inconscientemente con recuerdos fantásticos los lugares de la memoria, y esta clase de error expone, "son normales en las personas"; pero las condiciones de percepción son anormales, como una amnesia a consecuencia de origen senil, de una neurosis traumática o alcohólica en la que el sujeto produce otras imágenes para reemplazar a las desaparecidas.

Como hemos expuesto, la falta de errores en el testimonio es un aspecto de los más difíciles para un Juez y lograr así una verdadera apreciación, porque toda persona que declara como testigo está expuesta a ellos y de ahí la agudez y la perspicacia que un Juez debe de poseer, para considerar si un testimonio no obstante parecer falto de veracidad, éste no debe dejar la sombra de la duda ante las partes; sino que debe de explicar y razonar, aplicando la psicología y su experiencia, que se trata de un error y no de una verdadera falsedad, porque

se ha dicho que el error es característica de los humanos o como dice el adagio latino: "Non videtur qui errant consentitire" (No se considera que consienten los que yerran).

F) La Razón del dicho del Testigo y la Explicación del Hecho

La razón del dicho podemos decir, que consiste en la verdadera explicación que hace el testigo, de todas las circunstancias que le permitieron conocer los acontecimientos sobre los que depone y de lo que está obligado el Juez a pedir a los testigos estas explicaciones de lo sabido y conocido por ellos. Florián⁽¹³⁾ expone que: "para satisfacer los fines de la investigación probatoria, es necesario que los testigos indiquen las fuentes de las noticias y de los hechos, que relaten los motivos de su conocimiento o de su desconocimiento; estas exigencias, universalmente aceptadas, pone en claro elementos que si no pueden determinar la creación de una escala entre los testigos, sirven sin embargo para la apreciación de los testimonios"; y más adelante agrega que: "elemento esencial del testimonio, factor máximo de credibilidad de éste, es que el testigo indique las causas de su conocimiento. Durante mucho tiempo se enseñó que no prueba el testigo que al ser interrogado no indica la causa de su conocimiento"; y al referirse al contenido del testimonio más claramente expresa: "a nuestro juicio, lo que ante todo debe buscarse en el testimonio son sus motivos, las fuentes de donde el testigo dice que recibió las informaciones suministradas, en esta se encuentra realmente el

(13) Ob. Cit. Página 194. Tomo II.--

meollo de la declaración, el factor tal vez más decisivo y experimental de la credibilidad. La falta del motivo hace que la deposición sea incierta, vaga, incolora y hasta insípida, si se nos permite decirlo".

En nuestra legislación procesal penal, en el Art. 496 numeral quinto, se contempla la razón del dicho del testigo o testigos al expresar: "que expliquen circunstancialmente los hechos sobre que declaren y den razón de sus dichos expresando de qué manera saben lo afirmado".

Conforme a nuestra legislación se exige, para darle entera fe al testigo, la necesidad de explicar en forma circunstancial los hechos, es decir, que indique las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean el hecho percibido y al modo o manera como este hecho fue percibido por el testigo, lo que en verdad viene a constituir la razón de su dicho y así se podrá apreciar si se trata de un testigo propio o de un indirecto o mal llamado de oídas, para fijar su credibilidad. Entre nosotros, prácticamente pocas veces se hace constar "expresamente" en el acta levantada en la declaración del testigo, de esta razón del dicho y las formas circunstanciales que rodean al hecho relatado, por lo que se acude a ampliar las declaraciones de un testigo, todo ello para una mejor valoración, pero trayendo todo esto, una retardación del diligenciamiento del proceso; y por nuestra parte consideramos, que si el testigo no explica las circunstancias de los hechos sucedidos y la manera de como sabe ellos, no es un testigo, porque estas dos situaciones van

completamente unidas para apreciar o valorar un verdadero testimonio, ya sea faltando la primera o la segunda, será un testigo incompleto o un no testigo de los hechos, ya sea por saber lo de otras personas o sea por voz pública o solamente no explicar el porqué no vio ni oyó de las circunstancias que precedieron, acontecieron o aún posteriormente a esos hechos.

Pero hay que advertir que el testigo no está obligado a probar estas circunstancias o explicaciones que afirma, porque de lo contrario se desnaturalizaría la prueba testimonial porque ésta tiene su base también en virtudes morales, de honestidad y dignidad como atributos inherentes a toda persona honrada; así lo establece la última parte del artículo ya citado.

G) La Oportunidad y deber de rendir Testimonio

La oportunidad en que declara el testigo se refiere al tiempo o al momento del desarrollo del proceso, circunstancia que radica en la capacidad mnemotécnica del testigo de la fijación de las imágenes percibidas en su memoria. Oportuno es indicar que varios autores, entre ellos Gorphe⁽¹⁴⁾ en la cuarta parte de su obra, al desarrollar las condiciones de formación del testimonio, o sea los procesos de su formación en el capítulo segundo que trata de "las condiciones de la memoria", expone que a la memoria no hay que compararla a una reproducción fotográfica o al cerebro a un "depósito de imágenes-recuerdos". La actividad intelectual dice que: "bajo la presión de

(14) Ob. Cit. Página 257

tendencias, deseos y exigencias de la vida, no cesa de ejercitarse, con frecuencia incoscientemente, sobre los recuerdos, - de suerte que acaban por no ser lo que eran en su origen y se transforman verdaderas reconstrucciones del pasado, alejándose cada vez más de la realidad primaria". Lo mismo Altavilla⁽¹⁵⁾ al hablar de la deficiencia del testimonio, destaca la existencia de un coeficiente individual tanto de la percepción como de la evocación mnemónica haciendo incompletos los recuerdos porque estima que: "no hay error más grande que considerar al testigo como una placa fotográfica y deducir de lo incompleto de su declaración un juicio de reticencia", o sea de una omisión que el testigo debería decir. De modo que generalmente podemos estimar que la evocación o declaración de un testigo no es completa, fiel, o exacta a los acontecimientos producidos, porque el factor tiempo los desvirtúa y así, en un proceso donde hay varios testigos, sus deposiciones siempre difieren en ciertos detalles; pero a veces se puede lograr descubrir falsedades precisamente al tiempo mayor transcurrido entre la fecha del testimonio y aquélla en que se produjo el hecho a que se refiere, como así lo dispone el No. 16 del Art. 497 del Código Procesal Penal Salvadoreño; pero hay que tomar en cuenta la influencia de sugerencias, ya sean producidas individualmente o colectivamente.

Se ha demostrado experimentalmente, y la práctica nuestra

(15) Ob. Cit. Página 792. Tomo II.

lo ha comprobado, que la influencia del factor tiempo no actúa de manera uniforme para todas las personas, y se ha visto que las mujeres por poseer gran sensibilidad, son muy impresionables y por lo tanto no olvidan tan pronto como los hombres, pero sus recuerdos no son tan parecidos o exactos a los de aquéllos debido a que son también más sugestionables.

Gorphe⁽¹⁶⁾ especifica que "Resulta de todas las investigaciones que el valor del testimonio se desenvuelve después de la percepción durante algunos días, puesto que luego de cierto tiempo, queda mal determinado y que parece variar sensiblemente con los sujetos, esta variación decrece definitivamente".

Por lo que considero, que al cabo de un tiempo a la fecha del hecho y en la que declaran el testigo, no se le puede pedir una deposición completa, precisa o segura.

Ahora bien, en cuanto a la sugestión que puede estar sujeto el testigo, también puede causar perturbaciones en su memoria y ésta puede provenir de otros testigos, del medio ambiente en donde vive, de los medios informativos como La Prensa, radio y televisión o de la propia autoridad o funcionario público instructor.

Por esta razón es comprensible que el legislador ha estatuido muy sabiamente que las declaraciones deben de tomarse en forma separada a cada testigo, para evitar no sólo la comunicación para que no haya contubernio entre ellos en la forma de

(16) Ob. Cit. Página 260

declarar; sino que también sugerencias por alguno de ellos, lo que vendría a menguar o a perjudicar una correcta apreciación de las pruebas recabadas; esto es tan grave que de no cumplirse se sanciona con la nulidad de la declaración, así se establece en el Art. 218 parte final del Código Procesal Penal. Pero cabe hacer una observación, que conforme a los Arts. 352 y 355 del Código Procesal Penal, cuando el Tribunal del Jurado quisiera oír a los testigos o peritos y que presentaren nuevos testigos en la vista pública, puede ocurrir que lo ya indicado por el Art. 210 no se cumpla al no oír a testigos o peritos en forma separada, y en cuanto al examen nuevo de los testigos en la vista pública, aunque se exige esa formalidad de la separación, éstos podrán declarar antes o después de la lectura de la minuta del proceso, pues no se ha hecho distinción alguna; pero ya sea en uno u otro caso, deben permanecer en un lugar separado al de la celebración de la vista pública, y no tener ninguna comunicación con persona alguna, lo que debería estar expresamente designado en ambas disposiciones citadas. Lo más lógico y práctico es a mi juicio, que en estas disposiciones deberá de hacerse una distinción, cuando se examinaran nuevos testigos en la vista pública, deben declarar después de la lectura de la minuta, pues el jurado ya está informado del proceso, y es cuando se pueden abrir los debates; pero antes de esa apertura se deberían examinar los testigos. Cabe apuntar que Florián⁽¹⁷⁾ al referirse sobre el momento oportuno de la

(17) Ob. Cit. Página 253 Tomo II.

deposición del testigo en la fase del debate en la vista pública, indica: "Pero es claro que si los testimonios suministran ordinariamente el material de prueba más abundante, lo conveniente es que se reciban antes y no después de los discursos". Esto debe ser aplicable para nosotros. En Inglaterra y los Estados Unidos, los testigos son oídos después del debate de las partes, así lo hace notar este autor y se comprende en las llamadas No. 277 de dicha página citada.

En cuanto a los testigos de la instrucción y peritos, éstos pueden declarar antes de la lectura de la minuta o en el desarrollo de los debates porque es en este desarrollo donde el Tribunal del Jurado se forma una íntima convicción oyendo personalmente al testigo o perito.

Por otra parte, es de gran importancia la génesis, podríamos decir, del testigo, en el proceso; es decir, como nace y por quién fue introducido al mismo, es lo que se hace destacar en este numeral de dicho artículo citado de nuestra legislación procesal penal al apuntar: "así como si fue mencionado en la instrucción en diligencias realizadas de oficio o a mención de alguna de las partes"; situación que también en un momento dado del proceso pueden incidir en la credibilidad a la autenticidad del testimonio, pues el Art. 204 del Código Procesal Penal, viene a confirmar que la citación previa es una condición indispensable para rendir una declaración tectimonial; pero a veces en la práctica ha ocurrido que un testigo se ha presentado espontáneamente al Tribunal manifestando que puede aportar datos a

los hechos investigados, el Juez conforme a esta disposición decidirá, según a su juicio prudencial, y es él quien decidirá o no tomarle declaración amén de la obligación de dejar constancia escrita en acta que es conveniente, por separado de la presentación del testigo; porque de lo contrario, se sospecharía de inmediato de la veracidad de su dicho. El legislador por eso es lógico que el testigo nazca sin que se de lugar a pensar en la malicia ni el rencomio de la credulidad de su testimonio.

Pero a veces ocurre que por mención de otro testigo en etapa de instrucción se introducen testigos al proceso, en la forma que se ha considerado en la práctica nuestra como "testigo de trampolín"; pues hemos observado que al declarar la persona ofendida u otro testigo y al preguntársele por el Juez instructor quiénes pueden declarar sobre los hechos, a veces menciona sólo una o dos personas y agrega además, "y los que éstos citen". Nótese que el orden lógico de esa génesis testimonial parte de la mayor a la menor credibilidad, pues es diferente que un testigo se denominare de la primera diligencia practicada por el Juez instructor como es la inspección, que se mencionare para una ampliación de la parte ofendida u otro testigo. Ahora bien, cuando fuera mencionado en diligencias realizadas de oficio, se refiere más que todo a aquellas practicadas por los órganos auxiliares de la administración de justicia, especialmente por los funcionarios y agentes de los cuerpos de seguridad pública en aquellos delitos perseguibles de

oficio; y por último cuando fueren mencionados por alguna de las partes, ya se la Fiscalía, acusador particular y defensor o el propio imputado. Sobre esto último, Altavilla⁽¹⁸⁾ observa: "Las partes no presentan sino testigos de los cuales presumen que les son favorables, ahora bien, si son testigos que se han presentado inmediatamente, sobre cuya presencia en el lugar del delito no puede surgir ninguna duda, pueden ser benévolo con una parte, más es de presumirse que no sean falsos.

Pero por el contrario, la presunción de falsedad aparece cuando las partes, conocedoras de todas las circunstancias del proceso, para reforzar una disposición de acusación o de defensa, citan a última hora a un testigo".

En cuanto al deber de rendir testimonio, consideramos desde un punto de vista estrictamente jurídico, como un derecho de carácter público ejercido por el Estado, a través del funcionario judicial para el cumplimiento de la función jurisdiccional penal. Por eso surge como una prestación obligatoria de parte de aquella persona, salvo las excepciones establecidas legalmente, que tenga calidad de testigo, de declarar la verdad para que asimismo se realice la administración de la justicia penal como uno de los fines perseguidos por el Estado.

Para algunos tratadistas este derecho tiene otra clase de configuración jurídica, entre ellos los más importantes

(18) Ob. Cit. Pág. 865. Tomo II.

como Mittermaier⁽¹⁹⁾ que es un "deber civil"; para Clariá Olmedo⁽²⁰⁾ es un "deber cívico" y como un "servicio de carácter público"; para Mario Oderigo⁽²¹⁾ es una "carga pública"; para Devis Echandía⁽²²⁾ como un "verdadero deber jurídico"; y para Florián⁽²³⁾ tiene el "carácter de derecho público"; criterio que aceptamos y consideramos más acertado, puesto que el Estado, a través del órgano jurisdiccional, puede ejercitar coactivamente este derecho para que el testigo sea llevado al Tribunal y declare; y si éste aún así se negare a hacerlo, se deberá ordenar su detención provisional por el delito de falso testimonio, conforme a lo estatuido por los Arts. 257 del Código Procesal Penal y 464 Pn., disposiciones que están íntimamente relacionadas, notándose de inmediato que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia.

Razón ha tenido el legislador al considerar al delito de falso testimonio como uno de los delitos contra la administración de justicia y más específicamente contra la actividad judicial, dándosele su verdadera autonomía de que hace destacar este derecho como inminentemente público y atributo del Estado; por eso no lo regula ya, como se encontraba en el arcaico Código Penal infiltrado entre ellos los delitos de falsedad; Título IV, Art. 250 de dicho Código añoso.

(19) Ob. Cit. Pág. 226

(20) Obra: "Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1963. Tomo II Página 264.

(21) Ob. Cit. Derecho Procesal Penal. Pág. 275.

(22) Obra. . . Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Edit. Temis 1969. Tomo VI. Pág. 417

(23) Ob. Cit. Tomo II. Página 86.

El deber de rendir testimonio comprende aspectos formales y sustanciales, o sea el contenido propiamente del testimonio.

Así tenemos que formales son:

- a) Deber de comparecer
- b) Deber de prestar juramento
- c) Deber de contestar a las preguntas cuando hay interrogatorio formulado.

Son sustanciales:

- a) Deber de decir la verdad
- b) Deber de decir todo lo que sabe acerca de los hechos
- c) Deber de permitir el examen de su persona
- d) Deber de suministrar o entregar las cosas, papeles o documentos que tengan relación con el hecho de los cuales menciona tener en su poder, o señalar donde se encuentran éstos.

H) Las condiciones personales y sociales del Testigo en lo referente a Circunstancias del lugar, hecho, tiempo, edad, sexo, instrucción y profesión del Testigo.

Nuestra legislación procesal penal ha tomado muy en cuenta agregados, a las ya analizadas en el literal anterior, las condiciones personales y sociales del testigo para completar y enmarcar una mejor apreciación del testimonio y del testigo, utilizando la sana crítica como coordinadora de un verdadero sistema de valoración probatorio del testimonio.

Podemos considerar en base a nuestra legislación, que entre las condiciones personales del testigo están: la edad, sexo y

la instrucción; y entre las sociales: la conducta, fama o antecedentes, el lugar del hecho, tiempo del mismo y la profesión del testigo.

Trataremos de hacer un nuevo análisis de estas condiciones. Así en cuanto a la edad, debemos considerar que no existe límite impuesto, sino que se le deja su apreciación al criterio prudencial del Juez tomando éste como antecedente para hacer esta calificación: la naturaleza del delito o sea si se tratare de un hecho grave o no, de aquellos delitos de carácter privado contra el pudor y la libertad sexual, sobre todo cuando las víctimas son también menores de edad; y por otra parte, el mayor o menor desarrollo intelectual del testigo; o sea que para que un Juez determine a ciencia cierta, debe de tratar de conocer al testigo y someterlo a un ligero examen para denotar si el menor testigo, no obstante, darse esos antecedentes, ha sido objeto de presiones e influenciado por partes de sus padres o familiares o si lo embargare un temor infundado en no declarar la verdad, no obstante haber sido señalado como testigo por una persona mayor que aquél o sus parientes; por eso el Juez debe de proceder con un gran cuidado y debe tratar con manos de seda (que infunda confianza) y con dulzura si es preciso, a esta clase de testigos y asimismo el testimonio dado por éstos deberá de analizarse para cada caso, porque puede dar lugar a un error judicial dado la personalidad del menor, ya que generalmente en ocasiones no puede llegar a diferenciar de lo verdadero o lo ficticio, no se le puede exigir analizar ni dar -

explicaciones lógicas de lo percibido porque éstas generalmente son ilógicas o fantásticas por su experiencia muy limitada en la vida, todo gira alrededor de sus imágenes, cuentos de hadas y de misterio, en ese mundo de asombro y juego que crean los niños y por eso se dice que ellos no dudan de las cosas, sino que las crean.

Ya Gorphe⁽²⁴⁾ señala: "En estas condiciones es absurdo pedir a un pequeño un testimonio verdadero: es incapaz de decir la verdad porque es incapaz de comprenderla. Por eso no debe colocarse entre las verdaderas mentiras; la mentira infantil, que hemos llamado "mentira lúdica". O sea la mentira elaborada con relación al juego infantil,

Se comprende que el niño tiende a la mentira generalmente, pero esta mentira no vendrá a considerarse como las mentiras de una persona talvez mayor de los siete años, que sí son verdaderas mentiras. Pero consideramos que el niño más que todo miente por miedo, por asombro o por un miedo ya coaccionado por otras personas mayores. Asimismo Gorphe⁽²⁵⁾ ha distinguido entre los niños: 1) "la mentira de defensa" que sucede con bastante asiduidad, en la que el niño oculta una falta para evitar un castigo; 2) "la mentira activa", esta es imaginación del niño para satisfacer tendencias como la pereza, la vanidad, la venganza o placer de mentir. Considero que al niño le ha gustado

(24) Ob. Cit. Página 94

(25) Ob. Cit. Página 93 y siguientes.

siempre mentir mucho y goza ver como los demás se afligen y se emocionan y él se siente muy importante, pero también siente miedo porque ha comprendido que ha mentido. Aquí también en esta clase de mentira considero que influyen mucho los sentimientos religiosos que rodean al hogar del niño; 3) "la mentira sugerida", o sea a base de grandes sugerencias, ya que el niño es personalidad en vías de desarrollo y por lo tanto es muy asequible a todas las sugerencias y a veces son sugestionados por los mismos padres para perjudicar a personas inocentes, como muchas veces ha sucedido entre nosotros, sobre todo en delitos contra el pudor y la libertad sexual o sugestionados por otros niños por razones de curiosidad en esta clase de hechos que se dan a menudo en nuestra época por el relajamiento de las costumbres y gran promiscuidad sexual.

Por nuestra parte, para evitar esta clase de errores judiciales, consideramos que la libertad dada al Juez para tener no por testigo a un menor de catorce años, muchas veces en la práctica se cometen abusos o arbitrariedades y las partes intervinientes en el proceso se quedan atadas, obligándose a consentir lo resuelto por el Juez; por eso es necesario que se dé también la facultad a las partes de pedir un previo examen psicológico del testigo menor para que científicamente se dé un dictamen certero de su capacidad de haber discernido o no sobre el hecho percibido, máxime tratándose de los delitos ya apuntados, y concluir si ese menor puede o no ser creído.

Como contrapartida de lo expuesto tenemos a los ancianos y

dada su edad avanzada, se hace mucho más riguroso examinar con más detenimiento su estado psíquico y sobre todo sus sentidos como la vista, por lo que muchas veces no se le debe tomar crédito a las filiaciones o descripciones de personas o lugares: el oído generalmente en todos los ancianos disminuye o se atrofia. Pero lo que considero más importante y es en lo que más incide, como causa probable de error en el testimonio senil, es la memoria, porque ya se sabe que el anciano vive de los recuerdos de su pasado y se ha observado que muchas veces relata mejor un hecho pretérito de hace muchos años con mayor exactitud que uno presente o de unos pocos días de haber acaecido.

Con respecto a la sugestionabilidad, hay que subrayar que se desenvuelve en forma diferente a la de los niños, el anciano construye, basado en sus recuerdos, las lagunas formadas en su mente y se ha observado además, que éste desconfía de todo el mundo, exceptuando algunas personas que reflejan autoridad como lo es un Juez, un Fiscal o un alto funcionario público como un Ministro de Estado o un alto Jefe o Gerente de una Compañía.

Por este debilitamiento de la memoria en relación a sus sentidos, tenemos como resultado lo que se ha llamado "demencia senil"; por ésto el Juez debe tener sumo cuidado al examinar a un anciano para no cansar su memoria, pues de lo contrario, construiría hechos basados en sus recuerdos y su testimonio sería producto de una sugestionabilidad involuntaria.

Con respecto al sexo, no hay ninguna distinción en nuestra

legislación como lo que fue en legislaciones antiguas, por considerar a la mujer más mendaz y sugestionable que el hombre y porque se le negaba ese derecho que tienen en nuestra época, se puede decir que la mujer está alcanzando el nivel de igualdad de condiciones jurídicas que el hombre. Pero siempre hay que tomar en cuenta condiciones no normales que posee la mujer en mayor realce que el hombre; y si aquéllas se dan, pueden lograr alterar su testimonio. Así Gorphe⁽²⁶⁾ y Florián⁽²⁷⁾ toman muy en cuenta las condiciones fisiológicas o psicofisiológicas que pueden producir perturbaciones de los órganos, en cuanto a la percepción y la memoria, o sea, desviaciones en el aspecto moral, especialmente a hechos sexuales; este autor considera el estado de menstruación y gravidez como causas de las perturbaciones. En cambio aquél se extiende hasta la menopausia de la mujer o sea la cesación natural de su menstruación; ya sea que estas condiciones se den en el preciso momento de la percepción o en la deposición.

La instrucción del testigo, es decir, se hace necesario saber qué grado de cultura posee el testigo, pues varias veces sucede que ciertos delitos cometidos en el campo, como lo es en la generalidad salvadoreña, que han sido presenciados por testigos que no saben leer ni escribir, éstos no dicen nada de los mismos aunque a veces el propio Juez instructor al levantar el acta de

(26) Ob. Cit. Página 122

(27) Ob. Cit. Página 310. Tomo II.

inspección los menciona como testigos presenciales, debido a esas circunstancias el testigo mejor calla de lo percibido y a veces cuando declaran evocan muy mal los recuerdos y por su propia manera de hablar pueden dar lugar a cometerse errores en la apreciación de cómo en realidad éstos sucedieron y por eso mismo no se les puede exigir muchas veces, grandes detalles que reflejan ya deducciones lógicas y que conllevan un esfuerzo mental; es pues lo que nosotros conocemos como "testigo rústico" o "testimonio rendido por el hombre del campo".

Nuestra legislación lo trata con cierta benevolencia y cuando se da el caso que esta clase de testigos expresare alguna falsedad, el Juez está facultado para decretar o no la detención provisional, tomándose en cuenta en primer lugar las condiciones personales, y la forma como éste haya declarado, qué clase de lenguaje haya empleado para dar a entender lo percibido. Así la parte final del Art. 214 del Código Procesal Penal es el juicio prudencial del Juez la que la determinaría; para el caso si lo considera rústico en base a ese juicio prudencial lo expresará así aduciendo además el porqué lo considera rústico y a veces se agrega la timidez como motivo de esta apreciación; así mismo también en lo Civil Art. 319 Pr., en su parte final, pero señala que esta rusticidad sea notoria, o sea pública y sabida por todos, nota que no es tan esencial para lo penal, pues estas circunstancias vienen a funcionar como falsas excusas absolutorias para el falso testimonio, no obstante que por esta circunstancia la credibilidad del testigo no se mantiene a pesar

de que haya en realidad percibido los hechos.

Naturalmente que esta credibilidad, basada en la cultura del testigo, aumenta en las zonas (donde vive el testigo) urbanizadas y en donde el testimonio de éste en relación con un rústico, puedan o estén situados en el propio escenario de los hechos ya sea en lo rural o lo urbano; y no podemos deducir que aquel hombre del campo por conocer muy bien el lugar o porque lo transita con bastante frecuencia debe dársele mayor credibilidad de aquél que por casualidad allí se encontrare; pero como ya lo hicimos notar, es precisamente por su capacidad cultural lo que le favorece una mejor percepción, renovación mnésica y sobre todo precisión con que hace la descripción de los acontecimientos realizados; desde luego se pueden dar excepciones.

La conducta del testigo como una condición social, se refiere más que todo a relaciones de buen trato con los demás, educación y costumbres o buenos modales reconocidos por otras personas, que den en el ánimo del Juzgador la rectitud y honorabilidad de su dicho; de la forma y manera ordenada en que conduce su vida, tanto pública como privada, porque de lo contrario resurgirá como consecuencia la mala fama por sus antecedentes, al saberse que éste lleva una vida licenciosa, desordenada como lo sería un dipsómano o alcohólico consuetudinario o de aquellos sujetos conocidos como peligrosos, condenados por falsarios, delincuentes profesionales o habituales, etc...

Ahora bien, con respecto al lugar del hecho se deben de tomar más que todo consideraciones de luminosidad o carencia de

ella, si es un lugar que permite una completa observación, si éste es plano o abrupto o es un lugar estratégico para cometer el delito como callejones, quebradas, etc., como muchas veces ha ocurrido en nuestra campaña; todas estas circunstancias debe de conocerlas el Juez en una forma bastante completa para determinar la credibilidad del testigo, más que todo el lugar preciso donde observó los acontecimientos y aún más si es lógico o físicamente posible está observación.

Con muy buen tino, Altavilla⁽²⁸⁾ expone su tesis al comentar la evocación mnémica que incluye en el ambiente y que el Juez si no lo conoce perfectamente puede controlar esta evocación, así expresa: "Esto significa que renovar la visión del ambiente en el que se desarrolló el acontecimiento, implica reintegrar la imagen mnémica y dar de nuevo dinamismo a la asociación y así los hechos vuelven al recuerdo en sus detalles más minuciosos".

Por eso considero prudente que el Juez instructor, al replicar a un testigo ya conociéndose de antemano el lugar donde ocurrió el hecho o se desconozca, es necesario levantar el acta de declaración en el preciso momento que el testigo relate ampliamente los acontecimientos y fije los puntos y distancia de observación.

Lo anterior tiene también mucha relación con respecto al tiempo de haber ocurrido el hecho, o la "hora de ejecución" acom

(28) Ob. Cit. Página 837. Tomo II

pañado de las circunstancias de percepción del mismo.

La hora de ejecución, generalmente es aproximada, pero es timo que el legislador nuestro ha querido por lo menos partir de cierto tiempo en su desarrollo. Muchas veces hemos observado que algunos jueces han realizado ampliaciones de inspección de tipo nocturnas cuando el testigo ha manifestado que el hecho percibido, como ocurrió en el campo, pudo verlo porque a esa hora la luna se encontraba en su plenilunio o cuando se dice "luna llena", y el Juez señala cabalmente la hora y día de esa diligencia cuando llegue la luna a esa fase para constatar lo afirmado por el testigo; otras veces se han visto casos que el testigo relata que a tal hora de la noche vio los hechos debido a un foco o lámpara colocada en determinado lugar y por el fenómeno refractivo pudo distinguir a determinada persona; pero en este último caso se requiere de un sumo cuidado para practicar este tipo de diligencias porque casi siempre se alteran estas circunstancias por las señales dejadas que denotan la alteración a que como originalmente se encontraban y no obstante por ello lo afirmado por el testigo se tendrá que reconstruir tal como éste señalare como se encontraban aquéllas. O cuando el hecho ha sucedido en horas de la tarde, sabemos que depende de la época del año, cuando el sol se oculta más temprano y pronto viene la noche, como sucede en los meses de noviembre y diciembre en nuestro medio.

La profesión del testigo, se refiere en una forma amplia y no como perteneciente a una determinada profesión concretamente

a lo que llamamos a un profesional, sino que puede serlo aquel que profesa por mucho tiempo y en forma estable en un empleo, facultad u oficio y que se ejerce públicamente; así en este sentido se tomará a un pintor, escultor, empleado judicial, policía, músico, periodista y aún más a una prostituta.

Esta condición personal del testigo reflejará al examinar su deposición para el Juzgador un cierto interés; primero la intención en proteger el testigo al miembro de su oficio; asimismo al presunto imputado de un hecho delictivo que formare parte de su gremio o tratará de desprestigiarlo por alguna rivalidad existente dentro de su mismo gremio; y en segundo lugar se detectará, por ese interés, que el relato no es lo suficientemente completo, pero sí lo será de lo que llamó la atención al testigo por su percepción y que muchas veces pueden darse lugar a errores o equivocaciones cuando hay varios testigos presenciales de determinados hechos en que no reparan de ciertos detalles.

Otro error, como ya lo hicimos notar, debido a circunstancias que la rodean tales como ambiente, el lugar, etc... no son testigos a veces muy veraces por proteger el medio ambiente en que se desenvuelven, y entre éstos están las prostitutas, los cantineros, meseras, topeteros, etc..., y aún siéndolos, no se les llega a tener suficiente fe porque la experiencia, generalmente lo ha demostrado, que tienden a desfigurar los hechos o a encubrir a determinadas personas que son los verdaderos autores del delito.

I) La cantidad de los Testigos. El Testigo Unico

Sobre este punto, históricamente se consideró que para llegar a la certeza de culpabilidad de una persona, eran necesarios dos testimonios contestes, es decir armónicos, no contradictorios, sino uniformes. Se ha considerado por parte de algunos autores que éste tiene sus inicios en el derecho antiguo israelita de las famosas leyes bíblicas de Moisés, y por este influjo se puede decir religioso, fue introduciéndose a las legislaciones posteriores, más que todo de tipo occidental, romanos y germanos, así como ingleses. De este modo se le consideró una gran importancia al número o cantidad de los testigos, debido a la gran desconfianza que se tenía del testimonio, así como la dificultad en apreciarlo.

Así lo han hecho notar Gustavo Humberto Rodríguez⁽²⁹⁾ que se sentaron varias reglas para resolver problemas de valoración que se presentaban con respecto a la cantidad de testigos; y este autor las resume así: "a) Si un testigo contradice a varios, esa contradicción no basta para que el testimonio de uno no justifica ni condena; b) Si varios testigos contradicen a otros varios, prevalece el testimonio de lo que son más, a no ser que los que son menos sean mayores o hablen concordemente. Siempre prevalece el testimonio de los más; c) Si los testigos son enteramente iguales, tanto en número como en dignidad, entonces se da sentencia en favor del reo; d) Un

(29) Ob. Cit. Tomo II. Página 423.

testigos sobre lo negativo se les cree más que a uno sólo sobre lo afirmativo".

Esto pues, ya es un resabio de una época histórica de sistemas absolutistas, donde se atendió con vehemencia a la prueba tarifaria legal. Entre nosotros el antiguo Código de Instrucción Criminal, recientemente derogado, se inició por medio de las reformas (ver D. L. No. 2510 del 10. de noviembre 1957 D.O. 20 nov. 1957) al Art. 407 Regla 4a. y que trataba de la regulación de la prueba testimonial modificándola de la prueba testimonial civil, en el sentido que el Juez para apreciar este medio probatorio, cuando fallare en base a la prueba de autos o recogida en el proceso, no tomaba en cuenta "el número ni la calidad de los testigos". El Juez lo que hacía era una relación de los testimonios que fueren conformes con otros medios de prueba como la inspección personal o la pericial y con la recogida para probar el cuerpo del delito. De modo que el funcionario judicial hacía un análisis para la valoración del testimonio bastante limitado, enmarcado a esos lineamientos, pero no tenía la libertad de razonar según sus propias convicciones; y por lo tanto, siempre en todo proceso se debe partir de dos testigos en ese análisis puramente lógico. Por esa situación no se admitía límite alguno en cuanto al número o cantidad de los testigos y se argumentaba que si aumentaba el número de testigos contestes, no cabía la posibilidad de errores o mentiras; pero se observó que la imposibilidad era más grande del esfuerzo mental que debería hacer el Juez al comparar tanta declaración, lo

que vino a resultar como consecuencia, una gran potencialidad de errores en su aplicación y una retardación injusta en la depuración del proceso. Por esta razón considero que nuestro Código Procesal Penal, ha puesto un límite en la cantidad de testigos, límite que es racional o en la forma que Florián⁽³⁰⁾ dice al expresar: "que resulta aconsejable un número adecuado de testigos porque hace posible el análisis recíproco y la crítica. Por otra parte, se disminuye la posibilidad de error en el resultado total". Así el Art. 200 del Código Procesal Penal, expresa: "El número de testigos que deberá citarse para el esclarecimiento de los hechos será limitado al necesario, a juicio prudencial del Juez.

Las partes podrán presentar testigos que creyeran conveniente para justificar sus acciones y defensas, pero el Juez podrá limitarlos a los necesarios conforme lo dispuesto en el inciso anterior".

Y para corroborar lo expuesto, el Art. 296 de dicho Código que regula el proveído del auto de elevación a plenario, en su inciso segundo establece: "No será necesario que la instrucción esté agotada para proveer dicho auto, sino que queda al criterio prudencial del Juez la estimación sobre la suficiencia de la depuración".

Ahora bien, nótese que el Art. 407 I, Regla 4a., el Juez no tomaba en cuenta tampoco ni la "la calidad" en los testigos

(30) Ob. Cit. Página 321. Tomo II.-

para resolver, es aquí que al introducirse y aplicarse la ciencia psicológica experimental en materia penal, y haberse publicado obras como la de talla de Francisco Gorphe, "Crítica del testimonio y apreciaciones de las pruebas", o del italiano Enrico Altavilla: "Sicología Judicial", se dio por sentado que la eficiencia probatoria de la prueba testimonial, no radicaba en la cantidad de los testigos, sino que en la calidad del mismo, dependiendo su valor de la crítica científica que de él se hiciera en cada caso concreto.

Entre nosotros, el legislador le ha dado completa libertad de apreciación al Juez, para tenerla como "prueba suficiente", la declaración de un sólo testigo. Así la parte final del Art. 498 del Código Procesal Penal, estatuye: "La sola declaración de un testigo presencial del hecho investigado, podrá ser apreciada por el Juez como prueba suficiente de la delincuencia".

Pero hay que hacer notar, que esta facultad está dada solamente: a) que se tratare de un testigo presencial del hecho investigado; b) que se refiere a la delincuencia y no al cuerpo del delito; y c) como consecuencia lógica, necesariamente debe reunir en primer lugar las condiciones señaladas en esta disposición como especiales y las generales del Art. 497 del Código Procesal Penal ya comentadas.

Considero como último mostrar los tres puntos importantes en que resumió Couture⁽³¹⁾ las conclusiones sobre la apreciación de este medio probatorio, así expone:

"1o. Que es regla de la sana crítica la que obliga al Juez a

(31) Ob. Cit. "Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial". Pág. 280.

examinar los testigos considerando (junto con sus otros múltiples elementos de juicio), el error que es propio e inherente a la declaración testimonial. Frente a cada testigo deben ser examinados el origen y los medios de la declaración para extraer de ellos los necesarios juicios de valor.

- 2° Que el error que es connatural a la declaración, no quita a ésta su autoridad. Leves contradicciones de los testigos frente a circunstancias de detalle, han sido aceptadas muchas veces por la jurisprudencia como un mérito y no como un defecto de la prueba....
- 3° Que los antiguos preceptos relativos al número, edad, sexo, razón, categoría social o económica de los testigos, carecen hoy de justificación científica. Pero un examen de la idiosincracia de cada testigo, de su inteligencia, de su penetración, son indispensables antes de toda valoración". Como ejemplo práctico de aplicación de la prueba testimonial, tal como la hemos desarrollado anteriormente, exponemos el siguiente caso:

Antecedentes: En el Juzgado Segundo de lo Penal, de la ciudad de Sonsonate, se inició un proceso penal por medio de denuncia a las ocho horas y cuarenta minutos del ocho de agosto de mil novecientos setenta y tres, en el cual se procesaron a tres agentes de la Policía municipal de Nahuizalco, y al barrendero del Mercado Municipal de esa población, por el delito de Robo de dinero en perjuicio patrimonial de "E".

Los hechos conforme al proceso, según denuncia, suceden a las doce horas del cinco de agosto del año de mil novecientos se ta nta y tres, en un puesto de venta de granos, situado en el Mer ca do Municipal de Nahuizalco a cargo de la víctima u ofendido "E", cuando éste es capturado por esos tres Agentes de la PO LI ci a Municipal, haciéndose acompañar del barrendero Municipal y cobrador del mismo mercado, y conforme la denuncia, se dice que éste último dijo que había que registrarlo, sacándole de la bol sa derecha del pantalón y de la camisa las cantidades de ¢ 500.00 y ¢ 98.00 respectivamente, en billetes de varias denominaciones.

De lo anterior, ese Tribunal dictó la siguiente resolución:

"Ju ga do Segundo de lo Penal: Sonsonate, a las diez horas del día treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y tres.

Estando depurado el presente informativo, hay que resolver si en definitiva procede entrar a la fase contradictoria del proceso, elevando a plenario o sobreseer; y después del estudio de la prueba y de todas y cada una de las circunstancias que incidieron en la secuela del sumario, este Tribunal considera que lo procedente y legal es sobreseer por falta del cuerpo del delito en razón de que los testigos de fs. 6 (en el proceso: "A", citado por "A", declara a las nueve cuarenta y cinco del veintiuno de agosto de mil novecientos setenta y tres, de cuarenta y un años, jornalero, hermano del ofendido, del domicilio de Na huizalco, Cantón Sabana, San Juan Abajo), de fs. 9 (en el proceso: "B", conocido por "B", declaró a las nueve y quince del

Sin embargo, aún así, no se les puede creer por que existen otras circunstancias que invalidan sus dichos.

b) Que por propia declaración de los testigos, son hermanos con el ofendido (los de fs. 6 y 9).

c) Que "B", según consta en fs. 5, se negó a declarar hasta que estuviera presente su abogado, circunstancia insólita en nuestro derecho procesal, que excluye la espontaneidad y la veracidad del testigo, puesto que el mismo se coloca en la calidad de presunto indiciado. Si una persona va a relatar los hechos que le constan, por qué negarse a hacerlo si no está presente su abogado?

d) Cuando se ordenó a fs. 35, la reconstrucción del hecho, los testigos "A" y "B" y "C", no concurrieron a la cita y se ordenó a fs. 42 primero y 48 después, hacerlos comparecer por apremio y, como consta en autos a fs. 52, que los testigos "A" y "B", cuando les llegó el citatorio para la reconstrucción, "desaparecieron repentinamente de sus casas, donde no dan razón de sus paraderos" o sea, se han escondido, esta circunstancia unida a las anteriores hacen que el Tribunal no crea en la veracidad de sus dichos.

Por qué razón los testigos se esconden?. La razón es la siguiente: los testigos falsos creen que la diligencia probatoria de la reconstrucción tiene como fin ponerles una trampa para descubrir sus mentiras o falsedad, y no la de ilustrar sus propias deposiciones, para corregir cualquier inexactitud o error de su primera deposición.

Pero cuando el testigo cierra esa vía, qué se debe pensar de él?.

Todo lo dicho es más que suficiente para no creerle a los testigos mencionados, pero si a eso se le añade lo que consta a fs. 28, 29 y 30 (conforme al proceso a fs. 28, declaró la testigo "D"; a fs. 29 se encuentra la petición del defensor en la que pidió la detención de la anterior testigo por incurrir en notorias contradicciones que hacen que su testimonio se considere falso; y a fs. 30 resolvió el Juez decretando la detención de la mencionada testigo por el delito de falso testimonio y mandó a certificar lo conducente para que se instruyera por separado el informativo contra dicha testigo) y el funcionario judicial expuso: "como bien lo expresa el ilustre Carrara, "el testigo debe de ser veraz acerca de todo, e incluso en la declaración de su nombre, por lo cual también engañará a la justicia cuando ocultara alguna calidad suya influyente (por ejemplo, - el parentesco con el acusado o con el acusador, añade el funcionario) para ser más creído . Y consta a fs. 28 que la testigo "D" manifestó que no tenía parentesco, ni enemistad con "E" - (el ofendido) ni que tampoco conoce a la mujer del mencionado - "E", para manifestar después a repreguntas del suscrito que es cuñado de "E", es decir, pariente legal en el primer grado, - pues es mujer de "B", hermano de "E"; y que conoce también a la esposa de éste de nombre "F".

Por lo expuesto, es procedente decretar la detención de la testigo "D", por lo que así se resuelve. Líbrense las correspondientes órdenes para su captura.

Con la última testigo resulta evidente que la prueba testimonial vertida en este juicio por el ofendido no puede hacer fé; y por lo tanto, como no se ha establecido con esos testigos la preexistencia y desaparecimiento, es decir, el cuerpo del delito no se ha probado y lo procedente es sobreseer con restricciones para esa causal, ya que como bien se expresa don Rafael Gallinal y Ramponi, que "los testigos son admisibles como prueba, pero es necesario para que prueben verdaderamente los hechos que se revelen dignos de fé por la calidad de las personas, por la naturaleza de las cosas, por el concurso de circunstancias que no dejan duda y que no se contradigan". En resumen, continúa el profesor Gallinal, los testimonios deben de ser atendibles, ciertos, conformes, no a los que pueden admitirse como medios de prueba consentidos por la ley, sino que a los admitidos, llegan a demostrar la verdad del hecho. Esta regla continúa, no está escrita en los Códigos, pero sin duda, testimonios inatendibles, inciertos, contradictorios, no hacen prueba, como no harán pruebas presunciones ligeras, dudosas, discordes, aunque el Código no dijere que deben ser graves, precisas, y concordantes.

En consecuencia se resuelve:

No habiéndose comprobado plenamente el cuerpo del delito, con las restricciones de ley y de acuerdo con el Art. 181 N° 2 I, sobreséese a favor de "X", "T", "S", "Y", y "Z", por robo de dinero en "E".

Continúen los procesos "X", "T", "S", "Y", "Z", en la libertad en que se encuentran, mediante fianza de la haz que por la suma de ¢ 800.00 el primero y por la suma de ¢ 500.00 cada uno de los restantes, deberán rendir con persona abonada y oportunamente levántense las órdenes de captura libradas.

Si no se apela, consúltese este sobreseimiento con la Honorable Cámara de lo Penal de Occidente. Notifíquese."

Nota Aclaratoria: Los paréntesis que aparecen en esta resolución algunos de ellos se han colocado para dar mayor campo de claridad y conocimiento del proceso, pues no forman parte de ella.

Este sobreseimiento fue confirmado por la Cámara de lo Penal de Occidente por resolución de las once horas con treinta minutos del día diecinueve de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Por razones obvias se han omitido los nombres en esta sentencia.

CAPITULO X

LA PRUEBA PERICIAL, VALORACION Y APLICACION PRACTICA

- A) Concepto de Perito y Peritación
- B) Clases de Peritos. La juramentación
- C) Perito y Testigo. Diferencias.
- D) Capacidad del Perito.
- E) Requisitos del Dictamen Pericial, Presentación, Ampliación y Explicaciones.
- F) El Dictamen Pericial y la Apreciación como base para una Presunción.

A) Concepto de Perito y Peritación

La ciencia en su continuo desarrollo, va transformando al mundo en todos sus aspectos tanto biológicos, psicológicos o científicos, etc.; lo que hace del saber humano muy amplio y al mismo tiempo se van profundizando materias y disciplinas que por su especialización se hacen autónomas y por lo tanto surgen personas llamadas "técnicos" que se dedican a estos estudios durante el transcurso de una gran parte de su vida, logrando dominar y conocer a perfección el ámbito a que se han dedicado.

En el campo del derecho se tienen que tomar en cuenta esos estudios y esas técnicas que vienen a aportar elementos de juicio valiosos e indispensables para el conocimiento acertado de las situaciones jurídicas especiales que se presentan, por lo que se hace necesario del perito para determinar con exactitud

el caso cuestionado ante los ojos del Juez.

Perito, pues, viene a ser como aquel hombre especializado en ciertos conocimientos de carácter científico y técnico; así en nuestra época apreciamos que es necesario el auxilio de otras ciencias para lograr comprender y fijar decisiones importantes en el campo jurídico que entrelaza toda la actividad humana; por ejemplo, las ciencias matemáticas no se aplican ni se explican sin la lógica, el idioma sin la lingüística, la pedagogía sin la didáctica, etc.

La técnica se ha definido⁽¹⁾ como "Conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte. Ejemplo del conjunto de conocimientos científicos de la humanidad con un fin utilitario, a fin de conseguir determinadas mejoras en las condiciones de vida, La técnica consta de creación e invención de procedimientos, mejora de los ya existentes, búsqueda de recursos y organización de todos ellos al objeto de conseguir la realización del fin perseguido. Promueve el avance de la ciencia al buscar con fines prácticos soluciones que luego son trasladables al campo teórico, aunque sin embargo, también la teoría pura da lugar a la técnica, al encontrar soluciones aplicables a la vida práctica".

Pero hay que tomar en cuenta que la técnica puede entenderse en su doble acepción de conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte, y de habilidad o

(1) Diccionario Enciclopédico Básico. Editorial Alfredo Ortello, Valencia, España.

pericia para usar tales recursos y procedimientos.

Pero no siempre el científico es técnico, ni todo técnico es científico. La especialización tiende a reunir las dos calidades. En la práctica, el perito tiende a integrar la capacidad técnica del científico y del técnico.

Por eso llamamos perito, conforme a Larrañaga y De Pina⁽²⁾ "a la persona entendida en alguna ciencia o arte, que puede ilustrar al Juez o al Tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad concreta para cuyo examen se requieren conocimientos especiales en mayor grado que las que entran en el caudal de una cultura general media".

Desde el punto de vista judicial, en relación con el cometido del perito dentro del proceso, doctrinariamente existen dos tendencias: a) La sostenida por Clariá Olmedo, Carnelutti, Ellero y otros; consideran que los peritos son colaboradores o auxiliares del Juez; y b) Sostenida entre varios autores, entre ellos Florián, que los peritos son órganos de prueba, ya que para éste, órgano de prueba⁽³⁾ es: "la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del Juez y eventualmente de los demás sujetos procesales".

Y se sostiene que como personas físicas aportan un conocimiento técnico, una información o un concepto que interprete un hecho.

(2) Obra citada, página 280.

(3) Obra citada, Página 128. Tomo I.

Entre nosotros se acepta la primera, como claramente se puede constatar en el Art. 83 del Código Procesal Penal, que los llama: "cooperadores técnicos o peritos".

Florian⁽⁴⁾ ha sido el que ha introducido el concepto de Peritación como medio particular de prueba, y así expresa: "La Peritación es el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica". Y agrega "Sólo que el carácter técnico de una ciencia o de un arte es propio, pero no exclusivo de la peritación; ya que de modo accesorio puede infiltrarse en otros medios de prueba. Y esto ocurre precisamente en la percepción directa que hace el Juez en las actividades desarrolladas de la policía judicial y en los testimonios mismos; en efecto, el Juez, como que la ley no se lo prohíbe, puede tomar huellas y recoger otros datos de índole técnica,.. los funcionarios de policía judicial pueden recoger huellas, estudiarlas y tomar fotografías,... y los testigos..., pueden declarar acerca de asuntos de índole técnica, puesto que no hay ninguna prohibición, y al concepto de testimonio le es indiferente que la persona que declara haya hecho la percepción con o sin conocimiento de una técnica o arte".

En nuestra legislación no se ha conceptuado la peritación, pero este concepto puede deducir de las disposiciones del

(4) Obra citada. Página 323. Tomo II.

derecho positivo; así tenemos los Arts. del Código Procesal Penal: Art. 152: durante la inspección se pueden levantar planos, trazar croquis, etc., en el Art. 155... podrá ordenarse además que se tomen impresiones digitales y fotografías del cadáver; el Art. 162, caso de ser necesarias las pruebas o análisis a que se refiere el Art. 166, se ordenará practicarlas, etc..

B) Clases de Peritos. La Juramentación

Los peritos pueden ser reglamentados desde dos puntos de vista: a) según la forma como éstos hayan adquirido sus conocimientos técnicos, pueden ser: 1) titulares o permanentes; que son aquellos que han realizado estudios académicos correspondientes o de especialidad en su arte, ciencia o profesión y que han recibido un título o estén por recibirlo del Estado o de otra autoridad, Ejemplo: médicos forenses, psiquiatras, psicólogos y los que se señalan en el Art. 83 del Código Procesal Penal. 2) Prácticos o empíricos o accidentales; son aquellos cuyos conocimientos técnicos han sido adquiridos a base de experiencia o debido a un ejercicio habitual de una actividad u oficio y que carecen de formación académica. Ejemplo: las famosas parteras, optometristas, mecánicos, etc..; b) según la investidura que ostenten, pueden ser: 1) Oficiales; son aquellos en que el Estado designa a alguna persona con el cargo de peritos, teniendo en cuenta para ellos, además su calidad de titulares.

Ej: el traductor, el médico forense, el topógrafo, el psiquiatra, etc.; así tenemos para el caso, cuando la Corte Suprema de Justicia nombra los peritos oficiales. Art. 83 literal d) del Código Procesal Penal. 2) Particulares: son aquellas personas que sin ser propuestas por las partes intervinientes en el proceso, y que reúnen conocimientos técnicos o profesionales reglamentados en el país, para que el Juez los nombre como peritos. Conforme a nuestra legislación no sólo las partes podrían proponer a su costa el nombramiento de peritos particulares; sino que el Juez, si lo creyere conveniente podrá hacerlo, así tenemos lo dispuesto en el inciso final del Art. 106 del Código Procesal Penal, al referirse a análisis químicos y exámenes de carácter científico: "cuando el Juez creyere conveniente que los exámenes o análisis en referencia sean verificados en un laboratorio particular, lo dispondrá así, en cuyo caso nombrará perito al Jefe o Director del establecimiento respectivo".

En cuanto a la juramentación, según Caravantes, citado por Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil: "el juramento consiste en la invocación tácita o expresa del nombre de Dios como verdad primera o infalible, poniéndole como testigo de la certeza de lo que se declara, o bien la negación solemne de un hecho, tomando a Dios por testigo de la verdad de lo que se declara. Dícese juramento de la palabra - jus jurandum, compuesta de jure y jurando porque considérase lo que se jura como ley o derecho o porque debe tenerse por verdad lo que establece, siendo Dios y el Juez testigo".

El juramento puede ser de varias clases:

- a) Acertórico, cuando se afirma o niega un hecho pasado;
- b) Promisorio, cuando mediante él se contrae alguna obligación;
- c) Judicial, el que se hace ante el Juez; y éste puede ser:

1.) de calumnia, que se llama también de la mancuadra y que consistía en la afirmación de que se entabla el pleito para obtener justicia y no para vejar al demandado.

Esta clase de juramento existió en España y este término de la mancuadra, significa de la mano cuadrada, ya que se prestaba sobre cinco artículos, así como la mano que es cuadrada o acabada; 2) de malicia, es el que prestaba uno de los litigantes cuantas veces lo pide su adversario, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos o excepciones que propone antes o después de contestada la demanda sobre que no procede la malicia, sino por creer que le asiste el justo derecho para proponerlos; y 3) de decir la verdad: la manifestación de decir verdad y sólo la verdad de lo que se le ha pedido al declarante o propuesto al perito.

Por lo expuesto anteriormente, el juramento se basa en la invocación, es decir, el llamamiento, la imploración, o la apelación de otro, ya sea Dios o el honor de la persona como auxilio o ayuda de probar de decir verdad o de cumplir lo propuesto.

Es de notar, que tanto al testigo como al perito, la ley exige el juramento; pero para este último no es tan estricta

esa imposición, ya que para éste es un deber, una obligación de prestación de servicios aún en formas más eficientes y verídicas. Florián hace distinción de la peculiaridad del juramento, del perito en ese sentido, como prestador de servicios y que tiene enmarcado varias formas en cuanto a esa obligación: deber de asumir el cargo de perito, de comparecer, de prestar juramento, de obedecer al Juez y ser diligente, de lealtad y de secreto. Si el perito falta a esos deberes, es sancionado penalmente.

Es de suma importancia, distinguir la característica y fin del juramento del testigo y del perito, esta última lo hace resaltar muy bien Mittermaier, criterio que por lógico aceptamos, en donde se expone que ya no sirve invocar una supuesta analogía entre el deber de rendir testimonio y el de desempeñar las funciones de perito, ya que dicha analogía no existe, el Juez no puede sustituir a su antojo un testigo que tiene cosas importantes que decir por otro testigo cualquiera; mientras sí le es posible elegir un perito en lugar de otro.

Para emitir un dictamen técnico, el perito necesita tiempo y trabajo, situaciones que no son importantes para el testigo, pues solamente debe de relatar lo que ha hecho o ha visto; asimismo debe de distinguirse si fue nombrado perito para aquella clase de objetos sobre los cuales se necesita un dictamen o si no lo ha sido así. Puede negarse a desempeñar su cargo en el momento de su nombramiento y por excepción solamente se exceptuaría cuando su labor a desarrollar sea de tal naturaleza

que le podría ocasionar un peligro para su vida o para su salud. Por ejemplo en autopsias de cadáveres putrefactos o el examen de lugares u objetos de naturaleza explosivos o inflamables, etc.; debiéndose además, para el caso de realizarse un dictamen, tomarse las precauciones necesarias para evitar consecuencias mortales, y apesto el perito podrá pedir que se tomen esas precauciones; así aquel quien fue citado y no en su calidad de perito, no puede obligársele a que preste sus servicios.

En nuestra legislación nos llama poderosamente la atención que en el Art. 83 del Código Procesal Penal, se señalan que los cooperadores técnicos o peritos, son de dos clases: permanentes y accidentales. Con respecto a estos últimos el inciso final del Art. 84 de ese Código, que dispone sobre la calidad habilitante del perito, expresamente dice: "desempeñarán el cargo previo juramento bajo pena de nulidad de su dictamen"...

Con respecto a los peritos permanentes, no se ha dicho expresamente como requisito previo la juramentación; y por lo ya expuesto anteriormente, sostengo que no es necesario que se exprese como requisito de validez del dictamen, porque tácitamente se comprende la invocación ya hecha de antemano cuando fue nombrado por su calidad de permanente toda vez de los señalados en tal calidad por dicha disposición. En la práctica de nuestros tribunales, se puede observar que juramentan a esta clase de peritos, circunstancias que no hace desmerecer la validez del dictamen; pero como ya lo señalamos, esta situación no es un ..

requisito esencial para que no se produzcan los efectos jurídicos del dictamen elaborado por esta clase de peritos. Comprendo que si el legislador destacó el juramento previo para los peritos accidentales, es en base a que éstos no tienen ese deber, porque sólo lo son no para cualquier función o actividad ordinaria en que se requieran conocimientos especiales; sino para una función específicamente determinada y no se les exige a los permanentes, como verdaderos auxiliares o cooperadores asimilados en la administración de justicia y que el Juez en cualquier momento de su labor investigativa dispone de éstos.

C) Perito y Testigo. Diferencias

La doctrina ha sostenido que la diferencia principal entre el testigo y el perito consiste en que aquél sólo narra hechos y éste formula juicios sobre los hechos controvertidos; pero Carnelutti, citado por Pallares, sostiene que esto es falso, porque la declaración de los testigos se basa forzosamente en juicios elaborados por ellos, que no por carecer de carácter técnico deja de ser juicio. El perito se distingue del testigo en que aquél aporta al debate juicios de valoración y de carácter técnico, fundados en el arte o en la ciencia; mientras que el testigo sólo declara lo que percibe por medio de sus sentidos y señala, ya concretando:

- 1) El perito es un sujeto, el testigo es un objeto del proceso;
- 2) La ciencia del perito se forma en el proceso; y la del testigo fuera del proceso en el sentido de que primero actúa para -

lograrla en cumplimiento de un encargo del Juez y el segundo sin encargo.

Carnelutti, en sus "Lecciones de Derecho Procesal Penal", citado por Gustavo H. Rodríguez, hace destacar otras diferencias:

- 1) El perito es sujeto de un poder, el testigo de un deber;
- 2) El testigo adquiere experiencia del proceso, en cambio el perito dentro de él;
- 3) El Juez llama al testigo porque conoce ya un hecho, y al perito para que lo conozca.

De los tratadistas que mejor han desarrollado este tema, a mi juicio, es Eugenio Florián⁽⁵⁾ y considero que entre perito y testigo, existen diferencias sustanciales y formales. Entre las primeras están:

- 1) En el perito siempre es necesaria la posesión de peculiares conocimientos técnicos, de los cuales debe hacer uso para desarrollar su labor, es decir, para el desempeño de su función en el proceso; a la inversa, en el testigo faltan esos conocimientos, o si bien existen, por lo general son inoperantes o no se emplean de modo especial para cumplir la función que al testigo le está asignado en el proceso.
- 2) La relación que tiene el testigo con el hecho imputado es individual, contingente, histórica, requisitos que faltan

(5) Obra Citada. Pág. 159 a 164. Tomo I.

en la relación del perito con el hecho, pues esta es racional y científica. Además, la relación del testigo con el hecho se deriva de haber sido espectador de él, mientras la del perito tiene su fundamento en que éste posee y emplea nociones o aptitudes técnicas.

3) La persona del testigo tiene relevancia en cuanto a la prueba, o mejor; en cuanto a su función, ya que sólo la persona que vió u oyó se encuentra en condición de narrar las percepciones que tuvo; en cambio la persona del perito no tiene trascendencia jurídica, puesto que siendo su función suministrar principios técnicos, observar condiciones de cosas o de personas u obtener datos concretos, aplicar los principios de la técnica y las observaciones de hecho, propios y ajenos, y suministrar apreciaciones pudiendo utilizar la capacidad de cualquier persona idónea y no necesariamente de otra determinada persona.

4) El testigo por lo general, no puede ser representado o sustituido; y en cambio sí lo puede el perito en forma plena. Anulado el testimonio de una persona no puede reemplazársele con el de otra persona, bien puede sustituirse por el dictamen elaborado por una persona distinta.

5) En cuanto a la función que desempeña el testigo, se le asigna la conexión histórica que tiene con el hecho; y si el Juez hace una elección, esta no puede fundarse sino en el prestigio y la honorabilidad de la persona y no puede tener en cuenta sino la importancia y la pertinencia de lo que dirá; por el contrario, para intervenir en el juicio el perito exhibe como -

título su ciencia o arte que muchas otras pueden poseer y por tal motivo entra en el proceso como fundamento en su elección; o lo que es lo mismo decir, por Faustin Hélie, en su obra de Instrucción Criminal: "El delito crea a los testigos; los peritos al contrario, los elige el Juez".

6) El testigo puede ser impugnado como falso después de haber rendido su declaración; en cambio el perito previamente puede ser recusado.

7) Cualquiera persona puede servir de testigo, aún el menor y hasta el demente, agregamos nosotros, si obra el primero con suficiente discernimiento y el segundo lo haya hecho en un intervalo lúcido; por el contrario al perito se le exigen requisitos especiales de edad, de normalidad mental, de idoneidad técnica en relación con las investigaciones concretas que ha de efectuar.

8) En cuanto a la técnica procesal, al testigo lo llevan al proceso las partes en forma amplia, salvo el control del Juez en cuanto a su número y pertinencia; al perito, por lo general lo lleva al proceso un acto expreso o tácito del Juez.

9) La declaración del testigo es siempre individual; en cambio los peritos pueden presentar sus conclusiones de sus dictámenes en forma común.

10) El testigo debe permanecer fiel a las percepciones recibidas; en cambio el perito a las reglas y principios de su ciencia, observándolos y aplicándolos en el curso de sus indagaciones, debiendo ser leal con el resultado de ellas.

11) La declaración del testigo es controlable por el Juez en forma autónoma, auxiliándose de los principios lógicos y la psicología judicial; en cambio para el control del dictamen pericial no sólo basta eso, es necesario el auxilio del mismo perito o peritos para que lo amplíen o de otro perito.

Entre las diferencias formales están:

1) El testigo hace sus observaciones en forma casual y sin el fin de cumplir con una función oficial y de relatar al Juez; por el contrario el perito, cuando se le designa para hacer observaciones, las realiza por mandato y con el fin y la intención de cumplir con el deber de su cargo.

2) El testigo como el perito pueden jurar, pero el contenido de sus funciones y fines, como ya lo expresamos al hablar de la juramentación, son distintos.

3) El perito está facultado de amplios poderes, entre los cuales es característico el de interrogar a las partes y a los testigos, en cambio estos últimos no.

4) El testigo realiza una prestación jurídica en cumplimiento de un deber social y sólo podrá exigir reembolso de gastos de viaje o de estadía; el perito en cambio, cumple con un encargo profesional y recibe remuneración adecuada.

5) Por nuestra parte agregamos, conforme a nuestra legislación, que los peritos accidentales pueden ser recusados, y los testigos sólo tachados, nunca recusados o sustituidos por otros.

D) Capacidad del Perito

La capacidad se puede entender jurídicamente conforme a Pallares⁽⁶⁾ como "la condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa, la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público". En este último concepto la tomaremos, porque la capacidad que se requiere para ser perito comprende el conjunto de requisitos o atributos necesarios y propios de una persona que pueda desempeñar su función procesal.

Se sostiene que cualquier persona, desde un punto de vista abstracto, en cuanto a su aptitud, se considera idóneo para desempeñar la función de perito, sin distinción de sexo, de nacionalidad, porque lo puede ser o bien una mujer o un extranjero. Pero en nuestra legislación nunca podrá serlo un funcionario o un empleado del Poder Judicial, porque en la práctica se ha constatado a pesar de que estas personas tengan es aptitud de ser peritos, la elaboración de sus dictámenes en un plano medio, no valorizan la realidad de los objetos sometidos a peritación, sobre todo objetos de valor, en los delitos contra la propiedad unas veces siendo éstos irrisorios y otras veces grotescos, dándole mayor valor real del que poseen; pres-tándose así a fraudes y desviándose la correcta administración

(6) Obra citada. Página 122.

de justicia; ya que estas personas que forman parte del personal como administradores de la misma y es más por razones de moralidad y de evitar cualquier clase de especulaciones.

La capacidad del perito puede ser:

- a) Abstracta
- b) Específica
- c) Concreta

La Abstracta o general se refiere a requisitos de edad, ser la persona mayor de 21 años por ser el cargo de perito de una gran responsabilidad. Nuestra legislación procesal penal, ni el procedimiento civil, no señala como requisitos que sean mayores de edad; pero consideramos que una persona mayor de edad tiene conocimientos medios o ha adquirido conocimientos técnicos conforme al desarrollo de nuestra civilización que lo puedan capacitar para comprender mejor sus decisiones. Es necesario también que se encuentre en su sano juicio, no pudiendo serlo aquellas personas afectadas por una enfermedad mental o que posean deficiencias o perturbaciones mentales, así como aquellas que fueren condenadas por perjuros o falsarios y que además es una incapacidad para ser testigos por razones de probidad, aún con mayor razón para el desempeño de esta función; y los que tuvieren algún interés, ya sea económico, familiar o de otra índole en relación con las partes y el Juez instructor del proceso.

La específica se refiere a las aptitudes de carácter técnico o conocimientos especiales en una ciencia, arte o ---

industria, destreza o condiciones fundamentales.

Nuestra legislación procesal penal, en el Art. 220, al referirse al número de los peritos, ha sido amplia y lógica, en considerar que no es necesario que el perito ostente el título académico para ser considerado como tal, basta que haya adquirido esos conocimientos al haber cursado una carrera profesional o técnica para que el Juez utilice esos conocimientos para describir o valorar un elemento de prueba, apartándose, a nuestro criterio, de las normas civilistas que dispone que si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados, las personas que desempeñarán funciones de perito, deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezcan el punto sobre que ha de oírse su juicio Art. 344 Pr.

Esta última circunstancia confirma que la prueba en el proceso penal es investigativa, busca la realidad de la verdad, como ya lo hemos notado y que nuestro legislador bajo los ojos en la práctica del desenvolvimiento de los procesos penales y que en pueblos remotos alejados de la capital o de cabeceras departamentales importantes de nuestro país, en donde es difícil que el Juez de Paz pueda tener bajo su disposición una persona capacitada para un verdadero dictamen técnico-científico. Ocurre a veces que el Juez tiene que acudir a un practicante de estudios médicos, que se encuentra internado en un Hospital departamental o Unidad de Salud de una Villa o Pueblo cercano o alguna fábrica en especial donde trabajare un técnico; en vez de nombrar prácticos, nombra a esta clase de personas como

peritos según la materia o punto objeto del dictamen.

La concreta se refiere al proceso de que se trate, en la cual se pueden presentar motivos en que el perito esté impedido de ejercitar su función en el caso concreto sometido a dictamen.

Estos motivos pueden ser: motivos o causas de incompatibilidad en relación con otra clase de función distinta a la pericial; por causa de exclusión en relación con las personas y los hechos del proceso donde deberá dictaminar o por recusarse del cargo. En nuestra legislación procesal penal el procedimiento de recusación es igual al Civil, así lo dispone el Art. 222 del Código Procesal Penal, con la excepción de los peritos permanentes, que no podrán ser recusados por las partes, porque éstos ya están escogidos por su capacidad técnica y científica y señalados legalmente como verdaderos auxiliares de la administración de justicia; por lo que las partes intervinientes en el proceso, por esa razón no pueden sospechar o presumir que no procederán en forma imparcial justa o legalmente en sus dictámenes, y ya que la recusación es un recurso que las partes pueden hacer uso dadas esas circunstancias, por lo tanto, con los peritos permanentes el legislador ha tenido la intención de aligerar y asegurar en esta forma la depuración del proceso penal, circunstancia última que no distingue el proceso civil. ~~Por~~ por la falta de esa capacidad específica, los peritos accidentales, sí podrán ser recusados previamente antes de iniciarse las diligencias de peritación, con expresión de causa de acuerdo con las normas procesales civiles que lo

establece para la recusación de jueces. Conforme a esto último, nótese que el perito práctico en el proceso civil, aún el idóneo no podrá ser recusado por las partes; sino que solamente tachados; distinto a lo penal pues quienes están sujetos a tachas sólo son los testigos. Esto nos viene a determinar, para poder sostener, que los peritos en cuanto a su naturaleza jurídica en el proceso penal se pueden equiparar a los jueces.

Florián⁽⁷⁾ cita a Geyer y a Camignani, al expresar que fue muy difundida la tesis de que en un tiempo se equiparaban los peritos a los jueces del hecho. Por otra parte tenemos la opinión de Ellero, que sostiene que el perito se equipara a un delegado del Juez, y así dice: "si bien se mira, la inducción es una función judicial, ocurriendo que cuando el perito induce, desempeña oficio que le ha delegado el mismo Juez, por lo que se le debe considerar como su delegado"...

Mittermaier considera la función pericial que desempeñan los peritos, igual a la que desempeñan los jurados, y que aquellos no son auxiliares de los jueces; sino que son independientes, son jueces de hecho a manera de jurados.

Para Bonnier, la peritación es complementaria, se asimila a la labor del Juez, y que es "el complemento indispensable del experimento personal del Juez en la inspección ocular", o sea, no es autónoma esta función pericial.

(7) Obra citada. Tomo I. Página 165.

Por nuestra parte, sostengo que los peritos se equiparan a los jueces, es decir, no son jueces y es precisamente en los peritos de carácter permanente porque el Juez se nutre, se instruye tomando como base sus dictámenes, que son dotados de conocimientos técnico-científicos que no posee el Juez, y tendrá que concluir en el caso de no existir ninguna discrepancia entre él y lo resuelto por los peritos en una resolución o sentencia que la vista de fuerza obligatoria y tenida como existencia de verdad real y jurídica; pero con la salvedad que esta equiparación no se puede dar cuando son peritos accidentales prácticos, inidóneos; sus dictámenes podrán ser sujetos de no coincidir con la realidad técnico-científica que se investiga del hecho por falta de estos conocimientos.

E) Requisitos del Dictamen Pericial. Presentación. Ampliación y Explicaciones.

Como uno de los elementos importantes de toda clase de prueba es el objeto de prueba o tema por probar, y en este caso de la prueba pericial será indiscutiblemente la materia sobre la cual hay que probar y comprende:

- 1) Los avalúos;
- 2) La traducción de documentos,
- 3) Los cotejos de letras,
- 4) Los hechos que requieren conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes; entre las que sobresalen en materia penal: la medicina y psiquiatría forense, las

interpretaciones o peritos intérpretes, la mecánica, la contabilidad, la física y química.

Estas cuatro situaciones señaladas son necesarias en un dictamen pericial para que éste se realice en un proceso penal y que son además, condiciones de base de un procedimiento a seguir para que un funcionario ordene la práctica de un dictamen.

Estos requisitos además son de conducencia de la prueba pericial, pertinentes y atinentes o idóneos, porque sólo las cuestiones de hecho son conducentes en un dictamen y por lo tanto sería inadmisibile un peritaje que tratara de cuestiones subjetivas o de conciencia de las partes intervinientes o que se refiera a dictaminar puntos de derecho, porque esto generalmente no es objeto de prueba.

No podría ser objeto de un dictamen pericial, la habitualidad o la profesionalidad de un imputado, sobre su carácter, su personalidad, su tendencia a delinquir, exceptuándose que se tratara de una anormalidad mental proveniente de causas patológicas, pues entonces es adecuado el dictamen siquiátrico que se regula en los Arts. 467, 468 y siguientes del Código Procesal Penal. Dictamen que se hace obligatorio ya que en la instrucción con respecto al imputado se trata de conocer la personalidad de éste, puede ser normal o de una personalidad enfermiza provenientes de causas patológicas que lo han hecho delinquir y que sólo un perito psiquiatra podrá determinarlas.

Pero abarcando todo lo expuesto vendríamos a enmarcar a la ciencia llamada "Criminalística", ciencia eminentemente científica fundada por el Juez de instrucción austríaco: "Hans Gross", al publicar sus famosas obras: "Manual del Juez de Instrucción, como Sistema de la Criminalística" y "Enciclopedia de Criminalística". Ciencia que tiene por objeto el descubrimiento y comprobación pericial por medios científicos del delito y del delincuente y que algunos sostienen que es la misma peritación instruida en técnica y ciencia.

Como principios fundamentales para que se realice un dictamen pericial, considero los siguientes:

1) La oportunidad o urgencia, esto se refiere en la escogitación del medio de prueba, que como ya lo señalamos, puede ir acompañado por la inspección ocular del Juez o sólo bastará el dictamen pericial; situación que va dirigida al Juez - instructor referente a su ignorancia o al saber del Juez que lo determinará en base a sus conocimientos técnicos que posea o no.

2) La obligatoriedad; la misma disposición legal, Art. 219 del Código Procesal Penal, estima que se decretará cuando la investigación del hecho requiera conocimientos especiales, como en el caso de prácticas de autopsias, reconocimientos médicos, dictámenes caligráficos, etc.

3) La unicidad, se refiere a que por cada dictamen no puede existir sino una sola peritación para cada objeto, atendiendo así a razones de celeridad y economía procesal.

Entre los requisitos necesarios del dictamen pericial tenemos:

1) Que sea practicado por facultativos o técnicos en la materia, objeto del dictamen; y cuando son dos peritos éstos deberán dictaminar en forma unánime para que no haya controversia, en caso de que se rindiere por separado por cada uno de los peritos al no haber acuerdo entre ellos.

2) La precisión, es decir, que se asegure y se afirme exclusivamente la existencia del objeto a dictaminar.

3) La concordancia, debe el dictamen concordar en sus conclusiones con las demás pruebas o elementos de juicio que existan en el proceso.

Hay que tomar en cuenta que en el cumplimiento de su cometido, el perito tiene que observar algunos deberes y que comprenden una serie de operaciones, tales como:

a) El examen de la realidad de los hechos o cosas sobre las cuales deberá emitir sus opiniones;

b) La deliberación conjunta, cuando sean dos peritos sobre los hechos examinados, sus consecuencias y causas; y

c) la presentación del dictamen, fundamentando sus conclusiones o respuestas.

Nuestra legislación procesal penal, establece como regla general en cuanto al número de peritos, que éstos deberán ser dos; pero bastará uno cuando posea un título académico o sea un especialista en la materia o estudiante avanzado que hubiere egresado de una Universidad o Instituto Tecnológico.

Pero cuando se exigen dos peritos, el dictamen de éstos tiene que ser unánime para que haya precisión y no dilatar el proceso nombrando un tercero para que solucione una discordancia o no, y evitar así mismo un futuro nombramiento para conseguir un acuerdo entre dos peritos. Así se exigen necesariamente dos peritos:

a) en el cotejo de letras, Art. 230 Pr. Pn.

b) en el reconocimiento de la víctima en los delitos de violación, estupro, acceso carnal por seducción y raptó, cuando faltare el médico, se realizará por medio de dos enfermeras, o a faltas de éstas, por dos parteras o matronas, Art. 173 Pr. Pn.

c) en los delitos contra el patrimonio: hurto, robo, estafa, extorsión, etc. en cuanto al avalúo de los bienes o cosas dañadas, con exclusividad de nombramiento del Juez de Primera Instancia; Art. 174 Pr. Pn.

d) en los delitos cometidos por medio de transmisiones radiales o teledifundidas, en el caso de la reproducción de un programa por escrito, Art. 458 Pr. Pn.; aunque en esta disposición no se exprese, a nuestro criterio se exigen los dos peritos, y que es uno de los casos que previene o prepara con anticipación la ley.

e) en la práctica de la reconstrucción de los hechos Art. 175 Pr. Pn.

Presentación, Ampliación y Explicaciones del Dictamen

La presentación puede ser: a) verbal, se dan dos situaciones: 1) cuando el Juez en una ampliación de la misma se hace

acompañar de peritos y dicha diligencia se requiere que se realice en casos emergentes y rápidamente y dado el caso, requiera mayores análisis o estudio para su resultado, como determinar si una arma presenta señales de haber sido disparada recientemente; si un cadáver se ha movido o se ha trasladado de lugar; la naturaleza y estado de las huellas encontradas en el lugar de los hechos, etc... Esto es indispensable para no correr el riesgo de su desaparecimiento o destrucción a consecuencia del tiempo; pero en caso de haber desaparecido o se encontraban alteradas; se tendrá que realizar una descripción del estado actual y no hay situación más apropiada para ello que lo haga un perito o peritos, que además investigarán si la alteración o desaparición ha sido a causa de hechos naturales, de la casualidad o resultado de un acto humano, así como los medios empleados, pues recogiéndose los vestigios o antecedentes desde un principio, el dictamen que verbalmente se diere acelera el proceso y se canaliza mejor la investigación y que posteriormente, con otros elementos de juicio que resultaren en el desarrollo del proceso, puede dar motivo a una ampliación del dictamen ya con una análisis y dedicado estudio. Este dictamen verbal por supuesto, se trasladará en forma inmediata, como ya lo hemos recomendado, en un acta redactada ante el Juez; 2) dado el caso cuando estos fueren interrogados personalmente por el Tribunal del Jurado, y las ampliaciones o explicaciones no se asentarán en una acta; tal como lo señala el Art. 334 Pr. Pr.; b) por escrito, éste se

presenta no directamente al Juez, sino que como todo escrito, al Secretario del Tribunal por razones prácticas y aunque la ley no lo mencione, se deduce. En esta forma de presentación se pueden dar varias situaciones:

1) Se envía el dictamen por medio de un oficio o nota al correo nacional, por la vía urgente y certificada, el cual deberá estar firmado y sellado por los peritos actuantes y designando sus respectivos cargos; y aún más, se debe de dar aviso a éstos de haberse recibido o sea, aviso de recepción. En esta forma solamente podrán hacerlo los peritos llamados cooperadores técnicos permanentes, como los señala el Art. 33 Pr. Pn.

2) En forma personal, tratándose para el caso de que fueren peritos accidentales aunque no se exprese así en la disposición señalada por exclusión lógica a mi criterio, se requiere esta forma de presentación.

3) En cuanto a la rectificación del dictamen, sólo opera, a juicio prudencial del Juez, cuando se tratare de peritos permanentes que hubieren enviado el dictamen por medio de oficio al Tribunal.

En cuanto a la ampliación y explicaciones del dictamen, ocurre a veces cuando este no contiene una exposición lógica ya sea por deficiencias en la descripción o en el examen, o haberse empleado muchos vocablos técnicos o no haberse tomado en cuenta el sentido y orden del interrogatorio que lo hacen deficiente, oscuro o incompleto tanto para el Juez como para

las partes. Entonces es cuando aquél ordena una ampliación de ese dictamen y éstos pedir, después de conocido, dentro de cinco días, esa ampliación o explicación señalándose con claridad los puntos previamente o que éste se le de más detallado con las explicaciones correspondientes.

Considero que este término que se toma como perentorio, va en contra de los derechos del imputado, pues cabe hacer destacar, que en otros medios de prueba no hay límites expresos dentro de la etapa del proceso para solicitar una ampliación; pues aún más, en el caso de un dictamen pericial, lo que en verdad ocurre en la práctica es buscar con una ampliación la claridad y a veces la explicación del dictamen y no la ampliación del dictamen mismo. Y se puede agregar, que se le ha dado más poder al Juez; pues éste, en cualquier etapa del proceso y antes de la sentencia, de oficio lo que puede hacer, como en el caso del reconocimiento del cadáver que señala el Art. 163 Pr. Pn., pero cuando lo estimare confuso o diminuto, y no permitiéndose por otra parte argumentar por las partes la confusión o la deficiencia, defectos o dudas que se tuvieren al respecto con el dictamen.

Esta solicitud dentro de esos cinco días no tiene razón de exigirse, pues la misma disposición, aunque expresamente no lo disponga, queda a la prudencia del Juez admitirla o no.

Pero hay que hacer la salvedad, cuando el proceso ha llegado al conocimiento del Jurado y se desean que éstos sean escuchados o interrogados personalmente por el Tribunal del

Jurado, el plazo de 3 días, que también se ha señalado, antes de la celebración de la vista pública, sí tiene razón de ser este plazo, porque estos peritos pueden residir fuera del lugar donde tiene asiento el Tribunal y el Juez debe de estar seguro de saber de que éstos fueron citados y si pueden concurrir a la vista pública; porque dado el caso que no llegaren, podrá suspender los debates y apremiará a los peritos por medio de la fuerza pública para ser oídos por el Tribunal del Jurado.

F) El Dictamen Pericial y la Apreciación como base para una Presunción

Inicialmente hay que considerar que el peritaje es una resultante del gran desenvolvimiento que ha tenido en nuestra época la ciencia, la técnica y las artes; pero más que todo la tecnología, la que ha dado lugar a mayor aceptación y seguridad a un dictamen pericial. Pero las relaciones existentes entre la ciencia, técnica y pericia a través de su devenir histórico, el dictamen pericial se ha visto en dificultades en cuanto a ser admitido como un medio de prueba eficaz y cierto, surgiendo a veces la inseguridad y desconfianza para emitir una resolución. Consideramos que con el avance técnico y científico actual no caben dudas para aceptarlo como un eficaz medio probatorio, y podríamos decir, de los más eficaces y autónomos, pues ha venido a poner al Juez como un director o ejecutor de la convicción ya formada, en base y a través de -

las luces otorgadas por un dictamen pericial, para tomar en definitiva una resolución final en un caso concreto, pero - siempre llenando éste previamente los requisitos necesarios - exigidos por la ley, que ya dejamos apuntados en el anterior apartado.

Ahora bien, cuando el dictamen pericial no esté acorde con uno de los requisitos necesarios exigidos legalmente, a éste se le puede tomar como base para una presunción elaborada ya por el Juez, es decir, a éste no se le rechaza de inmediato y es entonces que entra el Juez a apreciar este dictamen tomando en cuenta: 1) la competencia de los peritos, por que puede resultar que este dictamen sea objetado por los peritos, debido a que el perito siendo incapaz o estando impedido no manifiesta su impedimento o que el Juez note estas circunstancias o porque no sea un perito idóneo para dictaminar con acierto y seguridad, caso de peritos accidentales, mastronas, etc.; 2) las apreciaciones de hecho que contravienen el dictamen las contradigan a lo que el Juez constató personalmente y los peritos insistieran aún de explicaciones que no satisfagan al Juez que no es otra cosa que estar de acuerdo con la sana crítica; 3) las otras clases de prueba o elementos de juicio o principios lógicos que hasta la fecha existieran en el proceso.

Pero la ley, obliga al juez por otro lado, a observar una presunción, cuando existe un dictamen elaborado por un perito psiquiatra, y existiera la duda manifestada por este -

perito en su dictamen al no ser categórico como en el caso cuando el imputado en el preciso momento de cometer el hecho era incapaz de comprender el carácter ilícito del hecho o aún comprendiéndolo, sus actos no podrán ser dirigidos o controlados por incapacidad psíquica, ya sea por gran perturbación de la conciencia, desarrollo psíquico retardado o incompleto, se presume que obró en estado de incapacidad. O sea pues que aquí el dictamen pericial se toma como una presunción grave suficiente en forma autónoma y no cabe la libertad de apreciación de parte del Juez, esto es debido a como ya lo hicimos notar a que la ciencia médica psiquiátrica no ha podido comprobar estas circunstancias y el perito no es que se abstenga de dictaminar; sino que dictamina que no puede determinar esas circunstancias: la incapacidad de comprender y la incapacidad psíquica de sus actos al momento del hecho.

Al respecto Mittermaier⁽⁸⁾ al referirse a la prueba pericial expone: "La fuerza probatorio del examen pericial es el resultado de presunciones, encadenadas entre sí. Por efecto de un presunción reconocemos en los peritos los conocimientos especiales necesarios; les atribuimos el deseo leal de encontrar la verdad como único testimonio de sus investigaciones; pero es fuerza que todas las circunstancias de la causa vengan a corroborar estas presunciones, para que los dichos de las partes puedan producir la suficiente convicción en el ánimo del Juez; de aquí el derecho importante que este tiene para examinar a fondo sus informaciones. Y si recordamos cuan

(8) Obra ya citada, Página 145.

a menudo sucede que los peritos se ven obligados a tomar por regla leyes científicas que algunas veces han sido fuertemente debatidas, y por punto de partida experimentos en que fácilmente se incurre en error, que desde luego y en todos estos casos, su juicio no es otra cosa que la expresión de sus opiniones personales, se convence uno cada vez más de esta - verdad, a saber: que el examen pericial, como muchas otras - pruebas, descansa en un encadenamiento de presunciones".

Como ejemplos de dictamen pericial en la práctica, exponemos la siguiente resolución:

"Juzgado Tercero de lo Penal; San Salvador, a las nueve horas del ocho de enero de mil novecientos setenta y siete".

Los presentes informativos acumulados se han instruido de oficio contra el imputado "X", de veintitrés años de edad, de este domicilio por los delitos de homicidio doloso en "Y" y disparo de arma de fuego y lesiones leves en "Z"; y encontrándose suficientemente depurados, se resuelve con relación a cada delito así:

Delito doloso en "Y":

1) La muerte del señor "Y" ocurrió a consecuencia directa de la lesión causada por un proyectil disparado con arma de fuego, lesión que se describe en el dictamen forense de - fs. 2;

2) En dicho reconocimiento y en su ampliación de fs. 44 se lee: "han reconocido el cadáver de "Y", quien presenta herida producida por arma de fuego con orificio de entrada en

región temporal izquierda un poco arriba y atrás del pabellón de la oreja, con orificio de salida en región temporal derecha arriba y adelante de la oreja derecha con exposición de masa encefálica y fractura de los huesos temporal y parietal derechos. En orificio de entrada no se observan quemaduras de pólvora. La muerte fue consecuencia natural y directa de las lesiones descritas... "en vías de ampliación del reconocimiento del cadáver de "Y" de Fs. 2 se hace constar: que las quemaduras de pólvora a que se refiere el reconocimiento a fojas citadas son las que aparecen cuando el arma ha sido disparada a menos de 50 cms., el tatuaje que no se menciona en dicho reconocimiento por la misma razón que no existió la quemadura de pólvora";

3) En el dictamen pericial de fs. 33 se expresa que: "hemos tenido a la vista los guanteles confeccionados en los dorsos de ambas manos del occiso "Y", lo mismo que la plaquita de parafina elaborada en el orificio del proyectil en la región temporal izquierda, tomada también al referido occiso. "preparado el reactivo químico específico y luego de aplicarlo a los guanteletes y plaquita mencionados, a fin de observar si existían productos nitrados que dejan las armas de fuego al ser disparadas recientemente, dio el resultado siguiente: dorso de la mano derecha: débilmente positivo, dorso de la mano izquierda: fuertemente positivo, plaquita antes citada: positivo";

4) Al leer el dictamen de fs. 33, se nota que en él se

contradice lo expuesto a fs. 44 por el forense Dr. "P", ya que este último hace constar que no hay tatuaje ni quemaduras de pólvora en la lesión que presenta el cadáver de "Y"; y a Fs. 33 se expresa que en dicha lesión hay productos nitrados de jados por arma de fuego;

5) Sobre la contradicción existente entre la ampliación del dictamen de fs. 33 observa el suscrito que el forense no es técnico en materia de hopología y balística, por lo que y conforme lo dispuesto en el No. 1 del Art. 493 Pr. Pn. y en el último inciso de dicho artículo, no le concede valor probatorio al dictamen forense en el sentido expresado.

6) El dictamen relacionado en el numeral tercero de esta resolución reúne los requisitos procesales de validez exigidos por los Arts. 219 y siguientes y 493 Pr. Pn. por lo cual no puede dudarse de su veracidad; pero no es suficiente para concluir que el ahora occiso se suicidó y destruir la presunción en base a la cual se decretó la detención provisional del imputado ausente, pues éste bien pudo dispararle al occiso a una distancia tan corta que dejara el disparo, la huella de productos nitrados que semenciona en el dictamen aludido; y por otra parte, el ahora occiso bien pudo disparar el arma de fuego con ambas manos antes de su muerte y dejarse las huellas de productos nitrados a los cuales alude también el mismo dictamen.

7) Los elementos de juicio que hacen surgir las presunción aludida en el párrafo que antecede, se encuentran en la

declaración de la testigo "A", de fs. 9, quien expresa: 1) que el día y hora de los hechos y en el lugar en que ocurrieron los mismos, el ahora occiso llegó acompañado del imputado; 2) que hubo una discusión entre ambos; 3) que después - que se oyó un disparo el imputado se fue en su vehículo llevando un arma de fuego en la mano; 4) que el señor . . . "Y" se encontraba muerto.

En atención a todo lo expuesto, el suscrito considera que existe en autos la prueba necesaria de la participación de "X" conocido por "J", por el delito de homicidio doloso en "Y", de consiguiente, elévase a Plenario el presente juicio para discutir contradictoriamente la inocencia o culpabilidad de dicho imputado. Arts. 152 Pn. y 298 Pr. Pn.

Con relación a los delitos de disparo de arma y lesiones. SOBRESÉASE con las restricciones de ley a favor del mismo imputado por faltar la prueba necesaria de su participación. Arts. 275 No. 3 y 277 inciso segundo, ambos del Código Procesal Penal".

NOTA: por razones obvias se han omitido en esta resolución los nombres de los procesados, testigo y médico forense.

CAPITULO XI

LA PRUEBA POR CONFESION, VALORACION Y APLICACION PRACTICA

- A) Concepto propiamente Penal.
- B) Requisitos y Condiciones de la Confesión.
- C) La indivisibilidad de la confesión. Valoración Especial.
- D) La retractación de la Confesión.
- E) La Coartada.
- F) La confesión ficta. Crítica.
- G) La Confesión extrajudicial y sus requisitos. La grabación de la confesión. Valoración Especial. Crítica.
- H) La problemática de la supresión de la confesión extrajudicial.

A) Concepto propiamente Penal

Semánticamente, la palabra "confesión" de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, significa: "declaración que uno hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro". En su aceptación forense expresa que es: "declaración del litigante o del reo en juicio".

Ya dentro de un lenguaje estrictamente jurídico, tradicionalmente civilista, conforme a Pallares (1) se considera la confesión como "el reconocimiento expreso o tácito

(1) Obra cit. Pág. 162.

to que hace una de las partes de hechos que le son propios, relativos a las cuestiones controvertidas y que le perjudican". Pero así mismo es de notar que hay autores de derecho procesal civil, como Messina, Lessona, Galdshmidt, etc. (2) que estiman la confesión como una declaración de una de las partes del proceso. Hay otros como Carnelutti (también citado por Pallares): "el testimonio que una de las partes rinde contra sí mismo o sobre hechos propios".

Entre los tratadistas de derecho procesal penal tenemos a Mittermaier: (3) "La declaración por la que afirma (el acusado) la verdad de un hecho de la inculpación dirigida contra él, hecho que por consecuencia le perjudica..." Para Manzini (4) es un indicio y consiste: "en cualquier declaración voluntaria o admisión que un imputado haga de la verdad de hechos o circunstancias que importen su responsabilidad penal, o que se refieran a la responsabilidad o a la irresponsabilidad de otros por ese mismo delito". Para Pietro Ellero es: "la revelación de un delito por su autor". Como se ve, cada autor da su propia conceptualización de lo que es confesión. Empero importante se hace tratar, que no es lo mismo considerarla desde un punto de vista civil y otro penal, por eso creo que no hay un criterio mayoritario para comprender este medio de prueba; ni aún -asimismo sobre su naturaleza jurídica, pero sobre esto la

(2) Obra cit. por Pallares.

(3) Obra cit., Pág. 172.

(4) Obra cit. por Gustavo H. Rodríguez, Tomo II, Pág. 218

mayoría de autores de derecho procesal penal, entre ellos los ya citados, Mittermaier, Ellero y Framarino, (5) consideran a la confesión como un testimonio de carácter especial por ser hecha por uno de los sujetos del proceso: el imputado. Por eso no es prueba testimonial porque en ésta, sus declaraciones no producen consecuencias jurídicas en su contra, y el juzgador goza de mayores facultades para apreciar su eficacia probatoria.

Históricamente fue considerada la confesión como: "Reina de las Pruebas", criterio puramente civil, desprendido del derecho Romano: "in jure confessi pro judicatis habentur" (los confesos en juicio se tienen por juzgados); de manera que el confeso era condenado sin continuarse el proceso en su investigación. Esta situación se mantiene todavía en el derecho procesal penal anglosajón como en Inglaterra y los Estados Unidos. Pero ese criterio puramente civilista es lógico considerarlo así, cuando solamente existen controversias en que se discuten derechos privados alienables, derechos que libremente depone un ciudadano, aunque la confesión rendida por éste no inspire certeza. En lo penal podemos decir que son derechos surgidos por parte del imputado que se defiende y la sociedad que lo acusa. Por otra parte la confesión en materia civil se puede rendir por medio de apoderado con poder especial o por medio de representante legal, véase entre nosotros el Art. 1584 C;

(5) Obra cit. Pág. 156 y 204, Tomo II.

o en forma tácita o presunta, véase asimismo el Art. 385 - Pr.; en materia penal es esencialmente personal en forma oral. En lo civil la confesión implica la carga de la prueba; en cambio en lo penal el Juez está obligado a descubrir o indagar las aseveraciones del confesante. Por otra parte en la confesión civil se admite el principio de la renuncia o del desistimiento; en la confesión penal no es admisible, etc...

Por lo expuesto, consideramos que la confesión en materia penal, tiene su propia conceptualización y así podemos estimar que es la declaración o reconocimiento libre y espontáneo ante un Juez competente, del acometimiento o participación de un hecho punible que revela o reconstruye el imputado contra sí mismo, en forma verbal y personal, moderada, parcial o totalmente.

B) Requisitos y Condiciones de la Confesión.

Entre los requisitos podemos señalar los siguientes:

- 1) Que sea rendida en persona por el propio imputado y en forma oral, ante Juez competente y en el propio proceso penal.

No se podrá prestar en forma escrita, es decir para el caso, que estando el imputado presente en el Tribunal, éste presentare personalmente un escrito que contenga y afirme que está elaborado y firmado por él o a su ruego,

y que se tenga como su confesión; y aún más, con mayor razón si el defensor del imputado presentare un acta no tarial en que constare la confesión del imputado (o de otra persona) como algunas veces hemos visto en la prá ctica en nuestros tribunales. Además debe ser realizada ante Juez competente y en el propio proceso penal. Podrá darse el caso que el Juez sea competente por preven ción de jurisdicción por conocer de inmediato del hecho, aunque después dejare de serlo, puesto que tiene elemen tos frescos que ha conocido en la investigación inicial o llamadas primeras diligencias; pero podrá ocurrir que se tratase de un Juez delegado, delegante por el Juez - que conoce del proceso; en este último caso de competen cia delegada consideramos que no será competente el delegado para tomarle declaración al imputado, porque la delegación es precisamente para ciertas diligencias con sideradas por el Juez de no mucha importancia para el - proceso, en las cuales será necesaria su presencia, así como una ampliación de inspección, careo, reconocimiento, testigos de cargo,..... etc., porque además, viendo la necesidad e importancia de la diligencia se podrá trasla dar a una jurisdicción que no le corresponda, previo - aviso del Juez encargado de esa jurisdicción para que - asimismo, preste la debida cooperación para la realiza ción de la diligencia. Así dado el caso, se capturare a un procesado y se consignare (por los agentes captores)

a la orden de un Juez que no es el competente en otra -
jurisdicción territorial y fuere asimismo urgente la de-
claración del imputado; véase el Art. 116 Pr. Pn.

Pero diferente será el caso que a un procesado por un -
delito doloso, fuere consignado a un Juez de Tránsito -
por creerse que es culposo, su confesión rendida ante -
este último no se tomará en cuenta porque no está en el
propio proceso donde corresponde, que es el penal; a la
inversa, si siguiéndose un proceso de tránsito, el impu-
tado confiesa que intencionalmente cometió el delito, -
este Juez se declara incompetente y remite el proceso -
al Tribunal competente y la confesión rendida por el im-
putado no tendrá efectos penales porque es a partir de
ella (toda vez que no hubiere otra clase de prueba que
indicare o manifieste la dolosa intención en el cometi-
timiento del hecho) y fue que en un proceso de tránsito,
surgió la no competencia del Juez, y no en el proceso
penal mismo; tendrá que ser el Juez de lo penal compe-
tente que ante éste declare el imputado, ya sea ratifi-
cando lo afirmado ante el incompetente o haciéndolo de
nuevo ante el que lo es. Nótese que esta incompetencia
es por razón de la materia, asimismo podrá suceder en -
materia de hacienda que se confesare un delito, pues la
confesión rendida sería nula; véase el Art. 27 inciso -
final Pr. Pn.

- 2) Que sea clara, espontánea y terminante. Se quiere que la confesión sea sincera, sobre hechos que el imputado conoce personalmente en forma evidente por sus sentidos y no inducida dándose lugar a engaños. No provocada sino espontánea y no por impulsos de cualquiera excitación física, psíquica o emocional o por obtener alguna ventaja; y además terminante, o sea explicar en forma precisa como se planeó, determinó y ejecutó el hecho.

- 3) Que no medie error evidente, violencia o intimidación. Se hace necesario que el imputado que confiesa no lo haga por un error, es decir, un error que no requiera demonstración; así para el caso que el imputado manifiesta que mató al occiso a machetazos, habiéndose comprobado en el proceso que fue por disparos de arma de fuego o manifieste que lesionó a otra persona distinta a la mencionada y que aparece como reconocida de lesiones en el proceso. En cuanto a la violencia, se refiere a la física, o sea que éste no fuere golpeado o atado o esposado al rendir su declaración; y la intimidación es la coacción moral o psíquica empleada, ya sea en forma de amenazas directas o encubiertas obligándole a confesar; o con presencia de las autoridades captoras o parientes del occiso al declarar, o por consecuencia de preguntas capciosas. Véase inciso segundo Art. 191 Pr. Pn.

- 4) Que el confesante esté o hubiere estado en el pleno goce de sus facultades mentales.

Se requiere que el imputado en primer lugar, en el momento de declarar, éste se encuentre lúcido y consciente de su mente, bien situado en tiempo y espacio, dándose cuenta perfectamente del acto que se realiza en el Tribunal, y no perturbado o evidentemente nervioso o fatigado o con síntomas de haber ingerido drogas enervantes o estupefaciente que ostensiblemente denoten su incapacidad mental. Cuando el imputado al ser observado por el Juez, éste le notare antes de tomarle su declaración, síntomas manifiestos de enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o desarrollo psíquico retardado que demuestren esas situaciones o lo hubiere estado, el Juez está obligado a practicar un examen psiquiátrico para determinar así si la enfermedad fue anterior o posterior; véase los artículos 191 inciso final y 467 Pr. Pn.

- 5) Que el hecho confesado sea punible y verosímil, atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del imputado y la naturaleza misma de la infracción.

En este requisito podemos notar el núcleo de la confesión y hasta nos atrevemos a decir que este es uno de los requisitos de tanta importancia para valorar y sentar la credibilidad de la misma; pues se basa en el

fundamento o pilar de la configuración de la prueba. Posibilidad y verosimilitud van encadenadas y no separadas, pues al faltar cualquiera de ellas se rompe la propia - fundamentación de la prueba en general y de este medio probatorio en particular. Pero este encadenamiento o - amarre debe de estar sujeto a las condiciones personales del propio imputado y la naturaleza o gravedad o clase de norma o normas infringidas. Notamos que aquí se contempla la razón psicológica de la confesión, pues en relación a esas circunstancias y condiciones personales - del infractor que constituyen su personalidad, son las que también al juzgador le harán ver y sentir, tanto la pureza de ánimo del confesante y su ideosincracia, costumbres, instrucción, posición social, etc. la credibilidad o mendacidad de la misma, así como el celo de continuar en la investigación inquisitiva del hecho.

Florian (6) al respecto expone: "para apreciar eficazmente la declaración del acusado, es preciso tener muy en cuenta los elementos suministrados por la observación hecha acerca de él y por el pleno conocimiento de su múltiple personalidad antropológica, psíquica y moral". Este autor hace observar que la psicología del - imputado en parte es común a la del testigo; pero hay - una diferencia de grado en cuanto que aquél es actor, - íntimamente interesado, y éste es espectador, y aunque

(6) Obra cit. Tomo II. Pág. 42.

tuviera interés en el proceso, sería menor al del imputado. Al examinar nuestra legislación procesal penal, vemos que está íntimamente relacionado a esta razón psicológica, lo establecido en el Art. 190, al referirse si el imputado fue conocido por un apodo, lugar donde hubiere trabajado o trabajare, sus antecedentes personales o sea la conducta observada anterior al delito - para establecer los móviles que influyeron en la comisión del delito, como lo establece el Art. 240, con qué personas mantiene relaciones sociales, generales - de sus padres, cónyuge, compañera de vida y residencia actual de ella, si fue procesado anteriormente, etc...

- 6) Que sea lógica y congruente con la forma en que el hecho se produjo.

Se refiere más que todo a que la confesión no debe de tomarse en forma aislada o abstracta, sino que confrontada o armonizada con los demás medios probatorios recogidos en el desarrollo del proceso y que éstos no la contradigan en el fondo de su contenido; porque de lo contrario desembaraza su valor probatorio; así mismo no debe ser contradictoria ni dubitativa en si misma. Se nota pues, que ésta es la razón lógica de la confesión en cuanto al contenido propio y objetivo en relación al proceso que debe de poseer todo medio probatorio.

Entre las condiciones que debe reunir la confesión, - señalamos:

- 1) Que se haya comprobado la existencia del cuerpo del delito. Consecuencia lógica y necesaria, porque la sola confesión del imputado que afirmare la existencia del cuerpo del delito no se tendría establecido por sólo esta circunstancia, existiendo ya entre nosotros, jurisprudencia en ese sentido; aún cuando no se pudiera establecer su desaparición posterior por testigos, pues la base del procedimiento en materia penal es la comprobación de la existencia de un hecho que la ley reputa como delito. Art. 150 Pr. Pn., y sin esta base no habría prueba de confesión.
- 2) Que sea rendida por una persona mayor de dieciseis años. Los menores a esta edad están excluidos del proceso penal. Al respecto, los menores sujetos al Código de Menores, en su Art. 3 así lo dispone; pero nótese que dicha disposición agrega que quedarán comprendidos como menores si no se supiera esa edad; pero si hubieren cumplido esa edad el día de la comisión del hecho punible calificado por un Juez de lo penal, se considerarán como menores sujetos a ese Código.
- 3) Que sea hecha con las formalidades legales y procesales. Estas están reguladas en los Arts. 190 y siguientes Pr. Pn., levantándose o redactándose seguidamente

el acta de la declaración dada por el imputado, tomándose en cuenta lo preceptuado en los Arts. 46, 47 y 48 Pr. Pn. que consignan los derechos del imputado. Sobre este punto se hace necesario hacer una aclaración; no hay que confundir la indagatoria de la confesión; aquella es el medio procesal de defensa que se le da al procesado, puesto que el proceso es un medio de defensa y es en esta indagatoria o declaración propiamente dicha que acerca del delito se toma al presunto imputado en la que se puede descargar de los hechos que se le imputan como delictivos en forma amplia y libre, si los afirma, es ya una confesión. El Art. 188 Pr. Pn., obliga al Juez instructor a la indagatoria, informándole al presunto imputado de los hechos y haciéndole al mismo tiempo saber sus derechos que se le reconocen antes de proceder en la continuación de la deposición. Puede ocurrir que el presunto imputado no quiera declarar o actúe silenciosamente, sé callare de los hechos que se le atribuyen como ejecutados por él, no habrá confesión, no se le podrá obligar a declarar, ni aún fijarle plazo y el proceso podrá continuar en su depuración y éste si quisiera puede mantener su mutismo en el transcurso del proceso, porque de lo contrario se violará el Art. 152 C.P. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse lo que ella no prohíbe"; en otros países, como en Colombia, (7) este

(7) Ob.cit. de Gustavo H. Rodríguez. Tomo II. Pág. 246.

derecho claramente tiene rango constitucional, Art. -- 227 de la Constitución Colombiana, que expresa: "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo..." Esta situación es muy anormal que ocurra, pero, dado el caso, -- Döhring (8) considera: "en lo posible conviene hacer -- hablar al imputado". Y que cuando sea difícil hacerlo hablar, por ser poco comunicativo, lerdo o lento, tímido, habrán que tomarse medidas (pero no las señala) para hacerlo salir de su reserva; medidas que dependerán de las cualidades humanas del Juez; y además es de observar que el Fiscal puede llegar a tomar ese silencio en forma injusta, como argumento principal de la prueba de su culpabilidad; y lo decisivo será la situación de cada caso y del tipo de proceso.

C) La Indivisibilidad de la Confesión, Valoración Especial

Desde un inicio es conveniente determinar que la indivisibilidad de la confesión se refiere a aquella llamada "calificada", cuando el imputado agrega circunstancias a fin de atenuar o suprimir su responsabilidad. Generalmente la circunstancia típica que se alega es la legítima defensa. Pero en doctrina también existe la llamada "confesión compleja", cuando en ésta se adicionan hechos completamente distintos y separados que no poseen íntima conexión con los hechos que se han confesado, lo que como su nombre lo

(8) Obra: "La Prueba, su práctica y apreciación. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1972, Pág. 172.

indica, vendrán a ser dos confesiones entrelazadas de hechos distintos en una misma declaración; o sea que esta última será una especie de la calificada.

En materia civil se ha sentado como principio que "la confesión en los juicios civiles es indivisible"; entendiéndose por ésto la necesidad de hacer uso completo de toda ella; así lo expone el Art. 375 Pr. Ahora bien, como ya lo expresamos, las dos clases de confesión calificada: la propiamente dicha y la compleja, con respecto a esta última se admite ser dividida la confesión como lo señala la segunda parte de la disposición citada: "sin embargo, podrá separarse todo lo que no sea concerniente al asunto o no tenga conexión con el punto o hecho confesado". En cuanto a la calificada, se encuentra regulada en el Art. 391 Pr., al expresar "La parte respectiva, sin necesidad de traslado expresará en cualquier tiempo antes de la sentencia, si acepta o no la confesión de la parte contraria, ya sea hecha en escrito o en posiciones; y si no lo hiciere así, solo se tomará en cuenta la confesión simple, pero no la que fuere calificada". O sea que a contrario sensu, si acepta o no la confesión antes de la sentencia, se tomará en cuenta toda la confesión, incluyéndose la calificada que perjudica a la parte respectiva. Como se ve, este principio procesal penal o situación procesal, fue trasladado al derecho procesal penal en el Art. 495 Pr. Pn., aceptándose la confesión tanto en lo favorable como en lo desfavorable para el imputado.

Doctrinariamente, en materia penal, se describe la in divisibilidad o divisibilidad de la confesión calificada y así algunos autores entre ellos Gustavo Humberto Rodríguez (9) sostiene que: "El problema de la divisibilidad, o indi visibilidad, es a nuestro juicio, propio y exclusivo de la confesión civil y ajeno a la confesión penal. Es un problema que surge como consecuencia del sistema tarifario de -- pruebas, del sistema de la prueba legal. Donde no existe - este sistema para la evaluación probatoria, no tiene por - qué plantearse el problema de la divisibilidad". Y más ade lante expone: "En tal virtud, debe probarse por otro medio no solamente lo que se confiesa, sino lo que se disculpa, y esa carga probatoria no corresponde al sindicado. En o- tras palabras: tendrán eficacia las probadas y perderán e- ficacia las infirmadas. Por otra parte, el Juez las valorar á de acuerdo con las reglas de la sana crítica, si se tie ne un sistema de evaluación de libre convicción. Por lo dem ás, en materia penal no existe el problema de la carga prob oratoria, que es en materia civil el primer efecto de la - aplicación de la divisibilidad". La misma posición sostienen tratadistas como Clariá Olmedo (10); Florián (11) y Delle- piane (12; este último admite la divisibilidad pero en for

(9) Ob.cit. Tomo II. Pág. 270.

(10) Tratado de Derecho Procesal Penal. Pág. 107.

(11) Ob.cit. Pág. 47.

(12) Ob.cit. Pág. 129.

ma relativa para cada caso concreto, cuando la calidad de la persona, sus antecedentes u otras circunstancias del hecho resulten presunciones graves en contra del confesante. Para Ellero, citado por Framarino (13), sostiene la división de la confesión en el sentido, cuando una de sus partes está contradicha por las pruebas y la otra no está impregnada por ellas, se rechaza la parte contradicha y se acepta lo que no lo ha sido.

Para Framarino (14) no es posible la división o escisión (o rompimiento, como lo llama a este problema de la confesión calificada), rechazando una de sus partes y aceptando la otra, si la parte rechazada no se presente reprobada y la que se acepta comprobada; porque la sola reprobación de una parte no autoriza para rechazarla y aceptar la otra porque no está contradicha.

En nuestra legislación procesal penal, se sostiene como principio general la indivisibilidad de la confesión, y digo general porque admite la división de la confesión, como lo expone Dellepiane, al tratarse de una confesión calificada, nuestra legislación somete la apreciación de esta confesión a dos sistemas bien determinados: el de la sana crítica y el de íntimo convencimiento haciendo la distinción de la diferente aplicación de sistemas a la gravedad del hecho. Como consecuencia, la valoración se hace espe--

(13) Ob.cit. Tomo II. Pág. 233.

(14) Ob.cit. Tomo II. Pág. 238.

cial y no general para cada caso, partiendo de la gravedad del hecho a considerar y el Juez razona al respecto, considerando que las pruebas en el proceso, tanto en contra o en favor del imputado deben tener una perfecta conexión con el hecho principal, de tal modo que se complementen unos con otros, tomando además en cuenta, la naturaleza del hecho y la prueba, número y calidad de los testigos, debiendo decidir en base a esos razonamientos psicológicos y jurídicos el propio Juez.

Solamente en aquellas causas no sujetas al conocimiento del Jurado, si se le ha dado libertad de decisión al Juez en la aplicación de la sana crítica, en lo que procede a condenar o absolver al imputado. Concluimos pues, que en nuestra legislación si es posible la divisibilidad de la confesión calificada, pero de manera excepcional, en las causas que no van al conocimiento del Tribunal del Jurado.

D) La Retracción de la Confesión

Es equivalente a decir revocación de la confesión o sea dejar sin efecto la confesión dada anteriormente y tenerse como legítima la que posteriormente se ha dado. Esta revocación puede ser hecha en forma parcial o total sobre una parte de los hechos o de todos ellos. Pero nótese que se refiere a cuestiones de hecho y no a cuestiones de derecho, porque la confesión es una manifestación espontánea y

libre de voluntad, y el error de derecho no vicia el consentimiento, principio jurídico reconocido universalmente; véase el Art. 1323 C; por esa razón es de su esencia jurídica la revocación de la confesión, cuantas veces lo quiera el imputado o sea a su voluntad. Por otro lado, la doctrina considera además, que para que tenga efecto la retractación o revocación de la confesión, es necesario que ésta constituya la única prueba de cargo para tomarse en cuenta o darle validez; y la razón es la presunción de la confesión, tomándose como verídica, en el caso de que no se presentare pruebas en contrario, toda vez comprobado el cuerpo del delito; y por lo tanto la retractación viene a constituir una prueba en contrario.

Doctrinariamente se discutió por esto, si la confesión era una presunción o un medio de prueba; el Código Napoleónico llegó a considerarla al mismo tiempo como presunción y como prueba; pero al enumerar los medios de prueba, dicho Código mencionó la confesión como prueba. Pero sobre este punto hay que aclarar, que la confesión en lo civil puede abarcar a las dos partes del proceso (demandante - demandado) y en lo penal sólo al procesado o imputado y aquélla puede generar obligaciones entre las dos partes; mientras que en lo penal es la aceptación de hechos en su contra que lo perjudican y esos hechos son los que se presumen como ciertos y son tomados como veraces tales hechos reconocidos; y no el delito, y por consiguiente la culpabilidad;

por eso se sostiene que toda confesión debe ser circunstanciada y no simple, debe de demostrarse con otros medios probatorios esos hechos confesados. Por lo tanto, cuando se da el fenómeno de la retractación de la confesión se deben buscar los móviles o motivos de ella, para deducir su verdadera certeza al investigar éstos si en verdad constituyen motivos o son puramente pretextos irrelevantes que no se adaptan a los demás elementos del proceso; pueden darse motivos de coacción, error, por dádivas, etc.; o después de haber confesado sinceramente lo haya hecho ya para establecer una causa de exclusión o modificación de responsabilidad sujetas también a investigación o comprobación judicial.

La retractación de la confesión la regula el Art. 195 Pr. Pn., que dispone como requisito esencial que las declaraciones posteriores tienen que ser relacionadas con el proceso y no diferentes a éstas; y el Juez está obligado a interrogar al imputado el motivo de su retractación, lo mismo se hará cuando un imputado se retractare al ser interrogado en una vista pública ante el Jurado, Art. 351 Pr. Pn.; pero el Juez ya no lo interrogará sobre los motivos que tuviere, sino que se le hará saber de sus contradicciones y aquél libremente explicará el motivo de ellas, puesto que el Juez ya no podrá investigar la existencia de esos motivos, quedándole como último recurso al Tribunal del Jurado después de escuchar los debates, la facultad de interrogar al imputado, siendo así que el Jurado podrá confirmar o am

pliar con su interrogatorio esos motivos, fueren expuestos o no por las partes intervinientes en los debates, para pronunciar justamente el veredicto correspondiente, amen sobre hechos y circunstancias particulares que consideren deben estar relacionadas con el proceso.

E) La Coartada

Es una situación semejante a la excepción en materia civil, con la única diferencia que en ésta si se opera el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, y por éso se le ha llamado también "excepción de álibi", o la regresión del lugar (negativi loci) por Mittermaier (15) o disculpa por Framarino (16) y consiste en el hecho positivo afirmado por el imputado y por medio de testigos, de que aquél se encontraba ausente del lugar y a la hora en donde se cometió el hecho delictivo que se le imputa. En esta forma la coartada, si se prueba, resulta válida como disculpa y defensa; pero es considerada generalmente como una defensa sospechosa porque los delincuentes ya de antemano preconstituyen la prueba en forma simulada, y así expresa Framarino que corrobora lo anterior: "El testimonio que disculpa al acusado, tiene en su contra una sospecha de des-

(15) Ob.cit. Pág. 121.

(16) Ob.cit. Pág. 189.

crédito que le quita credibilidad, pues siempre se presume que en provecho propio fácilmente mentimos; y esa presunción de mendacidad no carece de fundamento".

Pero se hace la observación muy lógica por este autor, que para apreciar como una verdadera sospecha de mendacidad de la disculpa de un imputado se requieren dos condiciones: 1) que éste esté indiciado de modo suficiente por las pruebas como responsables; y 2) que no pueda hacerse valer con relación a la prueba, que es única indicadora de la culpabilidad, para darle importancia a su valor probatorio frente al testimonio de disculpa del sindicado; o sea que el Juez se encarga de comprobar las aseveraciones que como disculpa alegó el imputado en base a todas las normas establecidas de la apreciación de la prueba.

¿Podría presentarse una disculpa o coartada en base a una prueba documental?. Por ejemplo, si se presentare un testimonio en Escritura Pública de un contrato de compra-venta, arrendamiento, etc. en que comparece el imputado ante un Notario, ya como vendedor o comprador o arrendante o arrendatario, etc., al tiempo en que sucede el hecho delictivo imputado. Opinamos que no se podrá dar por establecida suficientemente, sino que deberá estar corroborada testimonialmente en el proceso, porque la fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que en las actuaciones notariales personalmente el Notario, -

ejecuta o comprueba, Art. 1 Ley Notariado. Al respecto, - Couture, (17) en su obra El Concepto de Fe Pública, ha dicho: "El contenido de la Fé Pública no es necesariamente, un contenido de verdad. En diversas circunstancias, el derecho limita la eficacia de la atestiguación o aún la llega a anular", y así expresa que la fé pública es nada más que: "la calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función".

Por lo tanto, un documento de esa naturaleza no llevará al Juez Penal a la certeza de la inocencia del imputado.

F) La Confesión ficta. Crítica

La confesión ficta, llamada también presunta o tácita, no existe en materia penal. La razón es muy lógica, esta clase de confesión, propia en materia civil, constituye una presunción legal que puede ser desvirtuada por otras pruebas; y en lo penal como ya lo expusimos, solamente se da la confesión hecha en forma expresa; en lo Civil, a base de un interrogatorio en sobre cerrado y en forma oculta, si no comparece sin justa causa, a contestar ese interrogatorio formulado, se le tiene por confeso, sin que éste haya conocido el contenido de esas preguntas; notándose que en el proceso penal se atentaría contra el principio de pu

(17) Obra El Concepto de Fé Pública, Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Publicación en la Colección "Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de la Universidad de Montevideo. Uruguay, 1954, Pág.36.

blicidad procesal penal que lo caracteriza y contra el derecho de defensa del procesado.

La crítica más severa que se le puede hacer es, que ésta es provocada por medio de preguntas sugestivas, formuladas de tal modo que una persona por temor o engaño puede -- confesar. La fórmula más empleada es "diga si es cierto como lo es". Lo que el proceso penal persigue es descubrir al verdadero delincuente y no presionar a éste; y no es esa -- clase de medio probatorio el que se adecúa a la realidad de un hecho punible, que refleja la certeza de quien lo ha realizado; siendo también una burla o contraversión a la presunción de inocencia que es una verdad probatoria en materia penal, una garantía para la prueba y una verdad jurídica; -- aquélla, confesión tácita, es una verdad jurídica, pero no probatoria. Ya anteriormente la analizamos al hablar de la confesión de las formalidades legales y procesales que la rodean, del silencio del procesado y tenerlo por contumaz -- será una confesión inexistente porque la confesión además -- debe de ser verdadera, real y explícita. Al respecto afirma Framarino (18) "El querer considerar como confesiones reales las confesiones presuntas, indica que se carece de todo criterio de lógica criminal. No es lícito hablar de una prueba determinada sin la certeza de su sujeto que prueba, entendiendo por esto último la persona o la cosa que ates-

(18) Ob.cit. Tomo II. Pág. 219.

tiguan y la correspondiente atestación; la prueba puede no ser cierta en cuanto a su objeto, es decir, en cuanto a la realidad de la cosa probada, pero debe ser siempre ineluctablemente cierta en cuanto a la realidad del sujeto y de su declaración, sin la cual resulta absurdo hablar de prueba. Ahora bien, cuando se habla de pruebas presuntas en general, y de confesión presunta en especial, se habla precisamente de un sujeto que prueba, pero que no existe en realidad y a quien se pretende hacer servir de prueba, como si existiese, es decir, se habla de una prueba que no lo es".

G) La Confesión Extrajudicial y sus Requisitos. La Grabación de la Confesión. Valoración Especial. Criticas.

Debemos dejar por sentado que la confesión extrajudicial está admitida como "prueba suficiente" solamente para los delitos comunes, excluyéndose para estos efectos, los cometidos contra la vida y la integridad personal de los Jefes de Estado o doctrinariamente llamados "magnicidios", y a los delitos contra el vilipendio, o desprecio, falta de estimación, o irrespeto a la Patria, sus Símbolos y a los Próceres.

La confesión extrajudicial no tendrá valor probatorio:
a) en los delitos políticos o hechos punibles contra la personalidad internacional del Estado o sea los que regulan --

los Arts. 381 a 391 del Código Penal, tales como los delitos de traición, inteligencia con Estado extranjero. Provocación de guerra. Represalias o enemistad internacional. Revelación de Secretos de Estado. Revelación culposa de secretos. Espionaje. Sabotaje. Infidelidad en negocios de Estado. Violación de Tratados, treguas, armisticios o salvoconductos. Violación de inmunidades diplomáticas y menosprecio a emblemas o himnos extranjeros. b) En los delitos políticos o hechos punibles contra la personalidad interna del Estado, o sean los que regulan los Arts. 392 a 399 del Código Penal, tales como: Rebelión. Sedición. Motín. Desistimiento en rebelión, sedición o motín. Proposición y conspiración. Seducción de Fuerzas de Seguridad. Infracción al deber de resistencia; c) Los delitos comunes cometidos con fines políticos; d) Los delitos comunes conexos con políticos o sean los comunes que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste.

Como se puede notar, antes de la reforma última del Art. 496 del Código Procesal Penal que trata de la confesión extrajudicial, dada por Decreto Legislativo No. 381 del 20 de octubre de 1977 y publicado en el Diario Oficial, Tomo 257 del 24 del mismo mes y año, se aplicaba este medio probatorio a los delitos contra la existencia y organización del Estado, pues a mi criterio éstos son también delitos de carácter político, y son los que regulan los Arts. 373 al 388 del

Código Penal, tales como: atentados contra la integridad e independencia del Estado; atentados contra la unidad nacional, menoscabo de integridad territorial y alteración de límites nacionales. Asociaciones Subversivas Filiales o Secciones de Asociaciones Subversivas Extranjeras. Difusión o propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia. Tenencia de material subversivo y cooperación en propaganda subversiva.

Y como se puede notar claramente en el Art. 376 que regula el delito de asociaciones subversivas; "que tengan por finalidad la supresión violenta del ordenamiento jurídico y político del Estado"... Ignoramos las razones del legislador de 1977 de excluirlos como delitos políticos tal como si se contemplaban antes de dicha reforma.

Por otra parte se distinguen dos clases de confesión extrajudicial: la rendida ante testigos y la realizada dentro y ante los organismos auxiliares.

La rendida ante testigos, fuera de los órganos auxiliares deben llenar solamente los siguientes requisitos:

a) La declaración de dos testigos.

b) Que los testigos merezcan fé al Juez de conformidad a lo establecido en el Código Procesal Penal; es decir, tomará en cuenta lo dispuesto por los Arts. 497 y 498 de dicho Código que regulan las normas de valoración de la prueba testimonial.

c) Que hubiere sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares.

d) Si la confesión guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el mismo hecho punible.

En cuanto al primer requisito nos establece, que sean dos testigos como mínimo los que declaren en el proceso, para que este tipo de confesión tenga existencia jurídica, dejándose amplitud para que sean más de dos los que pudieran declarar, no fijándose ningún límite para ello.

Podría darse el caso de que fueran dos o más los imputados en un proceso penal, por lo que dos testigos por lo menos tendrán que declarar por cada imputado; así para el caso de 3 imputados tendríamos 3 pares de testigos o sean seis testigos; y considero, que en base a esa admisión, deben ser dos testigos como mínimo para cada imputado y éstos no podrían serlo de los otros presuntos imputados aunque hubieren oído y presenciado la confesión de los otros restantes imputados; porque se prestaría a que se cometieran injusticias y mayores exigencias al testigo.

En cuanto al segundo requisito, no se distingue la mayoría de edad del testigo, sino que es la apreciación del Juez la que considerará la fé de los testigos basado en la sana crítica y que determinará la credibilidad de sus dichos; aún la circunstancia de que éstos no sepan leer y escribir,

pues se ha observado que en el medio rural es en donde se cometen muchos hechos delictivos y esta confesión, que es en verdad verbal la escuchada por los testigos, tiene que verificarse judicialmente tal como los testigos hayan escuchado al confesante, empleando sus propias palabras, asentándose en esta forma lo dicho al declarar por los testigos.

Con respecto al tercer requisito, no se requiere que la confesión sea rendida verbalmente ante la presencia de dos testigos; sino que la confesión se forma desde un inicio con el sólo hecho que la oiga un sólo testigo y esta situación la considero inadecuada porque se presta a cometer injusticias, pues basta que este testigo relate a otra persona lo que el imputado le declaró para que se preste a declarar como testigo, y además puede darse el caso que los relatos no coincidan, pues el imputado relata los hechos en forma diferente a cada testigo y el Juez al apreciar estas declaraciones no sabrá apreciar la credibilidad de ellas; por lo que este requisito está dando la pauta a que los testigos se pongan de acuerdo al relatar sus versiones o que uno de ellos busque a otra persona amiga para que lo acuerpe en su dicho.

El último requisito contempla la fuerza de credibilidad del medio probatorio, pues debe de existir una concordancia lógica con el proceso. Estos elementos de juicio, o sea elementos lógicos deducidos y comparados entre la confesión re-

latada por los testigos y los otros medios de prueba que existieren en el proceso, son necesarios para que en base a la sana crítica que el Juez valorará con mayor acierto la determinación de la culpabilidad del procesado; porque en caso de no existir esta concordancia, ya sea entre los testigos u otros elementos de juicio en el proceso o medios probatorios, no será objeto de una valoración, por lo que el Juez deberá de desestimar este tipo de confesión, y no encontrándose otros medios probatorios que demostraren la culpabilidad del procesado tendrá que sobreseer en el proceso.

En la práctica, este tipo de confesión extrajudicial, muy raras veces, por no decir casi nunca se da en nuestro medio; más de considerarse tal como está regulada actualmente, es más sospechosa, pues se ha estimado que en los pocos casos en que se ha dado, resalta la falta de concordancia con otros elementos de juicio en el proceso, y más que todo se ha utilizado como un medio de venganza o instrumento para tratar de confundir o encubrir la verdadera realidad de un hecho criminal.

La confesión extrajudicial rendida ante los órganos auxiliares, es ya dirigida e instruida, por no decir preparada, dentro de un cuerpo de seguridad pública como sucede en nuestro medio, ante un Agente que es el instructor y otro que hace las veces de Secretario quien redacta lo afirmado por el imputado.

Los requisitos de esta confesión extrajudicial podemos ordenarla de dos maneras: sustanciales y formales.

Entre las sustanciales están:

- 1 - Que se le haga saber al imputado al momento de su captura los hechos que se le imputan y se le permita llamar abogado para que lo asista.
- 2 - Que no se emplee contra el imputado, métodos de coacción física o moral que vulneren su voluntad.
- 3 - Que se le considere inocente.
- 4 - No ser obligado a declarar contra sí mismo.
- 5 - Que nombre defensor desde la iniciación del proceso.
- 6 - Que no se le impida su libre movimiento en el lugar y realización de un acto procesal.
- 7 - Que no se le nieguen ni restrinjan sus derechos y garantías como persona humana.

Entre los formales están:

- 1 - Haber sido rendida dentro de las setenta y dos horas de la captura del imputado.
- 2 - Que sea probada por dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir, firmada por éstos y que hayan presenciado y oído la confesión; aunque la confesión haya sido rendida en distintos momentos y lugares.
- 3 - Que los testigos merecieran entera fé al Juez de sus dichos.

- 4 - Que los testigos expresen en sus declaraciones que al ser interrogado el imputado al declarar éste, no fue objeto de fuerza física o de intimidación.
- 5 - Que la confesión relatada por los testigos, guarde la debida concordancia con otros elementos de juicio que existieren en el proceso sobre el mismo hecho punible.

En cuanto al primer requisito sustancial, es necesario no sólo hacerle saber los hechos que se le imputan, sino a darle a conocer cuales son sus derechos, contemplados en el Art. 46 del Código Procesal Penal, o sean los demás requisitos señalados como sustanciales; los cuales consideramos de suma importancia para este tipo de confesión, por cuanto el legislador permite precisamente, para que estos derechos se respeten, a que el imputado pueda llamar abogado para que lo asista en el proceso extrajudicial que se le inicia.

Esto en la práctica es nugatorio, no se apersona un abogado cuando un imputado está rindiendo su declaración ante un órgano auxiliar, y solamente se hace mención en las diligencias que al imputado se le permitió llamar abogado para que lo asistiera y se le hizo saber los hechos que se le imputan.

Considero, que para que se cumpla el objeto perseguido por el legislador, es que por una parte, se le den a conocer al imputado cuales son los hechos que se le imputan y por

otra, se le hagan saber sus derechos y al afirmar éste que no quiere declarar sino es a presencia de un abogado o una persona autorizada para ejercer la defensoría en materia penal; el órgano auxiliar debe de abstenerse de tomarle declaración al imputado, mientras no se apersona un abogado o persona autorizada para que lo asiste legalmente, pero no en forma limitada, como lo ordena la disposición a asesorar lo legalmente; sino a que se le conceda la entrevista privada con éste y así mismo constatar si se respetan sus derechos como persona humana.

Pero si en verdad se quiere revestir de verdaderas garantías a este tipo de confesión, debe de declarar el imputado ante un abogado o persona autorizada para defender en materia penal y para ésto es necesario que en nuestro medio debe de crearse una Institución Autónoma de Defensores Públicos; -para que cuando una persona fuera capturada por un órgano auxiliar, éste órgano debe de dar aviso a esta Institución para que un miembro de ella se presente no sólo a presenciarse la declaración, sino que se le permita antes de declarar concederle una sesión privada con el imputado y considerarlo además como un defensor de oficio de éste; salvo que después el imputado prefiriera a otro defensor. Sin este requisito la confesión no podría tomarse como "prueba suficiente" sujeta a valoración, pues sin éste, se nota la insuficiencia de la misma para ser considerada como una prueba limpia, garante de haberse respetado los derechos del imputado. Los

demás requisitos señalados no necesitan de mayores comentarios.

Entre los requisitos formales, el primero de ellos, que indica un tiempo más que suficiente de setenta y dos horas, en el cual los órganos auxiliares durante ese tiempo no sólo se deberá de tomar para interrogar el imputado; sino que considero, que el órgano auxiliar debe de investigar y encontrar pruebas en contra del imputado que pueda éste ocultar o desvirtuar al no estar detenido, o sea pues, que estas setenta y dos horas no deben de entenderse que el órgano auxiliar durante ese tiempo debe de lograr la confesión del imputado, sino que el órgano auxiliar debe de realizar una investigación exhaustiva del origen del delito y sus consecuencias y buscar las pruebas necesarias para ser éstas presentadas al Juez junto con el imputado cuando sea consignado al Tribunal competente en ese tiempo; pudiendo aún más el órgano auxiliar, continuar con las investigaciones, haciéndoselo saber así al Juez donde fue consignado el imputado.

En cuanto a los restantes requisitos, se considera que ya no se hace distinción de la clase de testigos, ni tampoco a la integridad de la confesión, dejándose todo esto a la apreciación del Juez el cual lleva actualmente una enorme responsabilidad para apreciar esta clase de prueba a pesar de la gran libertad de que dispone para ello; no obligándolo en aquellas causas que están excluidas del jurado al existir solamente esta clase de prueba, a absolver al procesado; sino que a pronunciar la sentencia correspondiente.

La Grabación de la Confesión

Está regulada directamente para los órganos auxiliares como una de las funciones especiales que éstos realizan, pero de una manera técnica, como lo establece el Art. 142 inciso 4o. que expresa: "Si el órgano auxiliar tuviere medios técnicos para grabar de viva voz la declaración del imputado que confiesa, preferentemente procederá a verificarlo así para enviarla al Tribunal competente, en vez de levantar acta de la declaración".

Como se comprende, los órganos auxiliares, están obligados a actuar al tener los medios técnicos adecuados, como sería una grabadora, o una radiograbadora de cassette como hoy modernamente se conocen, de manera "preferente" a proceder a grabar la confesión de un imputado que confiesa, en vez de redactar un acta de su declaración. Esta preferencia que exige la disposición, no se cumple por parte de los órganos auxiliares, aun cuando tienen ese medio técnico, debido a que no existen personas preparadas para tomar esa confesión. Considero que la intención del legislador es que esta prueba se recoja lo más rápido posible; tanto de tomarla como de consignar al imputado al Tribunal competente, sobre todo cuando los imputados hacen un relato extenso de los hechos.

La situación en que los órganos auxiliares se encuentran al tomar este tipo de prueba técnica, es precisamente

en lo que respecta a la técnica del interrogatorio; y éstos actúan en una forma tal, que las preguntas hechas por el instructor y las respuestas que dé el imputado, se hacen desde un inicio de lo que éste está confesando con respecto a los mismos hechos imputados, y se hacen pausas o cortes en la cinta magnetofónica que vendrían a poner en duda sobre la ilación que debe llevar ésta. Es recomendable que al imputado, sin hacerle ninguna pregunta sobre los hechos, con excepción de su nombre, generales, hechos que se le imputan y demás requisitos legales; proceda a hacer el relato o confesión de los hechos, y cuando éste haya finalizado se procederá, a juicio del instructor, a hacer las preguntas relacionadas con su relato; todo esto para darle una verdadera valoración.

Por otra parte, el lugar donde se debe de realizar ésta, debe de ser en una sala en donde no exista interferencia de sonidos, para que la grabación pueda perfectamente ser escuchada posteriormente por el Juez instructor.

Valoración Especial

Para que la grabación de la confesión sea valorada, la disposición requiere de los siguientes requisitos esenciales; además de los señaladas en el Art. 496 del Código Procesal Penal, los siguientes:

- 1 - Que sea probada por dos testigos mayores de edad y que sepan leer y escribir;

- 2 - Que se levante un acta por separado dejando constancia de ésta; y
- 3 - Que se le hizo saber previamente al imputado que su declaración será grabada.

Con respecto a los últimos requisitos: al levantarse el acta, se debe de dejar constancia de quienes son los testigos que la han presenciado y así mismo asentarse en ella - que se le hizo saber previamente al imputado que su confesión sería grabada.

Crítica

Partiendo de la importancia técnica de este tipo de prueba, pueden surgir problemas cuando la cinta ya grabada - conteniendo la confesión del imputado esté en poder del Juez; éste tiene que escuchar la grabación y así mismo tomarles declaración a los testigos que la presenciaron y oyeron; pues el reo al declarar en el Tribunal, puede negar que se le grabó su confesión y por el contrario afirmar que no ha relatado ningún tipo de confesión. Es aquí donde el Juez deberá de nombrar peritos en sonido o ingenieros electrónicos, para que éstos dictaminen si la voz registrada en la cinta conteniendo la confesión, es la misma voz que posee el imputado, y si no hay cortes en la cinta. Y por otro lado, esta prueba así recogida puede ser destruida; por lo que el Juez debe de asentarla en acta por separado y agregar esta acta al proceso, ..

la cual se confrontará con el contenido de la cinta grabada. esta diligencia debe de hacerse inmediatamente que se tuviere a la orden del Tribunal este tipo de prueba, y por último, depositarse esta cinta en una caja de seguridad que poseyere el Tribunal, pues es recomendable que los Tribunales del país tengan estas cajas de seguridad para la debida protección de este u otro tipo de pruebas; o de una institución bancaria del país para que ésta esté debidamente protegida y a la orden del Tribunal o para el caso, enviarla a la Corte Suprema de Justicia para que este alto Tribunal disponga lo conveniente.

Se ve pues, que la crítica que se le puede hacer a este tipo de prueba, es la falta de claridad de la misma en cuanto a sus garantías técnicas y a la falta de regulación en cuanto a proteger la seguridad de este tipo técnico de prueba.

H) La Problemática de la Supresión de la Confesión Extrajudicial.

Para abordar este tema es necesario partir desde un punto de vista histórico; en primer lugar se dió el Decreto Legislativo No. 2510 de fecha lo. de noviembre de 1957 publicado en el Diario Oficial No. 219 Tomo 177 del día veinte del mes y año citados; entre los artículos que se reformaron del Código de Instrucción Criminal, fue el Art. 415

que trata de la confesión extrajudicial, sustituyéndose en la siguiente forma: "La confesión extrajudicial no rendida ante agentes de la autoridad, probada por dos testigos; y el cotejo de letras, forman semi plena prueba". Pero por decreto legislativo No. 2602, del 4 de marzo de 1958, publicado en el Diario Oficial No. 52 del tomo 178 del 17 del mismo mes y año citados, se volvió a reformar dicha disposición. Nótese que aquella reforma a ese artículo tuvo una vigencia escasa de tiempo, (desde el 29 de diciembre de 1957 al 25 de marzo de 1958), o sea casi escasos tres meses y fue motivo de nueva reforma, señalándose las razones o base de la misma en los considerandos de ese decreto citado; destacándose los considerandos segundo y tercero, que expresan: "II Que en la mayoría de los procesos criminales la confesión extrajudicial probada por dos testigos y rendida ante agentes de autoridad, ha sido un medio probatorio eficaz para la persecución de la criminalidad y que ahora la supresión de dicho medio probatorio ha producido intranquilidad en la opinión pública, porque traerá consigo la impunidad en muchos delitos cometidos o que se cometieren en el futuro, provocando como consecuencia un auge en la criminalidad y una mayor inseguridad en las personas; intranquilidad que se ha manifestado a través de las publicaciones de La Prensa y en los informes y peticiones de funcionarios y autoridades."

III Que es un deber del Poder Público reprimir el crímen en todas sus formas, buscar los medios de atajar su auge y llevar así a las personas la seguridad y tranquilidad indispensables, por lo que se hace necesario y urgente re-
formar el Art. 415 I, que fue modificado por el Art. 70 --
del expresado Decreto a efecto de suprimir la expresión: --
"no rendida ante Agentes de la autoridad". Y el referido -
artículo quedó redactado así: "La confesión extrajudicial
probada por dos testigos o el cotejo de letras, forman se-
miplena prueba". O sea, tal como se encontraba antes de di
cha reforma. De ésto se desprende, que este medio probato-
rio es "eficaz para la persecución de la criminalidad" y -
"represivo" para el crimen cometido en todas sus formas, -
generando como consecuencia "atajar" la criminalidad y dar
mayor seguridad y tranquilidad a las personas. Por falta -
de tiempo, no hemos podido examinar las diferentes publica-
ciones periodísticas, informes y peticiones de funcionarios
y autoridades sobre este tema, lo que traería a ser más ex
tenso y talvez compendioso o confuso este punto; pero con-
forme a esos considerandos en ellos se reflejan, a través
del legislador de aquella época, la preocupación e insegur-
idad ciudadana de la reforma de esa disposición. Pero se -
destaca que este medio probatorio es típicamente represivo
y empleado por las autoridades y funcionarios de seguridad
pública y ha sido tomado como uno de los medios para atajar
el auge de la criminalidad en el país.

Posteriormente con la nueva legislación procesal penal, al darse el Código Procesal Penal, la Asamblea Legislativa tuvo a bien al llegar a tratar el punto de la confesión extrajudicial, escuchar diversas opiniones de abogados dedicados y con experiencia en materia penal, promoviendo un simposio el 19 de julio de 1973, para que después de las discusiones de este tema lograr intentar una mejor regulación de este medio probatorio; ya que se sentía y era una verdadera represión que las autoridades utilizaban en la persecución de los delincuentes al aplicar la confesión extrajudicial, lo que demostró que como medio de aminorar o atajar la criminalidad no era efectivo, degenerando por consiguiente mayor inseguridad e intranquilidad y mayor criminalidad en el país; considero pues, que los Diputados de la Asamblea Legislativa o los miembros de la Comisión del Proyecto del Código, inseguros e indecisos se vieron obligados a escuchar a este grupo de abogados, distinguidos Magistrados, Jueces, catedráticos y litigantes del país para dar una mejor y eficiente regulación a este medio probatorio.

La regulación de la confesión extrajudicial, conforme al planteamiento de la parte introductoria de la publica--ción de ese Simposio (18) fue la siguiente:

(18) Versión del Simposio auspiciado por la Asamblea Legis--lativa con el objeto de analizar y discutir el Art. 499 del Proyecto de Código Procesal Penal de 1971, relativo al valor probatorio de la "Confesión Extrajudicial" ce--lebrado en el Salón Azul, el día 19 de julio de 1973. - Publicaciones de la Asamblea Legislativa.

- 1) Código de Instrucción Criminal Vigente: "Art. 415. La confesión extrajudicial probada por dos testigos o el cotejo de letras forman semiplena prueba;"
- 2) Proyecto de Código Procesal: "Art. 508. La confesión extrajudicial tendrá el valor de semiplena prueba si se establece judicialmente con la declaración de dos testigos, aunque depongan de actos confesatorios distintos, siempre que se tratara del mismo reo.

La rendida ante los órganos auxiliares tendrá igual valor si se establece judicialmente con la declaración de los testigos a que se refiere el inciso cuarto del Art. 142". (testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir y que hayan presenciado y oído la confesión).

- 3) Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: "Art. 506. La confesión extrajudicial podrá ser apreciada como prueba suficiente contra el confesante:
 - 1o. Si se establece judicialmente que ha sido rendida ante dos testigos que merecieren al Juez entera fé, aunque depongan de actos confesatorios distintos, siempre que se tratara del mismo imputado;
 - 2o. Si tal confesión guarda relación con otros elementos de prueba que existan en el juicio sobre el hecho criminoso.

La confesión extrajudicial rendida ante los órganos - auxiliares, deberá además llenar los requisitos establecidos en los incisos cuarto y quinto del artículo 144 de este Código."

4) Artículo aprobado por el pleno de la Asamblea: "Art. 499. La confesión extrajudicial podrá ser apreciada como prueba suficiente contra el confesante:

1o. Si se establece judicialmente que ha sido rendida ante dos testigos confesatorios distintos, siempre que se tratare del mismo imputado;

2o. Si tal confesión guarda relación con otros elementos de prueba que existan en el juicio sobre el hecho -- criminoso.

La confesión extrajudicial rendida ante los órganos auxiliares deberán además, llenar los requisitos de los incisos cuarto y quinto del artículo 142 de este Código. Los testigos no deberán pertenecer a ninguna dependencia de los cuerpos de seguridad que instruye el proceso."

5) Anteproyecto de Código Procesal Penal de 1960. "Art. 329. La Confesión extrajudicial rendida ante los cuerpos auxiliares, tendrá valor probatorio si se comprueba judicialmente con las deposiciones de dos testigos mayores de -- edad, que sepan leer y escribir y que no pertenezcan a -

ninguna de las dependencias del cuerpo auxiliar que instruye las diligencias, que oyeron desde el principio hasta el fin el acto de la confesión y que además interrogaron al confesante sobre la espontaneidad de la confesión, circunstancias todas que deben hacerse constar en el acta respectiva."

En el referido simposio, se partió del planteamiento sostenido por el Dr. José Enrique Silva, que para abordar esta problemática, se debe de partir de tres caminos o vías.

- 1) Asimilarla o darle la misma eficacia probatoria la confesión extrajudicial a la confesión judicial, se sostuvo - que esto sería "romper el ordenamiento jurídico salvadoreño".
- 2) La eliminación de la confesión extrajudicial como medio probatorio.
- 3) Aceptar la confesión extrajudicial, tomando en cuenta el interés de la sociedad, el interés que el Estado debe poner en resguardar los bienes jurídicos, tanto de la persona como de la sociedad, y por otra parte, derechos inalienables del hombre, que han sido reconocidos.

Dentro de los participantes, se analizaron las tres posiciones, las que fueron discutidas dando como resultado el siguiente:

- 1) Se opinó que la confesión extrajudicial fuera mantenida, pero rodeada de garantías y tomarla así como base para una investigación.

Como una de las garantías se expuso que, al darse el caso, que un reo fuese capturado por cualquier cuerpo de seguridad pública y éste manifestare que antes de declarar desea ser asistido por un abogado, los instructores pertenecientes a ese cuerpo de seguridad pública están obligados a llamar a ese profesional, y aún concederle la entrevista privada.

- 2) La otra posición es que sea el Tribunal del Jurado quien decida sobre la culpabilidad o inocencia del procesado. Esta situación es ilógica, pues teniéndose conciencia -- que la confesión extrajudicial no ha sido nunca espontánea, y llevar a un procesado a un Tribunal de conciencia con esta clase de prueba, siempre éste se inclina por la absolución, como muchas veces ha ocurrido en la práctica, y todo ese tiempo que estuvo detenido el procesado antes de ser llevado al Jurado. se convierte en una verdadera injusticia; lo que hace chocar por consiguiente -- los derechos inalienables del imputado a considerarlo como inocente mientras no se pruebe lo contrario y los intereses de la sociedad y el Estado que están obligados a descubrir a los verdaderos culpables en la investigación de los delitos.

3) La tercera posición es la supresión definitiva como medio probatorio, porque tal como está actualmente regulada, no se llenan las garantías que tuvo a bien el legislador dotarla; por otra parte no es un medio para atajar el auge de la delincuencia en el país, como se ha dicho, y lo que en verdad es que se han causado muchos más perjuicios e injusticias que beneficios para una correcta administración de justicia por parte del Estado.

Como resultante de ese Simposio la confesión extrajudicial quedó regulada en la siguiente forma:

"Art. 496.- En los delitos políticos a que se refiere el Art. 650 de este Código, la confesión extrajudicial no tendrá valor legal alguno y no podrá apreciarse como prueba o principio de prueba.

En los delitos comunes, la confesión extrajudicial podrá ser apreciada conforme las reglas de la sana crítica, únicamente con los requisitos siguientes:

- 1 - Si se establece judicialmente que ha sido rendida ante dos testigos por lo menos, que llenen todos los requisitos del Art. 142 y dichos testigos merecieren además en tera fe al Juez; y
- 2 - Si tal confesión guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso, sobre el mismo hecho punible.

La confesión extrajudicial rendida ante los órganos auxiliares a que se refiere el artículo 11 de este Código, deberá además llenar los siguientes requisitos:

- 1 - Haber sido rendida dentro de las veinticuatro horas de la captura del imputado;
- 2 - Los testigos no deberán pertenecer a alguna dependencia de los órganos auxiliares;
- 3 - Los testigos deberán haber presenciado íntegramente la confesión; y
- 4 - Los mismos testigos deberán haber interrogado al imputado sobre la espontaneidad de la confesión.

En el acta respectiva levantada por los órganos auxiliares se harán constar estos requisitos.

En las causas por delitos comunes, la confesión extrajudicial que reúna los anteriores requisitos podrá ser apreciada como prueba suficiente para decretar la detención provisional, para elevar la causa a plenario y someter la causa al conocimiento del jurado.

En las causas que no van a conocimiento del Tribunal del Jurado, si después del auto de elevación a plenario y antes de la sentencia subsistiere la confesión extrajudicial como única prueba, el Juez pronunciará sentencia absolutoria.

En los casos a que se refiere el artículo 154 del Código Penal, cuando la confesión extrajudicial fuere la única prueba, o cuando existiere junto con otras y éstas por sí solas no hubieren sido suficientes para elevar la causa a plenario, no será el imputado condenado a la pena de muerte, debiendo imponérsele la de prisión con un mínimo de veinte años y un máximo de treinta".

Ahora veamos que el Art. 650 del Código Procesal Penal conceptuaba el delito político y exceptúa a aquellos delitos que "constituyan una manifestación de anarquía o terrorismo o que en forma evidente tiendan a subvertir las bases de la organización democrática, social y económica del Estado". Y delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado.

Posteriormente, antes de que entraran en vigencia los Códigos Penal y Procesal Penal el 15 de junio de 1974; se reformó por Decreto Legislativo No. 622 del 28 de mayo de 1974, publicado en el Diario Oficial del 5 de junio de ese mismo año, sustituyéndose este artículo por el siguiente:

Art. 650.- Son delitos políticos los señaladas en el Art. 151 del Código Penal.

Habiéndose al mismo tiempo reformado el Código Penal introduciéndose un nuevo título después del Art. 150 de ese Código, el Título IX: "Concepto de Delito Político", y sustituyéndose el Art. 151 que trataba de la revocatoria

de la rehabilitación, por el de "Delitos Políticos y Delitos Comunes Conexos", o sea, se introdujeron en esta reforma, los delitos comunes conexos con políticos que también los definió el Art. 651 del Código Procesal Penal. Y posteriormente como ya lo expresamos anteriormente, se modificó el Art. 151 del Código Penal por Decreto Legislativo No. 381 del 20 de octubre de 1977, publicado en el Diario Oficial No. 196, del Tomo 257 del 24 de octubre de 1977, en el cual no se comprendió como delitos políticos los hechos punibles contra la existencia y organización del Estado que ya hemos señalado.

A partir de la vigencia de los Códigos Penal Y Procesal Penal el 15 de junio de 1974, se vino sosteniendo en nuestro medio judicial, que la confesión extrajudicial era calificada de "Rigorista" por la existencia de muchos requisitos que observar.

A pesar de ésto se dieron algunas confesiones extrajudiciales; muchas que no llenaban los requisitos exigidos, otras a pesar de los requisitos llenados, eran desvirtuadas por la habilidad en el interrogatorio de defensores a los testigos particulares. Por otro lado, los órganos auxiliares no podían tomar ese tipo de declaraciones con testigos particulares, porque a veces no instruían a los testigos para que éstos preguntaran al imputado sobre la espontaneidad de su declaración y a veces, a pesar de ello, algunos de los testigos omitían o negaban esta circunstancia cuando declaraban en el

Juzgado. Por otra parte, a los órganos auxiliares les resultaba difícil lograr que testigos particulares presenciaran la declaración de imputados; exponían además, que el tiempo de las veinticuatro horas era muy corto para instruir esta clase de diligencias, ya que las actas tienen que remitir -- originales al Tribunal, y aún más difícil si se grababa la confesión de algún imputado, que en la práctica casi nunca o escasamente se ha presentado este tipo de prueba. Así mismo, a los testigos particulares se les exigía la confesión completa desde un principio hasta el final de todo lo relatado por el imputado; o sea que los testigos particulares, tenían intervención directa en este tipo de prueba, y algunos de ellos, dado la cultura deficiente de nuestro medio, no hacían un relato concorde con lo manifestado por el imputado; y otras veces, los imputados sí declaraban ante el órgano auxiliar no haciéndose cargo de los hechos imputados, y los órganos auxiliares sólo se conformaban con la posible confesión, "como reina de las pruebas" del imputado y a veces no buscaban otros elementos de juicio, debido por un lado a la falta de colaboración ciudadana y por otro, a una verdadera y exhaustiva investigación, por lo que prácticamente, lograr una confesión extrajudicial con todos los requisitos exigidos era muy difícil debido a esos factores. La intención de legislador de garantizar la confesión extrajudicial en su espontaneidad por medio de testigos particulares fue muy idealista, pero considero, que no se tomaron en cuenta los factores sociales

y culturales de nuestro medio.

Fue por ésto que nuevamente el legislador reforma la confesión extrajudicial, pero considerándola siempre como "prueba suficiente".

Volviéndose más o menos o como sustancialmente se encontraba antes, con testigos no particulares, no rendida ante -- dos testigos, basta que en diferentes lugares o momentos hayan oído confesar al imputado los hechos; pues ésta era la argumentación de la defensa para destruir esta prueba, pues los testigos no declaraban concordes con estas circunstancias, resultando que a diferente hora y lugares del interrogatorio habían escuchado confesar los hechos al imputado. Actualmente posee mayor campo de acción este tipo de prueba en ciertos delitos, como ya lo señalamos, que se consideraban políticos. En los considerandos del Decreto Legislativo No. 381 del 20 de octubre de 1977, publicado en el Diario Oficial del 24 del mismo mes y año, resalta el Considerando II, que expresa: - "Que asimismo para mayor eficacia en la administración de justicia debe facilitarse la obtención de la prueba en los procesos respectivos, reformándose las disposiciones pertinentes".

Como se nota, con ésto, se ha pretendido que los órganos auxiliares puedan lograr confesiones extrajudiciales; por lo que la historia se ha repetido como ya lo expusimos y hoy en nuestro medio, con todos esos antecedentes legislativos, políticos, sociales y económicos, al presentarse una prueba de

esta naturaleza menos credibilidad se le podrá dar. Lo conveniente es suprimir de nuestra legislación la confesión extrajudicial como prueba suficiente, porque no está rodeada de las más mínimas garantías de respeto a los derechos humanos del imputado. Si se mantiene la confesión extrajudicial tal como está actualmente regulada, no es posible conjugar los intereses de la sociedad y del Estado con los derechos individuales. Solamente con la creación de una Institución de Defensores Públicos podrían en cierta medida, ejercerse esos derechos y garantías de toda persona humana. El legislador en su afán de garantizar la confesión extrajudicial se excedió en fijar esas garantías poniendo a testigos particulares como controladores de estas garantías; consideramos que es el propio Estado el que debe de intervenir garantizando este medio probatorio y así mismo, desarrollando nuevas técnicas de investigación criminal, tecnificando a los órganos auxiliares para que cumplan en una forma más eficaz en sus funciones de investigación y sólo así creemos que se podrá lograr una mejor administración de justicia, amparándonos para afirmar ésto en el Art. 2 de la Constitución Política que expresa: "Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social".

Como ejemplo de confesión judicial, aplicada ya directamente en la práctica exponemos el siguiente:

El hecho es un homicidio, el cual sucede como a las diez y media de la mañana del día treinta de septiembre del año de mil novecientos setenta y cinco, en un expendio de aguardiente en la Colonia Miraflores, Avenida Principal de la final calle Lara del Barrio de San Jacinto de San Salvador.

Del hecho se acusa al cantinero de haber dado muerte con arma de fuego a un hombre que se presentó en estado de ebriedad a la cantina a comprar licor.

Los detectives de la Policía Nacional decomisaron dos pistolas calibre "22" a la señora "A", quien manifestó que el cantinero le entregó en un maletín ambas pistolas.

El imputado al ser interrogado por el Juez Tercero de Paz instructor, manifestó que le apodan "Toño el cantinero", ser de veinticinco años y dió su nombre y demás generales y dijo en síntesis: "Que el día treinta del mes pasado como a las doce y cincuenta horas, se encontraba en la cantina trabajando como cantinero, cuando llegaron tres sujetos desconocidos para el dicente en estado de ebriedad; que uno de los tres sujetos entró en la cantina y los otros dos se quedaron afuera; - que el sujeto que entró iba armado de una escuadra y le apuntó al dicente a la vez que le dijo: "hoy te vas a morir", que el dicente al oír la amenaza sacó su escuadra que tenía debajo del mostrador e hizo un disparo, haciendo blanco el disparo en el hombro derecho del sujeto amenazante; que al caerle el disparo el sujeto cayó al suelo; que luego el dicente --

recogió la escuadra del desconocido la cual cayó afuera de la cantina y la guardó juntamente con la de él en un maletín de su propiedad; que al momento llegaron varias personas, luego después llegó la Policía o sean unos detectives, a quienes - el dicente les contó lo ocurrido y se entregó; que antes de llegar la Policía llegó una muchacha de nombre "A" quien creyendo que el dicente no iba a entregar las armas se llevó el maletín donde estaban las armas mencionadas; que luego el dicente les fue a enseñar a los detectives el lugar o sea la casa en donde se encontraban las armas...."

En el proceso declaró como único testigo presencial el señor "B" que en síntesis dijo: "Que como a las diez y media de la mañana llegó a la cantina de la Colonia Miraflores a comprar un octavo de licor, marca "Muñeco", y que cuando salía de la cantina, entró un sujeto a quien el dicente le ignora su nombre, solamente sabía que era zapatero y alcanzó a oír que pidió un medio litro de licor; y luego cuando había caminado como un metro oyó un disparo de arma de fuego y volvió a ver hacia la cantina y vió que el sujeto que llegó a comprar estaba en el suelo arrecostado a la pared y sangraba entre el hombro derecho y el cuello, y el cantinero a quien el dicente solamente conoce por "Toño el Cantinero", tenía un arma de fuego en la mano... que el ahora occiso entró a la cantina cuando el declarante salía, no oyó si entre éste y el cantinero hubiera alguna discusión por algún motivo y el declarante no se fijó si el comprador iba armado, pero sí

que iba bastante ebrio, pero no puede precisar si iba erojado.. que cuando ocurrió el hecho no habían más personas dentro de la cantina ni fuera de ésta por lo que ignora qué personas - pueden declarar como testigos; que el dicente llegó a la cantina a comprar licor y se tomó el trago y cuando llegó no había ninguna persona en la cantina ni cuando salía, solamente el cantinero..... que el occiso cayó acostado en el suelo tapando la entrada o sea por la puerta, pero con la cabeza por el mostrador y los pies hacia la puerta y el dicente no vió que éste tuviera alguna arma en las manos, ya que estaba de lado y las dos manos juntas por lo que pudo ver que no tenía ninguna arma cerca de las manos ni del cuerpo....

El defensor del imputado, presentó un alegato pidiendo al Juez el sobreseimiento para aquél, sosteniendo que se trataba de una legítima defensa y que la confesión del imputado no se encontraba contradicha por el testigo; en síntesis expuso: "De la secuela del proceso se desprende la acción no criminal que el aludido "X" ha ejercitado, ya que existe como prueba única la declaración de fs. 7 en la cual manifiesta la forma como se desarrollaron los hechos en el interior de la cantina en la cual desempeñaba su trabajo, ya que si bien es cierto, éste manifestó haber disparado al hombro del occiso lo hizo ante la amenaza proferida por el anterior: - "Hoy te vas a morir", efectuada simultáneamente con la acción de un acto tendiente a hacer efectiva dicha amenaza, puesto que portaba una escuadra en su mano, lo cual hace indubitable

- 210 -

y de obvia realización la intención del occiso de terminar con la vida de "X", ya que la relación de causalidad entre la amenaza y las circunstancias en que ésta fue efectuada, hacían suponer el indefectible efecto de que tal amenaza se cumpliera; si "X" no tomaba una actitud defendible de su vida que por la situación de encerramiento en que éste se encontraba, no le quedaba otra alternativa que la de disparar contra su atacante; siendo éste el único motivo que llevó a "X" a disparar y nótese en tal declaración de fs. 7. cuando éste manifiesta que hizo un disparo al hombro del sujeto amenazante, que deja entrever su intención de asestar el disparo en parte tal, que pudiera evitar que el sujeto que lo amenazaba hiciera efectiva su amenaza, puesto que bien pudo hacer impacto en otra parte del cuerpo más vital, como el corazón o la cabeza; lo cual era muy posible dada la escasísima distancia en que ambos protagonistas se encontraban; todo lo cual me lleva a la convicción que "X" efectuó un acto en legítima defensa de su vida"...

Estas son las únicas declaraciones de las cuales se desprende la intervención de "X" en los hechos que se investigan; los cuales no son en manera alguna contradictorias, puesto que una o sea la rendida por el imputado, no detalla el momento exacto en que ocurrieron los hechos y las circunstancias posteriores; y la otra, o sea la del testigo "B" nos relata los hechos posteriores ya descritos por el imputado no contrariándose ambas declaraciones en ningún aspecto".

El Juez de Primera Instancia accede al sobreseimiento y expuso en lo sustancial de su resolución: "Tal indagatoria no ha sido contrariada, al menos en lo principal de la misma, por lo que se estima que existe causa de justificación ya que el imputado obró en defensa de su integridad personal puesto que el ahora occiso "Y" trató de agredirlo ilegítimamente, - siendo razonable y necesaria la defensa empleada por "X" para repeler el posible ataque del ahora occiso, ya que aquél no provocó en forma alguna la amenaza de que era objeto en ese momento".

Y sobresee por estar exento de responsabilidad criminal, Arts. 37 Pn. segunda parte, No. 4 del 275 y 277 Pr. Pn.

El Fiscal no conforme, apela de ese sobreseimiento, alegando que: "conforme al Art. 494 Pr. Pn. la confesión del imputado no es clara ni sincera; ya que aparece contrariada con la declaración del testigo: "B" de fs. 20; y de acuerdo con los Arts. 495 y 279 No. 1 Pr. Pn; es un caso en el cual el Juez debe de abstenerse de sobreseer".

La Cámara Primera de lo Penal, hizo observaciones al respecto y en síntesis expuso:

"a) El imputado confesó el hecho de haber dado muerte al occiso (fs. 7) y relata como sucede éste manifestando: "que uno de los tres sujetos entró a la cantina y los otros dos se quedaron fuera, que el sujeto que entró iba armado de una escuadra y le apuntó al dicente a la vez que le dijo: "hoy -

te vas a morir"; que el dicente al oír la amenaza, sacó su -
escuadra que tenía debajo del mostrador e hizo un disparo, -
haciendo blanco el disparo en el hombro derecho del sujeto -
amenazante, que al caerle el disparo el sujeto cayó al suelo...

b) El testigo "B", expone la Cámara, y en síntesis dijo:
"que cuando el dicente salía de la cantina, entró un sujeto
a quien le ignora su nombre, solamente sabía que era zapatero;
que alcanzó a oír que pidió un medio litro de licor; que lue-
go cuando había caminado como un metro oyó un disparo de arma
de fuego, y volvió a ver hacia la cantina; que vió que el su-
jeto que llegó a comprar estaba en el suelo arrecostado a la
pared y sangraba entre el hombro derecho y el cuello, y el --
cantinero a quien el dicente solamente conoce por Toño el --
cantinero tenía un arma de fuego en la mano; que el dicente
siguió su camino hacia la casa".

La Cámara deduce:

- 1) Según el imputado "X" el sujeto que entró iba armado de -
una escuadra y le apuntó diciéndole: "hoy te vas a morir".
- 2) Según el testigo "B", que cuando él salió de la cantina -
entró un sujeto que sabe era zapatero y que alcanzó a oír
que pidió: "medio litro de licor", que cuando el declaran-
te había caminado como un metro oyó un disparo, es decir
inmediatamente después de oír las palabras mencionadas.

Dice la Cámara que hay contradicción: "que el imputado
afirma que el occiso le dijo: "hoy te vas a morir"; y el tes

tigo afirma: que el occiso pidió medio litro de licor y que oyó el disparo cuando se retiraba y había caminado como un metro. Y estima este Tribunal que si el occiso realmente hubiera amenazado al imputado, el testigo habría hecho referencia a tal amenaza al rendir su deposición, pues expresa hechos que ocurrieron inmediatamente antes y después del disparo que según confesó el imputado, hizo contra el occiso".

Y agrega: "Como no es posible armonizar el dicho del imputado y del testigo de manera que se complementen en su conjunto, pues los hechos ocurrieron en forma sucesiva, casi simultáneamente y ambos refieren diferentes versiones, el Tribunal se abstiene de aplicar la parte final del Art. 279 Pr.Pn. ya transcrito y estima, que en el caso de autos, hay suficiente prueba de la delincuencia del imputado, consistente en la prueba testimonial ya relacionada, y hay también prueba favorable al reo por la forma como expresa en su confesión que ocurrieron los hechos. En consecuencia, lo resuelto por el Juez a este respecto no está conforme a derecho y la sentencia interlocutoria apelada se debe resolver y elevar a plenario la causa."

Nuevamente el defensor del procesado, presenta otro escrito, pidiendo la revocatoria de lo resuelto por la Cámara y así expuso: "El hecho de que el testigo alcanzó a oír que pidió un medio litro de licor; que cuando el declarante había caminado como un metro, oyó un disparo, es decir, ----

inmediatamente después de oír las palabras mencionadas, me lleva a ubicar la premisa mayor: se ha considerado existente una relación inmediatísima de tiempo entre las palabras que escuchó el testigo y el disparo; hechos anteriores y posteriores; premisa menor; si el testigo escuchó tales palabras y no oyó las amenazas éstas no existieron; por lo tanto existe contradicción, tal sería la conclusión del razonamiento plasmado en la resolución; tal deducción lógica parte de que el testigo estaba en capacidad de escuchar dada su situación, todo lo que pudo hablarse en el interior de la cantina y se basa esta premisa mayor en la manifestación del testigo de que "alcanzó a oír", esto por sí solo nos da una idea de que se encontraba en los límites de poder escuchar y esta capacidad sienta una premisa inconsistente; en cuanto para su existencia depende de hechos realizados indubitablemente; si el testigo oyó cuando el ahora occiso pidió medio litro de licor, tenía que haber escuchado las amenazas de haber sido proferidas, pero porqué es inconsistente? ¿Cuáles son los hechos en los que se apoya?

- 1) Que tales amenazas hayan sido efectuadas con el mismo volumen;
- 2) Que el testigo se haya mantenido estático al momento de escuchar "un medio litro", es decir pues, tal premisa se apoya para su construcción en una fundamentación contradictoria, puesto que para el testigo no haya escuchado, supone

que de haber existido se haya proferido al mismo volumen, supone la existencia de lo que niega, en la conclusión; depende para su validez lógica de un elemento que no tiene certeza alguna en cuanto tal amenaza pudo haber sido proferida con un volumen menor al de compra; ésto si el testigo se hubiere mantenido estático al escuchar la compra; pues ésto no es así, el testigo no ha dicho como dice parte de la declaración.... "es decir inmediatamente después de oír las palabras mencionadas" el testigo en su deposición dice: "que el dicente, alcanzó a oír que el sujeto zapatero pidió un medio litro de licor; que el dicente -- luego cuando había caminado como un metro oyó un disparo de arma de fuego" ese "como un metro" determina un interim cuyo inicio reunido al espacio recorrido, marca la incapacidad auditiva del testigo para testificar de oídas, sobre lo que ocurrió en el interior de la cantina, ya que como el mismo lo dice en la etapa preinicial de tal lapso "alcanzó a oír" incapacidad derivada de la distancia y del estado físico del testigo proveniente de su estado alcohólico por haber estado tomado de licor.

Yo no creo que una persona dispare a otra por el solo hecho de hacerlo, debe existir una motivación, si el occiso en efecto iba a comprar medio litro de licor, se le hubiera encontrado alguna cantidad de dinero en sus bolsillos y si hubiera habido alguna discusión no hubiera terminado en -

tan poco tiempo con el resultado realizado, no es obvio que una discusión que concluye en homicidio dure segundos.. No es posible que el ahora occiso al momento de entrar a la cantina hubiera pedido medio litro, que fue lo que escuchó el testigo cuando salía, para simular esa compra en cuanto no llevaba dinero y luego después de amenazar al imputado?, es lógico que el acto delictuoso que el ahora occiso intentaba cometer no lo iba a anunciar en el mismo tono que la simulación de compra por obvia razón.

Vos habeis estimado Honorable Cámara que la ausencia de tal amenaza tiene aparejada la contradicción y habéis partido de la capacidad del testigo para escucharla; pero habría podido escucharla si fue proferida quedamente y a mayor distancia de la que se encontraba cuando alcanzó a oír? puede el testigo afirmar que vió que no amenazó? indudablemente que no, no es posible físicamente que la escuchara y tal imposibilidad no creo que nos lleve a afirmar la no existencia de lo que el testigo no podría percibir".

La Cámara, al respecto, hace consideraciones señalando las contradicciones entre el testigo y el imputado.

"El imputado dice que el occiso le dijo "hoy te vas a morir", y testigo: "pidió un medio litro de licor, y que oyó el disparo cuando se retiraba y había caminado como un metro".

Indica el bachiller que "tal deducción lógica parte de que el testigo estaba en la capacidad de escuchar, dada su

situación, todo lo que pudo hablarse en el interior de la cantina"; y que para que el testigo no haya escuchado, supone -- que, de haber existido las amenazas, se hayan proferido al -- mismo volumen.

Los hechos probados con la deposición del testigo:

- a) que oyó cuando el occiso pidió un medio litro de licor;
- b) que cuando se retiraba de la cantina y "había caminado como un metro oyó un disparo de arma de fuego".

De tales hechos deduce la Cámara: con base al amplio criterio de apreciación de la prueba que le concede el sistema de la sana crítica adoptado por la nueva legislación penal, -- que no existió la amenaza a muerte a que hace referencia el -- imputado, pues de haber ocurrido tal amenaza, la habría escuchado y referido el testigo quien apenas se había retirado -- "como un metro" ya que en los autos no existe prueba alguna -- que demuestre la incapacidad auditiva del testigo en referencia para que pueda afirmarse... que el testigo se encontraba en una circunstancia de "incapacidad derivada de la distancia" para oír lo que sucedía dentro de la cantina.

Las anteriores observaciones del defensor se basan en que las amenazas pudieron ser proferidas "con un volumen menor al de compra" y que por la distancia en que se encontraba el testigo estaba imposibilitado físicamente para oírlas. Pero tales observaciones no tienen ningún fundamento en la prueba de autos.

CAPITULO XII

LA PRUEBA POR PRESUNCIONES, VALORACION Y APLICACION PRACTICA

- A) Fundamento de la Presunción.
- B) La Presunción y el Indicio. Diferencias.
- C) La Presunción de Inocencia.
- D) Requisitos de las Presunciones. Con respecto al Cuerpo del Delito. La Precisión, Relacionalidad, Concordancia, Fundamentación y Armoniosidad.
- E) Las presunciones de culpabilidad en los delitos de: - Hurto y robo, falsificación de moneda, defraudación a la economía pública, en las estafas especiales por incumplimiento de contrato en parcelación de terrenos - por no hacer la tradición del dominio.

A) Fundamento de la Presunción

Se hace indispensable encontrar el fundamento o los fundamentos de la presunción.

Se considera por un lado, que la presunción tiene un fundamento lógico, porque el hombre al razonar siempre presume los hechos o supone confiado en su razón y su conocimiento la existencia de los mismos; y dá por conocidos estos hechos desconocidos en atención a que otros sí por su razón son conocidos, creando un conocimiento de carácter hipotético.

Ahora bien, cuando las presunciones de hecho se refieren a relaciones de tipo jurídico, éstas forman parte de la función judicial del Juez como medios probatorios limitando o disminuyendo el arbitrio del juzgador y la presentación de

las pruebas por las partes, facilitando así por otra parte, la decisión de los hechos.

Pero doctrinariamente se ha sostenido, que las presunciones tienen un fundamento sujeto a engaño o equivocaciones del razonamiento humano y se ha tomado como principio ciertas observaciones de hecho que al repetirse en forma constante y ordinaria, hacen creer o suscitan en el pensamiento humano - como verdades, que en forma anticipada, se deben tomar como acordes con la realidad y es por eso que a las presunciones se les llama también "verdades anticipadas".

Así se dice que las leyes actúan en base a presunciones de hecho; así por ejemplo: de la observación constante existente entre la posesión y la propiedad, se concluye (presunción) de que el poseedor se le presume dueño; de la observación constante de que no se busca en forma intencionada el propio daño, se concluye que el imputado al confesar se presume verídica su confesión; como las sentencias se dictan después de haberse agotado todos los trámites procesales y probatorios, con igualdad para las partes contendientes, se concluye que toda sentencia es la verdad misma y por lo tanto tiene autoridad de cosa juzgada; como las leyes se publican frecuentemente en forma amplia, se concluye que no puede alegarse su ignorancia, etc....

Como puede observarse, el fundamento de las presunciones, también han tenido sus fundamentos en el acontecer histórico

en el cual han intervenido factores políticos, económicos y sociales; y por eso, algunos las consideran como "ficciones", o sea, creaciones de la imaginación.

B) La Presunción y el Indicio. Diferencias.

Se ha considerado darle el mismo tratamiento a la presunción y al indicio, partiendo que ambos tienen un mismo origen lógico y un razonamiento mental, así como los mismos elementos integrantes: a) hecho indicador o cierto; b) hecho presunto o incierto; y, c) relación de causalidad. Y se ha llegado a afirmar, doctrinariamente, que el indicio no es más que una especie de presunción; considerando que los indicios son ciertas presunciones de carácter especial que se denominan judiciales o de hombre cuando es el Juez el que razona libremente, estableciendo la premisa mayor del silogismo aristotélico.

Se parte pues, para señalar sus diferencias, que el razonamiento de la presunción ya está elaborado por el legislador al dictar la ley; en cambio para el indicio, es el libre razonamiento del Juez lo que configura al indicio.

Nicola Framarino (1), al tratar de la prueba indirecta y en la cual incluye el indicio y a la presunción, para tratar de explicar sus diferencias, parte desde un punto de vista 32

(1) Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Volumen I. - Páginas 217 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá 1973.

trictamente lógico, analizando la naturaleza primero ontológica del raciocinio y estima que éste se deduce de otros juicios, formado cada uno de ellos en las proposiciones llamadas: mayor, menor y conclusión; la primera contiene el juicio más general, es el principio en que está contenida la consecuencia que se quiere sacar como conclusión; la menor es el juicio que declara su contenido y la conclusión, el resultado del juicio contenido en la mayor. Y así pasa en segundo lugar a estudiar su estructura lógica y sostiene que sólo basta con analizar un sólo juicio, que expresa la premisa mayor; y es ese juicio existente, una relación de las ideas que pueden ser idénticas entre sí, o diferentes que llama relaciones de identidad a las premisas que se reduce al principio de identidad como supremo juicio: "el ser es el ser"; y en las segundas, se reducen también a un solo supremo juicio, el principio de causalidad: "todo hecho supone una causa"; porque entre cosas distintas no puede haber relación, sino en cuanto la una actúa sobre la otra.

Y así se concluye que cuando a la premisa mayor del raciocinio se le atribuye una cualidad a un sujeto, hay relación de identidad y esto conduce a una presunción, y cuando a la mayor se le atribuyese una relación de causa o efecto o viceversa, estamos en presencia del indicio; y así expone: "El raciocinio de la presunción deduce de lo conocido lo desconocido por el camino del principio de identidad, al paso que el raciocinio indiciario lo hace por medio del de causalidad".

En el raciocinio del indicio existe un "entimema", (o sea un silogismo imperfecto que consta tan solo de antecedentes y consiguiente conclusión por haberse suprimido una premisa, la mayor); y así se dice. "Pedro huyó, luego es culpable". El raciocinio de la presunción se reduce a la conclusión, callándose se las premisas, y así se dice: "el sindicado se le presume .. inocente".

Considero pues, que no es posible, y así lo sostienen muchos tratadistas desligar la presunción del indicio, entre -- ellos Gustavo Humberto Rodríguez (2) expresa: "No pueden darse indicios sin reglas de experiencia, como no pueden darse -- presunciones sin hechos particulares, indicadores. Es la misma relación que existe entre la ley y el caso, entre lo general y lo particular, entre lo abstracto y lo concreto".

C) La Presunción de Inocencia

Esta presunción, llamada de inocencia y no de inculpabilidad, está centrada y vitalizada en todo el Derecho Penal, no -- como una causa eximente o de no responsabilidad penal, sino -- como una verdadera garantía en su condición humana para aquel imputado o sujeto a un proceso penal; pues su fundamento ha -- sido muy discutido sobre este aspecto; pero considero que la mayoría de autores que han abordado este tema, han tenido la costumbre de contraponer la presunción de inocencia con la -- presunción legal y sostienen que la presunción de inocencia --

(2) Ob.cit. Volumen I. Pág. 154.

tiene su fundamento en la experiencia; que lo ordinario se presume y que el hombre es de ordinario inocente; y como lo que se presume se dispensa de prueba, la inocencia no debe probarse. Ya hemos afirmado que toda presunción llega a ser la premisa mayor de un silogismo; no sólo consiste en la aplicación de tomar en cuenta necesariamente como hecho indicador al hecho base o hecho cierto de la presunción; sino de tomar como premisa mayor a la presunción, comprendida ésta como juicio, como regla de experiencia. La presunción legal, es el tipo de presunción jurídica que admite prueba en contrario; y en materia criminal, no se puede dar cabida a presunciones de derecho debido a la naturaleza misma y contenido del Derecho Procesal Penal donde no existe el principio dispositivo para impulsar el proceso; sino que se rige por el principio de oficiosidad en el cual es obligatorio para el funcionario, investigar oficiosamente y con el mismo celo las pruebas de cargo y de descargo. Por lo tanto, la presunción de inocencia, es de hecho, no legal; no requiere probarse para tenerse por cierta y considero que se basa en el adecuado entendimiento lógico y en la experiencia humana.

Es de notarse que en el proceso civil, existen también presunciones similares a la de inocencia, tales como la buena fé, la de que no existen obligaciones sino se demuestran; pero que no tienen el contenido como la de inocencia penal. Por éso el principio conocido como: "In dubio pro reo", es resultado de la presunción de inocencia, es una consecuencia de una

valoración filosófica impuesta por la lógica.

Pero hay que hacer notar también, que a la presunción de inocencia no hay que confundirla con el "habeas corpus", porque la presunción de inocencia no es un recurso procesal de defensa; pues éste fue el resultado histórico de una lucha de poderes entre el ciudadano y la autoridad, en donde se sintió la necesidad de una reglamentación legal; considero más bien que la presunción de inocencia por poseer además un contenido filosófico es un derecho humano de carácter universal. Y esto lo considero así, porque nuestro país como Miembro de la Organización de las Naciones Unidas, aceptó como un ideal común -- de darle cumplimiento a la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (3) -- que en su Art. 11 1), se expresa: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Declaración que la Asamblea General de esa Organización aprobó tal como hemos transcrito el anterior artículo, el 10 de diciembre de 1958. Considero que éste es uno de los principios más fundamentales del derecho y del procedimiento criminal, así se expresa: (4) "En verdad, estos son los principios

(3) Un Ideal Común. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Publicaciones de las Naciones Unidas. No. 63. I. 13. Pág. 37.

(4) Un Ideal Común. Ob. cit. Pág. 7.

fundamentales del Derecho y el Procedimiento Criminal, y están destinados a proteger tanto al inocente como al culpable; porque si no se protegen los derechos del culpable, los derechos del inocente se verían también amenazados".

Por otra parte, se ha preguntado si estos principios contenidos en esta declaración son normas morales o una declaración jurídica; y así se ha dicho al respecto: (5) "Se conviene en general que la declaración es una exposición de principios generales y que posee la más elevada autoridad moral. Fue aprobada por la Asamblea General como una resolución sin oposición alguna, pero no se le redactó en forma de tratado y por lo tanto no requiere la firma o ratificación por parte de ningún Estado. Como tal, no se puede decir estrictamente que la declaración forma parte del Derecho Internacional o de ningún Derecho Local. Comúnmente se reconoce que no es un instrumento jurídico. Sin embargo, habiendo sido aprobada por la autoridad más elevada en la comunidad de las Naciones, posee una autoridad moral que no puede ser pasada por alto. Si las normas establecidas por la declaración respecto a cada derecho o libertad son aceptadas como normas morales tanto por los gobiernos como por los pueblos, puede decirse que la declaración posee una autoridad quizá superior o de más alcance que cualquier tratado o Ley".

Publicistas y juristas opinan que los principios contenidos en la declaración tienen autoridad jurídica o que poseen --

(5) Un Ideal Común. Ob.cit. Pág. 13.

fuerza legal; y para sostener ésto se basan en que como la Carta de las Naciones Unidas es un Tratado de Fuerza jurídica y conforme a dicha Carta todos los Estados Miembros "se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente" para promover "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

En la misma medida o sentido podremos decir, los Estados Miembros deben acatar las disposiciones de la Carta relativa a los derechos humanos, están también obligados a observar la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otro lado se sostiene además, que muchas disposiciones de la declaración, están basadas en Constituciones Nacionales; para el caso de nuestra Constitución bastaría confirmar ésto, con hacer una pequeña exploración constructiva de los derechos o garantías individuales o de los derechos sociales; por lo tanto concluyo, que tales principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, poseen fuerza jurídica para que sean observados y cumplidos por todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

D) Requisitos de las Presunciones. Con respecto al Cuerpo del Delito. La Precisión, Relacionalidad, Concordancia, Fundamentación y Armoniosidad.

En este apartado tratamos ya en primer lugar, de las presunciones en el sentido de su valor probatorio; pero debemos

dejar bien claro que, en la prueba indirecta, para establecer su fuerza probatoria existen en la doctrina procesal en general aquellas presunciones que se da fé de ellas mientras no se presentare prueba en contrario, o llamadas legales o "juris tantum", y aquellas que no pierden su crédito de verdaderas a pesar de presentarse cualquier prueba en contrario, llamadas de derecho o "juris et de jure".

En la doctrina penal predomina la tésis de que las presunciones juris et de jure, no pueden aceptarse como ya lo indicamos anteriormente, y además porque la certeza en materia criminal debe ser sustancial, es decir, real y no formal o superficial o abstracta; y éstas sólo son adecuadas para materias civiles por razones de carácter social o familiar se les da certeza absoluta; pues se piensa en evitar una inestabilidad o incertidumbre de los derechos privados y en no aumentar litigios innecesarios.

Al respecto Framarino (6) sostiene, como muchos autores, este punto de vista y así expresa: "Es cierto siempre que la suficiencia reconocida a las pruebas civiles no sea sustancialmente contraria al fin de las pruebas penales; y este es precisamente el caso de las pruebas indirectas que se tienen en lo civil como juris et de jure. Según lo hemos visto, ellas se tienen como tales no sólo por razón de la eficiencia intrínseca probatoria, sino por razones jurídicas y a causa de las conveniencias sociales, consideraciones accesorias que no tienen

(6) Ob.cit. Volumen I. Pág. 345.

el mismo valor en materia penal. En lo civil esas pruebas se declaran absolutas, ya que en dicha materia no se trata sino de obtener una certeza artificial, que corresponda a una verdad formal e hipotética, al paso que la finalidad probatoria en lo penal es la certeza natural, que corresponde a la verdad real y efectiva de la culpabilidad. Y por ello, las pruebas indirectas juris et de jure para el derecho civil, no lo pueden ser igualmente en cuanto a la imposición de penas en lo criminal".

Con respecto al cuerpo del delito, el Art. 502 del Código Procesal Penal, que regula el valor probatorio de las presunciones, en su regla primera, ha establecido inicialmente que este se haya establecido por medio de prueba directa y ésto no es más que por medio de la Inspección en la que el Juez instructor percibe directamente el cuerpo del delito; ya sea examinando detenidamente el cadáver, la situación o lugar en que se encontrare y todos aquellos signos externos de violencia que presentare; tomará fotografías o impresiones digitales; ordenar la autopsia del cadáver la cual deberá de presenciar, observará los daños ocasionados y podrá además, ordenar valuarlos por peritos para que éstos además, tomen en cuenta todas las condiciones y circunstancias que determinen la calidad, estado y utilidad que pudiere prestar el objeto, así como los documentos o facturas que se proporcionaren, etc...

La misma regla distingue seguidamente, "salvo el caso de que su perpetración no dejare huellas visibles" o sea pues --

aquél caso, como lo señala el Art. 158 en su inciso segundo, cuando las señales hubieren desaparecido, se justificará su existencia por cualquier medio legal de prueba; es aquí precisamente en donde entran las presunciones, como medio legal de prueba, para tenerlo como establecido.

Para el caso si un testimonio afirmare que percibió en un cierto momento el cuerpo del delito, pero éste ya no se encontraré, sino que además explique su desaparición, será por consiguiente necesario que fuese probada su destrucción, desaparición o su ocultación posterior al delito, para dar por explicada su ausencia; y para probar su destrucción, será también necesario demostrar o comprobar si ésta se debió por consecuencia necesaria de la naturaleza misma del cuerpo del delito en relación al tiempo y al modo del delito; ya que el tiempo y el modo como ocurrió el delito, pueden explicar por sí mismos la posterior desaparición de éste; pero hay que tomar en cuenta que cuando se dice "por cualquier medio legal de prueba", no se tendrá por establecido por la fuerza probatoria de la confesión del propio imputado que lo afirmare, o aún cuando no pudiere justificarse su desaparición posterior.

Al respecto Framarino (7) sobre este punto expone: "Cuando falta el cuerpo del delito, en el cual se hace concreto el elemento objetivo de éste, para dictar sentencia con base en los simples testimonios ordinarios que afirman la anterior existencia de él, es preciso pues, que la posterior desaparición

(7) Ob.cit. Volumen II. Pág. 301.

resulte también explicada, es menester que se compruebe también la ocultación o la destrucción del cuerpo del delito por parte del delincuente o de otro, o su aniquilamiento o desaparición por razones inherentes a su propia naturaleza o a la naturaleza del lugar en que se encontraba".

En nuestra legislación procesal penal, tenemos como casos de presunciones legales típicas, introducidas dentro del Título III; Capítulo I, que regula la comprobación del Cuerpo del Delito, lo dispuesto por el Art. 173, sobre el abigeato o hurto de ganado si la compra-venta no se realizare con los requisitos que la ley señala, dá por establecido que forma prueba del delito de abigeato, la cual será apreciada prudencialmente por el Juez.

Esta ley a que hace referencia esta disposición es la Ley Agraria que en su Título IV, Capítulo I, trata de la Ganadería, y así se establecen los requisitos para la compra-venta de ganado. Así tenemos los siguientes artículos: el Art. 118, dispone que la venta de semovientes solamente será válida por medio de la Carta de Venta, la cual será la única manera de transferir la propiedad de un semoviente; y estas cartas de ventas, como lo dispone el Art. 119 de dicha Ley, son extendidas por el Alcalde Municipal donde se celebra la venta, en "talonarios especiales" que luego son archivados en las Alcaldías Municipales en "legajos especiales" y por orden correlativo. Estas cartas de ventas, deben de llenar los siguientes requisitos:

- 1) Nombre y apellidos y domicilio del comprador y vendedor;
- 2) Lugar y fecha del otorgamiento;
- 3) Valor de la venta;
- 4) Determinación de la especie del animal, si es equino, bovino o porcino; así como su color y filiación completa;
- 5) El diseño del fierro o marca con que estuviere herrado, así también determinará si es criollo, o sea los que nacen bajo el poder y dominio del hacendado o granjero y no han sido vendidos; y especificarse si ya ha sido comprado, presentándose por consiguiente sus antecedentes; o si son lactantes;
- 6) Firmas del vendedor y comprador o la de otra persona a su ruego, así como las del Alcalde Municipal y Secretario y el sello Municipal;
- 7) Los documentos que acrediten la representación legal de los contratantes, cuando éstos no comparecieren personalmente a la transacción, o el poder general o especial de sus apoderados.

El Art. 125, establece que si un propietario "presume" - hurto o robo de algún semoviente de su pertenencia o éste se le desapareciere, dará aviso a la Oficina Central de la Alcaldía, por escrito, especificando las características del semoviente y sus marcas de fierro, lo cual equivale a una denuncia que se transcribirá a todas las Gobernaciones Departamentales, y Dirección General de la Guardia Nacional y Dirección General de la Policía Nacional, para que así mismo la transcriba a todas

sus dependencias para efecto de investigaciones; pues conforme al Art. 126 de esa misma Ley al solicitarse por cualquier persona el "Visto Bueno" de un contrato de compra-venta a un Alcalde Municipal, y las marcas o demás circunstancias coincidieren con las señaladas en alguna denuncia, el Alcalde podrá no legalizar la venta, detendrá al vendedor junto con los semovientes y demás documentos que le presentaren, para el efecto de ponerlos a disposición del Juez competente, o sea un Juez de lo Penal instruirá el informativo legal para que a su juicio prudencial apreciare esa prueba aportada por el Alcalde para determinar la delincuencia del presunto imputado; puesto que el cuerpo del delito ya se tendría por establecido. Por consiguiente, considero, que en esta disposición del Código Procesal Penal lo que el Juez deberá de apreciar es la delincuencia del imputado y no el cuerpo del delito; puesto que no llenándose los requisitos que se establecen en la carta de venta o no presentándose ésta o determinándose que en los archivos de la Alcaldía la no existencia de ésta, considero que se presume legalmente el cuerpo del delito de abigeato.

La otra disposición típica de este capítulo que regula la comprobación del cuerpo del delito es el Art. 182 que trata de la "requisita personal" al establecer en su último inciso "La negativa a dejarse requisar podrá ser apreciada por el Juez como presunción de que la persona lleva consigo u oculta el instrumento u objeto relacionado con el cuerpo del delito".

La otra distinción que hace relación la regla primera - del Art. 502 del Código Procesal Penal, que estamos analizando, es cuando "la prueba de su comisión se confundiere con la delincuencia", ésto se dá normalmente en los delitos formales, como las amenazas a muerte, o en los delitos de hurto y robo, cuando el Art. 173 del mismo Código en su último inciso dispone: "Se tendrá por probada la preexistencia y desaparecimiento de las cosas hurtadas o robadas si la sustracción estuviere plenamente establecida", o sea que para probar el cuerpo del delito, estando establecida plenamente la sustracción se presume su existencia, al decir la disposición" "se tendrá por probada", equivale a afirmar una presunción y ya no será necesario acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas en poder de la persona perjudicada y la falta de las cosas, la declaración jurada del interesado o la de su consorte, o cualquiera de sus hijos mayores de edad, o en defecto de éstos, la declaración de testigos idóneos, y a falta de estos últimos, la deposición de los sirvientes domésticos.

En cuanto a la precisión de las presunciones, la segunda circunstancia del Art. 502 del Código Procesal Penal nos da a entender que es lo que se debe de entender o como comprender la precisión y así expone: "que conduzcan lógica y naturalmente al hecho de que se trata"; sobre este aspecto, se ha elaborado en la doctrina clásica de que sí se puede admitir una sola presunción grave y precisa, para tener por probado un hecho; entre ellos está Carlos Lessona, (8) y se basa para confirmarlo

(8) Tratado sobre las Pruebas, Libro VII. Pág. 404. Cita de - Pallares. Ob.cit.

en considerar un paralelismo entre la prueba testimonial; al sostener que, en un principio sí eran necesarios dos testigos contestes en hechos, circunstancias y tiempo para tener por probado un hecho en base a este medio probatorio, tesis que fue rechazada al sostenerse que bastaba un solo testigo. Pero como ya lo analizamos en el Capítulo XI, era necesario que estuviera dotado de circunstancias especiales y que se refieren más que todo a la calidad del testigo; y así como es admitida la deposición de un sólo testigo, del mismo modo debe admitirse la presunción única, grave y precisa concluye.

Por nuestra parte, no compartimos con ese criterio, debido a que muy diferente es asentarse en la prueba testimonial, en donde resalta más lo psicológico que lo meramente lógico; y en las presunciones en donde es lo lógico o lo ontológico lo sobresaliente y a la inferencia o ilación, es decir, un enlace de la conclusión con las premisas lo cual es necesario para formar las presunciones. Además, esta segunda circunstancia o requisito como lo hemos llamado, agrega negativamente: "no a conclusiones diversas" lo que nos indica una pluralidad como mínimo de dos presunciones de donde se debe de partir para realizar ese razonamiento lógico, y no basarnos en una sola presunción por muy grave y precisa que ésta sea con el hecho conocido.

Como consecuencia de lo anterior debe de existir la relacionalidad entre ellas en lo referente con "hechos anteriores, concomitantes o posteriores a la ejecución del delito",

aquí se destaca por otra parte las "concausas" que rodean a todo delito y que tienen relación con las presunciones, o sea aquel conjunto de factores o hechos que han precedido y producido el resultado dañoso y distinguir, en base a un razonamiento lógico, la causa de las demás condiciones o factores que han precedido e intervenido en el mismo.

El Dr. Manuel Arrieta Gallegos (9) que concuerda con la tesis del penalista Luis Jiménez de Asúa, expone: "Así, las normas que deben seguirse en orden a la determinación de la culpabilidad y consiguiente responsabilidad, a través de la causalidad, son las siguientes: a) Se es responsable de un resultado dañoso si éste es la consecuencia directa de la acción u omisión del agente; b) Se es responsable del resultado dañoso cuando es la consecuencia también directa de la condición o causa superviniente directamente causada por el agente, no de aquellas causas posteriores independientes o imprevisibles que por sí solas causan el resultado; c) En todo caso la causalidad se establece si la acción u omisión valorizada en su esencia, medios empleados y circunstancias, capta el contenido del tipo delictivo, expresado en su esencia mediante el núcleo del mismo".

En cuanto a la concordancia que debe de existir en las presunciones, se refiere a que exista una íntima correspondencia entre ellas, o sea un orden lógico de sus afirmaciones, o como dice el numeral cuarto del Art. 502 Pr. Pn.: "de manera que tengan íntima conexión entre sí"; es decir, que debe de

(9) "Lecciones de Derecho Penal", Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Imprenta Nacional 1972. Pág. 152.

existir un enlace íntimo entre todas ellas; pues ese enlace entre ellas mismas, nos da como consecuencia la inferencia completa de la veracidad de todas ellas para alcanzar su valor probatorio de las mismas.

Por último, se fijan los dos últimos requisitos que son la fundamentación de ellos y su armoniosidad, que en el primero se refiere a que éstas no tengan por fundamento una --presunción, haciéndose notar que se debe de partir de hechos ya conocidos, porque de lo contrario podría darse lugar a un razonamiento fuera de toda lógica y por lo tanto, no tendrán valor probatorio y además es necesario partir no de hechos --probables o que podrán ocurrir, sino de hechos ciertos y seguros y no de ficciones o hechos imaginarios o inverosímiles o imposibles a la luz de la experiencia y de la naturaleza de las cosas, vemos como Carnelutti (10) ha definido con buen tino a las presunciones en cuanto a su fundamentación: "Consecuencias deducidas de un hecho conocido no destinado a hacer funciones de prueba, para llegar a un hecho desconocido".

Por ésto el legislador establece presunciones legales --cuando el hecho controvertido es muy difícil de probar, o tratándose de hechos imposibles de aprehender en su materialidad y que se hace necesario fijarlas; o para evitar fraudes de fácil ocultación cuando intervienen interpósitas personas, etc.

En cuanto a la armoniosidad de las presunciones, cuando

(10) Cita Pallares. Ob.cit. Pág. 574.

estas concurrieren con otra clase de medios probatorios, se le quiere dar una proporcionalidad con toda la prueba recogida para formarla como una unidad para su debida apreciación y no tomarlas por aparte; para formar así un criterio cristalizado y único para la valoración de la prueba en todo su conjunto y llegarse a la verdadera certeza de los hechos probados.

E) Las presunciones de culpabilidad en los delitos de hurto y robo, falsificación de moneda, defraudación a la economía pública, en las estafas especiales por incumplimiento de contrato en parcelación de terrenos por no hacer la tradición del dominio.

Nuestra legislación procesal penal, en su Art. 503 Pr. - Pn., para aceptar la presunción legal de culpabilidad, en los delitos de hurto y robo, exige los siguientes requisitos básicos que se tienen que dar por ya conocidos:

1) Que el imputado sea delincuente habitual o profesional o a falta de estas circunstancias, éste fuere considerado como sujeto peligroso por su conducta que tuviere relación con los delitos contra el patrimonio.

El delincuente habitual es aquél que cometiere un nuevo delito doloso, después de haber sido éste condenado por dos o más de la misma especie, así lo define el Art. 111 Pn.; considero pues, que el imputado hubiera sido condenado para que opere la presunción legal, a delitos contra el patrimonio que regula el Título V del Código Penal. Y

los de conducta peligrosa con relación a esta clase de delitos, lógicamente serán aquellos que tuvieren ya registrados antecedentes policiales sobre tenencia de objetos o útiles que fueren conocidos como empleados para cometer atentados contra la propiedad y no dieran motivos justificativos suficientes de su adquisición o conservación; la continua permanencia no justificada alrededor de almacenes, tiendas importantes, edificios bancarios o paradas de buses, etc.; que considero aplicables según lo dispone la Ley de Peligrosidad que nos señalan los literales a) y d) del Art. 4; porque de los otros restantes literales que contempla dicha disposición, el mismo artículo de dicha Ley en su parte final formula el Juez de lo Penal, a su juicio prudencial abrir un expediente especial que se llama de "Peligrosidad" sujetos a medidas de seguridad y ésta ha sido a mi criterio, la intención del legislador, armonizando esta Ley especial con el Código Procesal Penal.

- 2) El hallazgo de las cosas hurtadas o robadas en poder del imputado o en el lugar donde las hubiere guardado u ocultado.

Sobre este requisito sobresalen el hallazgo y el ocultamiento de las cosas hurtadas y robadas en poder del imputado; sobre estas situaciones podríamos decir, especialísimas para presumir la culpabilidad, se nota un excesivo proteccionismo individualista contra la propiedad, lo que podría traer consecuencias injustas de dictarse una sentencia

condenatoria para un imputado; pues, la presunción legal - se ha sostenido por la doctrina penal solamente indica una probabilidad y no una verdadera certeza de la culpabilidad. Considero conveniente, exponer el criterio de Bonnier (11) que drásticamente censura esta clase de presunciones legales penales, amparándose para ello en jurisprudencia inglesa, y así expresa: "Presumir la culpabilidad por razón de circunstancia que pueden ser sólo fortuitas, es un procedimiento grosero que pertenece a la infancia del derecho penal. Así es que está probado por la jurisprudencia inglesa, donde desde hace largo tiempo, Sir Marth Hale ha hecho prevalecer este principio: "que no se debe condenar nunca a un hombre por robo de efectos, por el solo hecho de que no se explique como se hallan en su poder estos efectos. M. Wills, cita muchos ejemplos de condenas por robo por razón de la posesión de objetos robados, pronunciadas contra personas cuya inocencia fue después reconocida".

Soy partidario pues, que se elimine esta presunción penal, ya que quien se sirviera de ella, debe tener capacidad para saberla aplicar y mucha ciencia para comprenderla, y de consiguiente fácilmente puede darse lugar a condenar a personas inocentes.

- 3) La enajenación o depósito posteriores de la cosa hurtada o robada realizadas por el imputado.

(11) Cita de Gustavo Humberto Rodríguez. Ob.Cit. Tomo II. Pág. 196.

Sobre esta presunción hay que hacer la siguiente observación; en el Art. 259 del Código Penal, se establece el delito de "Receptación" en el que se ha hecho la distinción y se ha señalado como presunción legal, al expresar en su inciso segundo: "Se presumirá legalmente que el receptante conocía la procedencia ilícita de la cosa cuando habitualmente se dedicare al negocio de compra de objetos usados, si no fuere anticuario; cuando hubiere notoria desproporción entre el precio de la adquisición y su valor real, o cuando hubiere cualquier elemento de juicio suficiente para suponer que conocía su ilícita procedencia".

Y el tercer inciso: "Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al que de cualquier manera intervenga para que se adquieran, reciban u oculten el dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta".

Se comprende que en realidad lo que se dispone como requisito de presunción legal de culpabilidad forma parte del delito de receptación, disposición sustantiva del Código Penal, lo que considero innecesario que se estableciera esta presunción legal de culpabilidad; pues la intervención de cualquier manera, lógicamente se deduce que es el propio imputado o cómplice del delito que se inciden en ellos la culpabilidad, y ese inciso ya lo está señalando como participante de la acción delictiva o como un elemento del tipo del delito regulado en esa disposición sustantiva penal.

En los delitos de falsificación de moneda constituye - presunción de culpabilidad el hallazgo en poder del imputado o el lugar en donde hubiere guardado u ocultado las máquinas o instrumentos adecuados para falsificar moneda, tal como lo ha señalado el numeral primero del Art. 504 Pr. Pn.

Es de observar que esta disposición tiene íntima relación con los Arts. 332 y 333 del Código Penal que regulan los delitos de falsificación, introducción, venta, circulación y alteración de la moneda.

Por otra parte, el Art. 336 de ese mismo Código, que regula los actos preparatorios punibles en el delito de falsificación de moneda, nos indica la peligrosidad del agente, - pues, al decirse que el que fabricare o introdujere al país o retuviere en su poder, instrumentos u objetos conocidamente destinados a la falsificación o alteración de la moneda, nos regula dos situaciones delictivas: la falsificación y la alteración; notándose por consiguiente que la presunción de culpabilidad sólo opera para la falsificación y no para la alteración; situación que considero incorrecta, pues la disposición adjetiva debió de abarcar para aplicarse la presunción a la alteración debido a que con máquinas o instrumentos adecuados no sólo se podría falsificar la moneda, sino que - también alterarla; de modo que aún más los instrumentos u objetos deben de ser conocidos para su destinación en esta clase de delitos, como se puede constatar en el Art. 336 del Código Penal, circunstancia que hay que tomar muy en cuenta.

Considero, que no obstante la observación sobre el hallazgo o el lugar de ocultamiento o guarda de las cosas hurtadas o robadas que he hecho anteriormente; para el delito de falsificación de la moneda, estimo que la intención del legislador de sentar la presunción, fue en base a los hechos ocurridos de la adecuación o aptitud de las máquinas o instrumentos empleados y que indican además que no cualquier persona puede poseerlas, aunque generalmente son instrumentos para falsificarla, y que requiere cierta destreza o habilidad para realizarla. Por lo que la presunción debe de mantenerse.

En los delitos de defraudación a la economía pública, íntimamente relacionado está el Art. 343 del Código Penal que indica la responsabilidad a los encargados de la Dirección, administración y control o auditoría de las instituciones de crédito, organizaciones auxiliares, sociedades de seguros, cooperativas ya sea de construcción de vivienda, de parcelación de terrenos, asociaciones cooperativas de cualquier especie que funcionen con dineros o valores del público.

La Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (12) en su Art. 2, nos da el concepto de estas Instituciones y así expresa: "Las instituciones de crédito se caracterizan principalmente por ser intermediarias en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de ope

(12) Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Publicaciones del Banco Central de Reserva de El Salvador. 2a. Edición. Abril de 1972.

raciones pasivas de crédito, tales como la recepción de depósitos o la emisión y colocación de títulos crediticios, con objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente en operaciones activas de crédito o de inversión". Las cuales, conforme al Art. 36 de esa Ley, realizan las siguientes operaciones: recepciones de depósitos a la vista y a plazo; depósitos de ahorro; de fondos mediante la emisión de títulos de capitalización del ahorro, de emisión y colocación de títulos de ahorro y préstamo, de cédulas hipotecarias; emisión, suscripción y negociación de bonos para financiar empresas, aceptación y manejo de fideicomisos, etc.

Y el Art. 7 nos da asimismo el concepto de Organizaciones Auxiliares de Crédito, que son aquellas que "las que sin tomar dinero prestado del público, desarrollan actividades .. circuladas al mercado financiero, prestando los servicios a que se refiere el artículo 206 de esta Ley". Tales como servicios de tesorería y caja, incluyéndose en éstos, tales como pagos, cobros, custodia, transporte de especies monetarias y valores; alquiler de cajas de seguridad; guarda y custodia de mercancía en almacenes generales de depósito; transacción de negocios y registro de operaciones en bolsa de valores .. etc.

De todo lo anteriormente expuesto, la legislación trata de tutelar el patrimonio o la actividad pública económica ... del Estado, lo cual el legislador ha introducido la presunción legal de culpabilidad para esas personas que manejan ...

dineros o valores del público; ya sea que se conozcan cualquiera de los hechos que señala el Art. 504, numeral segundo del Código Procesal Penal como la simulación de negociaciones, balances de estados financieros o informes que resultaren falsos, registros contables sin justificación documental, simulaciones de utilidades o pérdidas, repartimiento de beneficios que no tuvieran origen en las utilidades reales de los ejercicios o carencia de registros contables o sean éstos falsos o deficientemente llevados, que dificultaren conocer el verdadero estado o situación económica de la empresa. Estas situaciones muy especiales que señala esta disposición, el ciudadano corriente, no las puede conocer y es así como el Estado acude a Instituciones que vigilan la actividad económica de esas Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Compañías de Seguros, etc.; a través del Banco Central de Reserva por medio de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, con la mira de proteger tanto el crédito mercantil como las inversiones financieras que éstas realizan para mantener la confianza y protección del público que contrata con ellas en sus operaciones mercantiles, y se ha visto, que no bastan las normas mercantiles privadas que las regulan. La presunción pues, muestra; que siendo el Estado que las ha autorizado para operar, éstas dañan a toda la actividad económica pública que dirige y elevando a categorías de delito, tutela al comerciante o al particular despojado de los medios coactivos necesarios que sólo el Estado

dispone para que no se violente la buena fe en las transacciones comerciales.

Por último, en los delitos de estafa especial, del numeral cuarto del Art. 243 del Código Penal que se refiere al incumplimiento, ya sea dolosamente o por culpa de un contrato, tratándose de parcelación de terrenos, por no hacer la tradición del dominio a que está obligado el comprador; si se dan cualquiera de los hechos siguientes: la ausencia del contrato respectivo que debió de hacerse con las formalidades legales, es decir, en Escritura Pública y ante Notario Público autorizado, o estar el inmueble de donde se desmembró la lotificación, hipotecado o embargado.

Esta presunción legal de culpabilidad tiene su fundamento en la experiencia nacional y también en el desarrollo actual del comercio, en donde la propiedad inmobiliaria, va adquiriendo cada día más funciones de satisfacer necesidades sociales económicas fundamentales, como es la vivienda y el desarrollo industrial del país; pues muchas veces ocurre, que las famosas empresas lotificadoras, sobre todo en zonas urbanas o semiurbanas, especulan con lotes o parcelas de terrenos y realizan o confeccionan documentos privados de arrendamiento con promesa de venta y aquél contratante considera que al estar pagando las cuotas sucesivas estipuladas, amparadas con un recibo que les entrega el vendedor o la empresa lotificadora, éstas le harán la tradición por medio de la escritura pública ante Notario o que notando que se abstienen y no cumplen

formalizando en hacer la Escritura, las normas civiles no logran conseguir el fin propuesto por el comprador de adquirir el dominio, por estar todo el inmueble embargado o hipotecado, ya sea con anterioridad o posteriormente a la transacción realizada; y en esta forma el legislador pretende proteger y garantizar más eficientemente la propiedad inmobiliaria que es una norma de carácter civil en donde no sólo se ha sorprendido la buena fé, sino que hay pretensiones de engañar al futuro adquirente del lote, con el ánimo manifiesto de lucrarse en esta clase de operaciones y lo que viene a constituir, nos atrevemos a decir, una estafa especialísima.

Como ejemplo de aplicación práctica de la prueba por presunciones, exponemos la siguiente sentencia:

"CAMARA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS DIEZ HORAS Y TREINTA MINUTOS DEL DIA QUINCE DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO.- VISTOS en consulta de la sentencia definitiva pronunciada por el Juez Quinto de lo Penal de este Distrito, a las diez horas del diecisiete de febrero próximo pasado, en el juicio criminal instruido contra el reo presente "X", de diecisiete años de edad, zapatero, originario y vecino de Delgado, por el delito de hurto de un radio en perjuicio patrimonial de "Y", hecho ocurrido en horas de la noche del cinco de abril del año próximo pasado en esta ciudad. En el fallo se condena al reo a la pena de seis meses de prisión mayor. Han intervenido en el juicio en primera instancia al bachiller "T" en su carácter de Fis-

cal del Jurado y el bachiller "K" y "L", como defensores de oficio del reo sucesivamente; todos mayores de edad, estudiantes de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y de este domicilio. LEIDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO: I.- El cuerpo del delito se estableció plenamente con las pruebas que se relacionan en la sentencia que se ve. El Juez estimó haberse comprobado la delincuencia del indiciado con la declaración de "A", de la cual se hará relación más adelante. Con base a tales pruebas el Juez elevó la causa a plenario y al someterla al conocimiento del Jurado este Tribunal emitió veredicto de culpabilidad contra el reo (fs. 74), basado en el cual el Juez pronunció sentencia condenándolo por el delito imputado. II. Sobre la delincuencia del procesado únicamente existe la declaración del testigo "A" de fs. 16, con la cual el Juez considera haberse probado en forma semiplena aquel extremo. Pero esta Cámara disiente de tal apreciación por lo consiguiente: "A" es testigo singular del hallazgo en poder del reo del radio sustraído y de la confesión extrajudicial que éste rindió cuando fue interrogado por dicho testigo. El Art. 414 I. preceptúa que el hallazgo de las cosas hurtadas en poder de persona que sea sospechosa, a juicio prudencial del Juez, y que no prueba su adquisición o conservación, forma plena prueba contra ella. Lo antes transcrito constituye una presunción legal de que la persona a quien le es hallado lo hurtado es autora de la sustracción. Por regla general la presunción tiene valor de semiplena prueba, siempre que ella se deduzca de

un hecho plenamente comprobado. Art. 412 I. Por excepción la presunción contenida en el Art. 414 I. tiene valor de plena prueba.

Si para que aquella tenga valor de semiplena prueba se requiere que estén plenamente comprobados los hechos de los cuales se deduce, con mucha mayor razón debe exigirse la plena prueba de los hechos, cuando debe asignársele a la presunción valor de plena prueba. Habida consideración a la índole especial de la presunción del Art. 414 antes citado, si el hallazgo se prueba con un solo testigo, la presunción no se conforma. Si bien es cierto que conforme el Art. 412 Pr. la deposición de un solo testigo idóneo tiene valor de semiplena prueba, esa norma se refiere al testigo de vista que presencia el acto por el cual se ejecuta el delito, en el caso sub-júdice sería de quien presencié la sustracción. No habiendo otra prueba más que esa declaración, la que también prueba en forma singular la confesión extrajudicial, se concluye que no se ha comprobado en la forma mínima requerida por la ley, la delincuencia del indiciado.

Consecuentemente, el veredicto de culpabilidad dictado en contra del reo es nulo de conformidad al Art. 270 No. 10 I, y como consecuencia, nula también la sentencia que en él se apoya. Por consiguiente habrá que declarar esas nulidades y revocar el auto de elevación a plenario dictado en contra del reo "X" y sobreseer a su favor con base en el Art. 181 No. 3 I., con las restricciones de ley. III. Se conoce en consulta

también del sobreseimiento constante a fs. 43, decretado a favor de la reo: "Z", el que se conforma por estar arreglado a derecho. POR TANTO: de acuerdo con los Arts. 468 y 474 I., a nombre de la República de El Salvador, dijeron: declárase nulo el veredicto de culpabilidad emitido contra el reo "X", y como consecuencia, nula la sentencia condenatoria que en él se basa. Revócase el auto de elevación a plenario decretado en su contra y sobreséese a su favor, con restricciones, por no haberse comprobado aún en forma semiplena, su delincuencia en el delito de hurto cometido en perjuicio patrimonial de "Y". Póngase en libertad al favorecido sin necesidad de fianza. Confírmase el sobreseimiento decretado a favor de "Z".

NOTA: Por razones obvias en esta resolución se han omitido los nombres.

CAPITULO XIII

LA PRUEBA INDICIARIA

- A) Concepto.
- B) Fundamento.
- C) Requisitos y características especiales.
- D) Los indicios en la investigación criminal.
- E) La prueba dactiloscópica.
- F) La prueba balística.
- G) La prueba de la parafina.

A) Concepto

Se ha sostenido que la prueba por indicios es muy amplia y ha sido mal definida y ubicada, no en forma precisa, dentro del enjambre probatorio penal; siendo por una parte que los civilistas la confunden con las presunciones; los criminalistas la llaman indicios y algunos juristas italianos, ingleses y alemanes, circunstancias o prueba circunstancial, prueba indirecta, artificial, imperfecta, prueba de conciencia, prueba por signos, testigos mudos, etc....

No obstante cada autor, al tratar esta materia, da su propia definición o concepto; y así tenemos entre los más importantes a Gorphe, (1) que sostiene que la prueba de indicios

(1) "De la apreciación de las pruebas", Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955, Pág. 248. Obra citada en Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XIII. Pág. 794.

consiste en "recoger e interpretar todos los hechos y circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad".

Para Bentham, (2) es partidario de llamarla prueba circunstancial, y así afirma: "La prueba circunstancial es la que se infiere de la existencia de un hecho o de muchos hechos, que aplicándose inmediatamente al hecho principal, nos inducen a concluir que ha existido este hecho. Esta conclusión es operación de juicio. La distinción entre hecho y circunstancia es sólo relativa al caso dado, todo hecho con relación a otro hecho puede llamarse una circunstancia."

Para Lessona, (3) el indicio es la inferencia lógica, y sostiene que indicio es: "la indicación de un hecho desconocido, resultante de otro conocido".

Para el clásico Carrara, los indicios son: "aquellas circunstancias que, aunque en sí mismas no constituyen delito y materialmente sean distintos de la acción criminal, sin embargo la revelan por medio de alguna relación determinada que puede existir entre esas circunstancias y el hecho criminal que se investiga".

Para Manzini (4) el indicio es: "una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar".

(2) "Tratado de las Pruebas Judiciales". Edit. Bossange, Tomo II, Pág. 107; cita de Gustavo H. Rodríguez, Ob. cit. Pág. 3, Tomo II.

(3) Cita de Gustavo H. Rodríguez; Pág. 10, Tomo II.

(4) "Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1955. Pág. 248. Cita de Enciclopedia Jurídica Omeba. Pág. 795. Tomo XIII.

Para Mittermaier, (5) el indicio es: "el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal y que por lo mismo da motivo para concluir, ya sea que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte en él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado".

Para Ellero, (6) el indicio es: "aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga".

Como podemos notar, se hace resaltar en dirigir la mirada al indicio a hechos y a circunstancias; pues la palabra indicio, etimológicamente se refiere a "inde-dico"; de ahí digo, hecho que indica, porque es más, la investigación no sólo comprende determinar el delito y quien fué su autor; sino que trata de comprender o interpretar, a mi juicio, todo un conjunto de hechos, tanto materiales como morales, políticos, psíquicos, económicos, etc..., por medio de los cuales se induce con el objeto de separar aquellas que indican el móvil o circunstancias importantes relacionadas con la existencia del delito y del delincuente, de los que se deben de excluir, así como cuantos son los que se deben tener presente en la secuencia de la investigación para canalizarla adecuadamente y dar conclusiones muy verosímiles. Por ello, me

(5) Ob.cit. Pág. 309.

(6) Cita de Gustavo H. Rodríguez. Pág. 10. Tomo II. Obra ya citada.

inclino en afirmar que al indicio se le puede considerar como el principio de arranque de encendido de un motor para echar a andar el vehículo de la investigación dentro de un camino difícil de recorrer, buscando los vestigios dejados por el autor de un delito, y es el hecho o grupos de hechos indicadores que señalan indubitadamente las circunstancias o motivos esenciales o probables y propios de la manera o forma como se han generado y desenvuelto a través del tiempo y del espacio, de la acción y del cuerpo en el cual se ha obrado el delito; y que se induce a interpretar esos hechos o circunstancias para corroborarlos con otras pruebas en cuanto a la existencia del delito y al descubrimiento del delincuente.

B) Fundamento

Se fundamenta la prueba indiciaria en la experiencia humana, en donde de ciertas causas producen a veces determinados efectos y que éstos, son las consecuencias de determinadas causas. Y además en todo indicio siempre se encuentran los tres elementos del silogismo:

- 1 - Un hecho conocido, llamado también indicio o hecho indicador, o hecho indicante, o hecho accesorio o causa;
- 2 - Un hecho desconocido que se pretende conocer, llamado también hecho principal o hecho indicado o efecto;
- 3 - Una inferencia lógica, o razonamiento por medio del cual partiendo del hecho conocido concluimos con probabilidad algunas veces o con certeza en otras, cual es el desconocido.

que el hecho indicador adquiere en el tiempo, lugar y modo dentro del devenir histórico de un fenómeno y deben ser resultado de un análisis crítico, como lo sostiene Dellepiane (8) destinado a "verificarlos, precisarlos y valuarlos".

En relación con los segundos, éstos deben ser convergentes, pero asimismo se deben de tomar en cuenta dos etapas:

a) La inferencia que se hace en cada indicio en particular debe ser válida, en cuanto deben de seguirse todas las reglas lógicas y contingentes, en cuanto debe ser posible y encauzada con el hecho desconocido.

b) La etapa de cotejo, entre las inferencias de los distintos indicios, para confirmar su convergencia y para corroborar la existencia de una sola conclusión final y agotar la búsqueda de nuevas posibilidades e imposibilidades de los hechos indicadores.

Entre las características especiales de los indicios podemos señalar, entre las más importantes, las siguientes:

- 1 - Son juicios sintéticos, en cuanto que el predicado no resulta del análisis del sujeto, basados en el principio de causalidad: "todo efecto supone una causa".
- 2 - Las conclusiones resultantes se obtienen por el método inductivo, que permite elevarse de la comprobación de las relaciones concretas de hechos, a la formulación de las causas de los procesos de la naturaleza.

(8) Ob.cit. Pág. 106.

- 3 - Son amplificativos, pues agregan un dato específico y -- cierto.
- 4 - Dan el camino recto a la certeza de los hechos o cosas, resaltándose por consiguiente ser eminentemente científicos.
- 5 - Forman una prueba racional, en el sentido de que la demostración de un hecho que no integra el tema por probar, abre el camino para llegar a éste.
- 6 - Forman una prueba indirecta o de segundo grado, porque se obtiene del razonamiento de varios indicios y se apoyan en los datos que arrojan otros medios probatorios en los cuales puede ser conocido el hecho indiciario.
- 7 - Son multiformes, debido a la gran variedad de indicios o circunstancias que se deben tomar en cuenta.

D) Los indicios en la Investigación Criminal

Para tratar este rubro, es necesario mencionar los distintos métodos de investigación, los cuales deben de ser científicos, ajustados siempre a las reglas de la lógica, o sea que el método viene a ser un plan o procedimiento para conocer un hecho, por lo que indudablemente la investigación criminal se basa en una actividad dirigida a reunir ciertos datos o hechos indicadores relacionados con el delito o el delincuente.

Bacon trató de aquellos obstáculos que impiden toda investigación de tipo científico, a los cuales llamó "ídolos";

al delincuente, explicar los hechos, materia de la inves

tigación, y aplicar las soluciones encontradas.

En nuestra legislación no está regulada expresamente la prueba indiciaria como sucede en otras legislaciones más -- avanzadas de otros países; pero por lo anteriormente expues- to, en nuestro medio, esta clase de prueba se ha dejado a la actividad investigadora de los órganos auxiliares, y en cier- ta medida a la Fiscalía General de la República. Por ello, - comparto el criterio de Zavala Loaiza (10) que expresa: "Así es como podemos decir, que los indicios son la prueba penal por excelencia, el mejor método investigador, la prueba de toque para ajustar las otras pruebas a sus verdaderos térmi- nos ya sean confesionales, testimoniales o instrumentales y asimismo para corregirse y revalidarse entre ellos. Un indio- cio nada vale por sí mismo, como un síntoma no forma nunca - el síndrome de la enfermedad. Conforme a la doctrina, los in- dicios han de ser múltiples y provenir de opuestos y aleja-- dos puntos, para reconstruir la curva del delito. Por ello - por su propia naturaleza, no puede la ley fijarlos o determi- narlos a priori, Pretender señalar los indicios, seria tanto como clasificar en la ley a los testigos o valorizar de ante- mano las pruebas".

E) La prueba dactiloscópica

Se ha dicho que desde muy antiguo se empleó esta clase - de prueba para la identificación de las personas. En algunas

(10) Cita de Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIII. Pág. 810.

tablillas hechas de arcilla de tipo babilónico, que se conservan en el Museo Británico, aparecen huellas dactilares impresas hace más de 3.000 años como firma. En China y el Japón, desde unos 2.000 años antes de Cristo, a los prisioneros se les obligaba que estamparan la huella del dedo pulgar en el registro de la cárcel, siendo ésta la primera noticia de aplicación en la identificación de delincuentes (11).

Pero modernamente es a partir de Juan Prukinje, profesor checo de fisiología de la Universidad de Breslan, en 1823; y F. Galton que estudiaron en forma científica las huellas digitales, encontrándose mejores ventajas en cuanto a su seguridad, que otros medios de identificación, como la Antropometría introducida a la investigación criminal por Alfonso Bertillón que consiste en medir ciertas partes del cuerpo; la filiación o sean aquellas características físicas más sobresalientes de una persona; el retrato hablado o descripción precisa de ciertos rasgos fisonómicos de las personas, etc... La dactiloscopia ofrece como ventajas eficientes la gran seguridad de la imposibilidad de que dos personas tengan impresiones digitales idénticas así como el hecho de que remotamente puedan éstas ser falsificadas.

En esos estudios se demostraron por una parte, que las crestas papilares aparecen desde el sexto mes de vida intrauterina y permanecen sin variación tanto en número, situación,

(11) Nueva Enciclopedia Temática. Ed. Richards, S.A. Panamá 1963. Tomo VII. Pág. 359.

forma y dirección hasta que la putrefacción del cadáver destruye la piel; y por otra parte, se comprobó que éstas ni voluntaria ni patológicamente pueden modificarse, pues a pesar de ser desolladas a consecuencia de traumatismos o raspones o desgastes intencionales se reproducen siempre en igual forma a las originales; y por otro lado, éstas no influyen en la raza o sexo de las personas, y por ésto se encuentran archivadas miles o millones en todos los laboratorios policiales del mundo debidamente clasificadas.

Se llaman "dactilogramas", a los dibujos de las yemas de los dedos; los cuales pueden ser de tres clases:

- a) Naturales. Son las que se observan en las yemas de los dedos;
- b) Artificiales. Son las que se obtienen de las yemas de los dedos manchados con tinta, sobre papeles, a éstas se les llama propiamente: "impresiones digitales"; y
- c) Latentes, son las producidas por uno o varios dedos al simple contacto con cualquier superficie lisa, tersa y pulimentada, y son las que se conocen como "huellas digitales".

Los dactilogramas están formados por las crestas papilares o relieves epidérmicos que forman la variedad inmensa de dibujos que aparecen visibles en la cara o palma de las manos y plantas de los pies, originándose de la disposición de las papilas de la dermis, compuestas de vasos sanguíneos y filetes nerviosos. Estas crestas se encuentran separadas entre sí

por finísimos surcos interpapilares y tienen el lomo invadido por multitud de orificios microscópicos o poros por los cuales se expele el sudor.

Entre los principales sistemas de clasificación de las crestas papilares, tenemos:

- 1 - Sistema basilar, y se llama así por estar éstas en la base de la yema del dedo y limita la parte inferior con el pliegue de flexión que existe entre la primera y segunda falanges en los dedos pulgares y entre la segunda y tercera de los demás dedos. La cresta papilar más alta se denomina "limitante basilar".
- 2 - Sistema marginal, se encuentra al margen del dactilograma; y están paralelamente a las basilares de las que se apartan pronto para elevarse marginalmente hacia la región ungueal o cerca de la uña de los dedos, describen curvas bastante acentuadas, de conexidad superior y descienden por el costado opuesto al de partida hasta reunirse nuevamente a las basilares. Su cresta inferior se llama "limitante marginal".
- 3 - Sistema nuclear, es el que está situado en la región central o núcleo del dactilograma. Y está separado por las limitantes basilar y marginal y es el que tiene mayor variedad de dibujos.
- 4 - Sistema de deltas. El delta es la figura triangular que determina la aproximación de tres sistemas distintos de

crestas papilares (anteriormente señalados) y así como la figura resultante en forma de trípode, de la unión de las crestas limítrofes de dichos sistemas. Este sistema es el empleado por el laboratorio técnico de la Policía Nacional de El Salvador.

Estos deltas pueden ser:

- a) Adeltos: son los dactilogramas que carecen de delta y de sistema nuclear;
- b) Dextrodeltos: son los dactilogramas que tienen un solo delta al lado derecho del observador;
- c) Sinistrodeltos: son los que presentan también un solo delta, situado a la izquierda del observador;
- d) Bideltos: son aquellos dactilogramas que presentan dos deltas. Se les llama también "verticilos" por ser la forma vertical la más corriente en sus núcleos.

Cuando se sepa de la existencia de un delito y en el cual se hace necesario buscar huellas digitales para poder identificar al delincuente, esta búsqueda, debe efectuarse en orden y con sumo cuidado para que no se logren borrar y examinar todos los lugares posibles en donde se podrían encontrar; en la inspección que practicare un funcionario judicial se deben de apuntar todas las personas que tengan acceso al lugar de los hechos y en la exploración, tratándose que el delito ocurrió en una habitación de una casa, se debe de iniciar, lógicamente, por las puertas, ventanas, etc.; en ceniceros, vasos, platos, botellas de licor u objetos abandonados por el delincuente, ya -

sean armas o llaves, en los interruptores de luz; es muy posible que se encuentren huellas digitales.

Es sabido que las huellas digitales se producen por la grasa de las manos y el sudor que expelen los poros y glándulas sudoríficas; ya que el delincuente se encuentra estimulado por la tensión nerviosa antes o después de cometer el crimen y es por ésto que la ciencia introdujo lo que se llama "poroscopia", o sea el estudio de los poros en las huellas digitales que asegura más la imposibilidad de cometerse errores. A menos que se tratara de un crimen premeditado, pero pocos lo son, es raro que el asesino proteja sus manos con unos guantes y asimismo son pocos los criminales que borran sus huellas limpiando ciertas superficies. Al respecto Frederick Oughton (12) recomienda, como se debe de proceder para la iniciación de investigación de huellas digitales en una habitación y así expone: "Cuando en una habitación se encuentran huellas ha de procederse a su clasificación, comenzando por las de la víctima. En una vivienda normal, las huellas de ésta se encontrarán por todas partes, siendo una tarea sencilla de aislarlas. Después hay que identificar las huellas de otras personas que hayan frecuentado la habitación del crimen. Hay una tercera y última categoría de huellas: la de las no identificadas, entre las cuales figuran las del criminal".

El procedimiento que se utiliza para la identificación de huellas digitales es el siguiente:

(12) "Investigación Criminal" Editorial Molino, 1973, Colombia, 166.- Barcelona. Pág. 55.

Se deben de tener a la disposición inmediata del investigador, ciertos reactivos, tales como las más conocidas y comunes que son: el negro de humo, sangre de drago, betún de juda, etc.; y entre los más efectivos: el polvo de aluminio, mercurio, yeso; y modernamente se usan el nitrato de plata, el yodo y la ninhidrina.

Estos reactivos se lanzan en la huella digital encontrada y luego se espolvorean con una brocha de pelo de camello, luego se toma con la misma brocha un poco del reactivo empleado, se espolvorea nuevamente encima de la huella y se pasa la brocha varias veces, procurándose seguir la dirección que presentan las crestas papilares hasta que aparezca clara, y posteriormente se procede a quitar con la misma brocha el reactivo sobrante empleado. Modernamente se usa la "brocha magnética" en la cual la punta de la brocha está magnetizada y se emplean los reactivos señalados, pero combinados con polvo de hierro, con lo cual se ha logrado mejor nitidez y que han revelado huellas en papel, cuero, muros y otros objetos donde resulta imposible localizarlos con el uso simple de dichos reactivos. También se emplean reactivos fluorescentes en forma de pomada o polvos, empleándose una lámpara especial de luz ultravioleta y en la cual aparece una fluorescencia especial de acuerdo al reactivo empleado; en nuestro medio tenemos esta clase de reactivos en algunos bancos para identificar las firmas de los ahorrantes o depositantes que estampan sus firmas en libretas emitidas por estos bancos; pero que --

muy bien se pueden impregnar estos reactivos en ropas u objetos de una casa para identificar a la persona que las ha sus-traído.

La ninhidrina se emplea especialmente cuando ha pasado - algún tiempo desde la ejecución del hecho delictivo, y tiene como ventajas sobre otros reactivos, en que revela huellas -- que pueden datar de treinta o cuarenta años atrás; y como des-ventaja se observa que requiere más cuidado que otros, porque se corre el peligro de dañar o inutilizar la huella evitando usar así otra clase de reactivos.

Otros reactivos como la "lenco-malaquita" se usa para lo-grar visibilidad en manchas de sangre, las huellas digitales que se encontraren cuando éstas se hayan secado y coagulado.

Seguidamente una vez localizadas las huellas y determina-da su visibilidad, viene la etapa de la conservación y trans-porte de las mismas; para ello se utiliza una cinta adhesiva transparente que se utiliza corrientemente para el sellado de paquetes y que comunmente conocemos como "cinta de Scotch", - la cual se pega a la huella y luego se desprende paulatinamen-te sobre la huella, de manera que la cinta la cubra en su to-talidad y asimismo se debe de procurar que la cinta no haga -arrugas o bombas de aire, para que la huella se imprima en -- forma perfecta; luego después de quedar impresa la huella en la cinta, se pega nuevamente en un pedazo de cartulina; luego ya está lista para su confrontación con las existentes y cla-sificadas en el laboratorio técnico policial. Esta confrontación

se hace por medio de una lupa y generalmente, conforme a las técnicas policiales, se toman doce puntos coincidentes para determinar si hay igualdad de ellas en dicha confrontación. -- Hay que hacer notar que esta cinta adhesiva transparente sustituyó al viejo método a base de sustancias como el albayalde y la gelatina, y que permitió que con el uso de esta cinta se pueden conservar huellas digitales durante mucho tiempo.

Luego estas huellas deben de fotografiarse para evitar, dado el caso que se extraviare o se destruyera la cinta adhesiva, en forma ampliada y para lo cual la técnica policial -- aconseja que estas fotografías deben de tomarse con cámaras -- especiales y no usarse el "flash" porque puede darse lugar a ciertas averraciones visuales.

Para el transporte o embalaje de las huellas digitales, se aconseja, que donde éstas están recogidas no toquen paredes de la caja u objeto en que se transportan, como tampoco -- deben envolverse en papeles, ni en trapos porque por su roces pueden alterar las huellas estampadas. Y por último, cuando el laboratorio técnico policial envía el dictamen al Tribunal, se deben de señalar los siguientes puntos importantes para lograr mejor orientación y comprensión a la investigación:

- a) Lugar donde se halló la huella digital;
- b) El objeto o mueble preciso que la contenía;
- c) La fecha y hora en que se efectuó la exploración y se encontró la huella; y,

d) Fotografías ampliadas de las huellas digitales encontradas, junto con las de archivo y señalando los puntos o características coincidentes de ambas.

f) La Prueba balística

Es necesario que todo abogado o funcionario judicial, tenga en cuenta, cuales son aquellas condiciones esenciales que debe señalar para saber pedir a un laboratorio técnico en balística que conduzcan a la identificación de un arma de fuego, y como consecuencia a darle una mejor orientación a la investigación y recoger una mejor evidencia, a fin de determinar al verdadero autor de un crimen o absolver a un inocente; ya que es una clase de prueba catalogada como técnica y científica que requiere conocimientos especializados para quien la practica.

Se llama en criminalística "Hoplología", a la disciplina que estudia las técnicas de construcción y funcionamiento de las armas de fuego; disciplina que por ser meramente técnica no abordaremos en este apartado; sino que señalaremos los puntos básicos y más importantes de esta clase de prueba y sobre todo los efectos que producen las armas de fuego al ser disparadas. Y "Hoploteca" es la colección y clasificación de armas de fuego, cartuchos, vainillas y proyectiles que debe existir en todo laboratorio.

En un principio, sobre todo en armas antiguas, se construyeron sólo armas de ánima lisa, es decir que el hueco del cañón

del arma no posee rayado como las actuales armas modernas y con lo cual se obtiene mayor efectividad en el disparo; este rayado consiste en una serie de surcos en forma de hélice o helicoidales que tienen como objetivos primordial imprimir al proyectil un rápido movimiento de rotación en torno a su propio eje y mayor penetración y que junto con su movimiento de traslación rectilínea a que es impulsado a través del cañón, le da a éste gran estabilidad en su trayectoria.

En el rayado de toda ánima hay que distinguir lo que es propiamente el rayado y lo que es el nervio. Aquél es el surco hecho por el fabricante del arma y el nervio es el espacio resultante entre dos surcos; asimismo el rayado puede ser muy variable, de tres, cuatro, seis y hasta diez surcos; siendo estos últimos los que caracterizan a las armas de caza mayor. Hay que tomar en cuenta también la inclinación de este rayado o llamado: "ángulo de rayado", que puede ser horizontal con disminución hacia la boca del cañón o en forma de curvas, a éste último se le ha llamado: "rayado progresivo". La profundidad del surco también varía, así como la posición en que este rayado se encuentra en el ánima, el cual si se encuentra a la derecha, que es lo más común, se llama: "dextrogiro"; y a la izquierda: "sinistrogenio".

Pero hay que tomar en cuenta por otra parte, que algunas armas de fuego, además del rayado de sus ánimas, poseen características especiales que las distinguen de otras, tales como pequeñas partículas de metal adheridas al surco y ciertas

desolladuras o exco^riaciones en el ánima del cañón; o sea pues que en cada surco existen pequeñas protuberancias o amoldaduras y que son distintas también a las que se encuentran en otros surcos; de modo que ninguna arma de fuego, ya sea por el desgaste sufrido por su uso al dispararse o por el proceso de fabricación y la máquina empleada en el mismo, las protuberancias o surcos son diferentes. Cabe mencionar que el diámetro del proyectil es mayor que el del cañón por donde es desplazado y en el cual se produce un rozamiento, dejando como consecuencia en el proyectil características especiales aheridas al mismo, llamadas: "pequeñas estrías", diferentes a otro proyectil disparado por otra arma de fuego o sea, que ni aún el mismo fabricante del arma, podría distinguirlas al ser examinadas al microscopio, resultando esenciales por consiguiente para la identificación del proyectil con el arma que lo dispara.

El funcionario judicial debe plantearse en toda investigación criminal donde se ha cometido un delito en el que se han empleado armas de fuego y tenga disponibles el arma y el proyectil mortífero, los siguientes puntos esenciales:

- 1) Qué calibre posee el arma de fuego o proyectil;
- 2) Cómo puede determinarse el lugar y distancia de donde fue hecho el disparo;
- 3) La trayectoria seguida por el proyectil;
- 4) El alcance o potencia aproximada del arma; y,
- 5) El tiempo aproximado en que fue disparada el arma de fuego.

Todo lo anteriormente expuesto y otras circunstancias que señalaremos, lo trata la balística forense, dividiendo su estudio en tres grandes partes que se denominan: balística interna, balística externa y balística de efectos.

La balística interna conforme a Angel Velez Angel (13) .. estudia: "todos los fenómenos que ocurren dentro de un arma .. de fuego, desde el momento en que la aguja percutora golpea .. el fulminante o pistón y éste a su vez estalla produciendo la deflagración de la pólvora".

En la balística interna sobresale:

- a) El estudio de la calidad del pistón, debido a que éste tiene mucha importancia sobre la potencia del disparo, ya que se puede determinar la mayor o menor rapidez con que se inflama la pólvora.
- b) La calidad de la pólvora, siendo la más usada actualmente, la que se conoce como "pólvora piroxilada" o sin humo, que ofrece mejores condiciones y ventajas, tanto para la efectividad del tiro como para la conservación de las armas, - que aquel tipo de pólvora antigua llamada: "pólvora negra"; ya que aquella se le llama así porque se obtiene del ácido nítrico y nitroglicerina que actúa sobre sustancias que -- contienen celulosa, formando la nitrocelulosa y que desarrolla presión menos retardada en cuanto a su explosión que la pólvora negra que estalla, o sea que la negra, desarrolla toda su presión en el momento de la explosión y luego disminuye esta presión; mientras que la piroxilada su --

potencia y presión es continua y ésta no produce gran cantidad de humo como la negra.

- c) Las vainillas o cápsulas, son importantes examinarlas cuando son encontradas en el lugar de los hechos, porque cuando se trata de armas automáticas, por el lugar en donde -- fueron encontradas, puede determinarse a veces el punto o lugar donde estaba colocado el tirador y asimismo qué clase de arma usó, pues toda arma automática arroja las vainillas a cierta distancia y ángulos ya determinados, que dependen de la percusión realizada por la aguja, siendo la percusión que se conoce como anular la que puede ser usada en revólveres, pistolas y fusiles de calibre "22".

La balística externa, estudia los efectos producidos desde el momento en que el proyectil sale del cañón del arma hasta que dá en el objetivo; y comprende los siguientes puntos importantes:

- a) La línea de tiro, que es una prolongación imaginaria del eje del cañón de la dirección que tiene el proyectil al principio de su trayectoria, hasta tropezar con un obstáculo que le suprima resistencia.
- b) La trayectoria, que es la dirección del proyectil o dirección que lleva al salir del cañón del arma, la cual puede ser curva y está sujeta a muchas variaciones, que a veces es difícil determinar, ya que influyen la carga o cantidad de pólvora, la forma, peso y densidad del proyectil, calibre, rayado, longitud del cañón, el estado atmosférico y --

otros factores difíciles de determinar.

- c) El ángulo de tiro, que es el formado por la línea de tiro y la línea horizontal que pasa por el origen de la trayectoria.
- d) Los rebotes de los proyectiles o cambios bruscos de la dirección de éstos por toda clase de obstáculos sólidos oponentes, los cuales son muy caprichosos y difíciles de determinar, tomándose como regla general que a mayor velocidad del proyectil existe menor probabilidad de un rebote.
- e) La dispersión o agrupamiento de perdigones, disparados por escopetas, partiéndose de que por lo general, a mayor distancia mayor dispersión; pero con la limitación que para ello es necesario examinar la forma de como está hecho y la longitud del cañón, la calidad del cartucho, tamaño de los perdigones y otros factores.

La balística de efectos, estudia todos los efectos y consecuencias que se producen por el proyectil, y que comprende:

- a) Orificio de entrada. Cuando el disparo es de larga distancia, el orificio de entrada es inferior al diámetro del proyectil, debido a que la piel o epidermis sufre una dilatación al recibir el impacto y luego ésta regresa a su estado normal: y es bastante redondeado, siempre que no haya penetrado a consecuencia de un rebote en el cual el orificio se presentaría en forma diferente.

Cuando los disparos hubieran sido hechos a más de un metro de distancia no han dejado dentro o alrededor del orificio ningún rastro de pólvora; y cuando es a corta distancia, entre cinco centímetros y un metro, el orificio de entrada se caracteriza por un tatuaje de pólvora y un chamuscamiento de color negro o grisáceo oscuro; con la salvedad si el vestido del occiso fue travesado por el proyectil, éste debe ser examinado en un laboratorio para determinar si existe o no el tatuaje o chamuscamiento, porque en la piel no aparecería éste; también cuando el arma se haya mantenido con cierta presión apoyada sobre la piel, es lo que se le ha llamado "disparos de boca tocante", se presenta un orificio redondo y limpio, no hay tatuaje, sino que los residuos de pólvora se encuentran dentro de los tejidos, lo cual amerita un análisis detallado de esta circunstancia excepcional; también puede darse el caso, cuando el arma no está apoyada sobre la piel, son las llamadas: "disparos a boca de jarro", se produce una herida irregular debido al fagonazo de la explosión, que se presenta sucia y es de diámetro mayor que el proyectil, de bordes desgarrados y además se presentan ciertas quemaduras en la piel.

- b) Orificio de salida. Primeramente hay que distinguir que los disparos realizados con armas que usan proyectiles blindados, el orificio de salida es normal; si dado el caso, los proyectiles chocaran con huesos, los atraviesan y el orificio de salida se produce acompañado de cartílagos y partes de órganos

internos del organismo, el orificio es de grandes dimensiones y de forma irregular; en cambio; aquellas armas en que se ocupan proyectiles de plomo, éstos se deforman con mayor facilidad dividiéndose en fragmentos y produciendo varios orificios de salida; y cuando los disparos son de boca tocante, el orificio es bastante grande.

El procedimiento más corriente que se efectúa para identificar el arma que fue disparada se hace o bien por medio de los proyectiles o las vainillas. Modernamente, se conoce un procedimiento por medio de "la marca de ensayo".

Para identificar el arma por medio de los proyectiles se realizan varios disparos de prueba con el arma encontrada; estos disparos de prueba se ejecutan en un cajón lleno de algodón o en un tubo lleno de agua, de uno y medio o dos metros de longitud y dividido en sección con cartones para poder localizar el proyectil. Pero antes de hacer estos disparos de prueba, el proyectil encontrado en el cadáver debe de ser examinado microscópicamente con el objeto de estudiar las partículas que pudieran estar adheridas. Luego después de obtener los proyectiles de prueba, generalmente tres de ellos, se monta uno por uno en un microscopio especial de "comparación balística", juntamente a la par del proyectil extraído del cuerpo del occiso para hacer las respectivas comparaciones y determinar sus diferencias.

Por medio de las vainillas encontradas, éstas se analizan con otras de la misma marca después de ser ejecutados los

disparos de prueba, al microscopio, para su comparación y para esto, se deben de tener conocimientos sobre el funcionamiento de las armas automáticas; pues en los revólveres raras veces o casi nunca se encuentran vainillas porque éstas quedan en el tambor o recámara giratoria. Se distinguen dos clases de marcas, la que deja la aguja percutora y la que se imprime en el culote al chocar la vainilla contra el cierre de la recámara, y por otra parte tenemos las huellas dejadas por el expulsor y el cierre del cañón que sirve a veces para establecer la marca y clase de arma.

El procedimiento de la marca de ensayo, según Frederick Oughton (14) se aplica a las armas fabricadas en Inglaterra, Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Austria, España y Hungría; estas marcas se colocan bajo el cañón o en la parte posterior del arma o en algún sitio oculto de la misma; y ésta "denota que el arma ha sido sometida por su fabricante a las pruebas exigidas por el organismo correspondiente de su gobierno". A veces se requiere que basta un sólo disparo para que sea aprobada oficialmente, o algunos países requieren que se hagan varios, luego seguidamente las armas vuelven al poder del fabricante para que éste proceda a la venta. Estas marcas de ensayo se registran debidamente en aquellos países que han adoptado este procedimiento de identificación. Luego que cada arma está marcada, resulta que cada proyectil que se dispare --

(14) Ob.cit. Pag. 129.-

proporcionará además una señal aislada individual que se acentuará o notará más conforme se usare el arma, manteniéndose siempre análogas a las de ensayo.

Pero para poder obtener un buen resultado de un estudio o examen balístico, se deben de tomar las siguientes precauciones:

- 1) Cuando es encontrada el arma en el lugar donde ocurrieron los hechos, no se deben de extraer los cartuchos del tambor o recámara, porque sobre todo si es un revólver y la posición que éstos ocuparen dentro del tambor los cartuchos o vainillas sin disparar, puede establecerse con cuál de los disparos se dió muerte al occiso; tomando en cuenta la posición de la vainilla y la marca del proyectil encontrado en el cuerpo, y si fueran varios los disparos, el orden en el cual fueron hechos.
- 2) Las vainillas y proyectiles encontrados, deben de envolverse en algodón o en tela de seda, en forma separada uno de otro, para que no se rayen; y cuando se extrajeran proyectiles de muros, muebles o huesos u otras partes sólidas, - deben extraerse sin tocar o raspar a éstos, sino que se deben emplear pinzas especiales u otros instrumentos adecuados.

Como un ejemplo de aplicación práctica en nuestro medio judicial, exponemos el siguiente caso de prueba balística:

El hecho sucedió a las dieciséis horas del 24 de marzo de 1976, en el Boulevard del Ejército de esta ciudad a la altura del paso a nivel, ubicado al costado sur de la Terminal de Oriente, en donde ocurrió un homicidio empleándose un arma de fuego y que conforme al reconocimiento médico forense el cadáver presentaba 3 heridas por arma de fuego; al practicarse la autopsia, habiéndose extraído los 3 proyectiles mortíferos. Posteriormente fue capturado el presunto imputado, habiéndosele decomisado un revólver calibre "38 especial", juntamente con 6 cartuchos del mismo calibre. El imputado declara judicialmente no haciéndose cargo de los hechos, pero manifestó que el revólver decomisado era de su propiedad y que lo había comprado ya usado y que lo ocupaba en su trabajo y hacía siempre disparos, ya que su trabajo es de sereno nocturno por esa zona.

La Fiscalía pidió la prueba balística. El Juez nombró a un perito técnico en balística dependiente del laboratorio técnico de la Policía Nacional, y éste dijo así en su dictámen:

"Señor Juez Quinto de lo Penal:

"X y Z" de "tantos" años de edad, experto en balística forense y del domicilio de San Salvador. Actuando como perito, según el auto ordenado a las diez horas y cinco minutos del día veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y seis en relación a la criminal sobre averiguar la muerte del occiso "Y", en la criminal instruida contra "X", identificado con el número 169/76; atentamente vengo a rendirle mi informe en

calidad de Cooperador Técnico Permanente y de conformidad a los Arts. 83 c), 227 b) Pr. Pn.; de la manera siguiente: he tenido a la vista un revólver sin marca definida, número interior 91079, de un peso de 610 grs. pavón azul en mal estado, longitud del cañón 4 pulgadas, longitud total 9 pulgadas, de 6 cartuchos de capacidad en el tambor, calibre 38, mira fija, empuñadura de nogal y tres proyectiles de plomo extraídos al cadáver... Verificada la prueba, manifiesto que a consecuencia del deficiente rayado del arma, sólo un proyectil fatal ofrece posibilidades de estudio, no así los otros dos por la causa ya apuntada. Que al obtener el proyectil de comparación designado con la letra B, y colocarse juntamente con el proyectil fatal designado con la letra A, se obtuvo igual en el rayado, como se ilustra en la microfotografía que se acompaña, demostrando ésto que el proyectil fatal extraído al cadáver, fue disparado haciendo uso del revólver ya descrito, cuyo número interior identificativo es 91079, concluyendo: a) que el proyectil que en sobre aparte y rotulado con "proyectil fatal", fue disparado por el revólver No. interior 91079; que de los otros proyectiles no se puede concluir si fueron o no disparados por dicho revólver, a consecuencia del mal estado del rayado del arma; b) que el revólver No. interior 91079, al practicarse la reacción química, para detectar restos de pólvora incombusta, dió un resultado positivo por lo que se concluye que dicha arma fue disparada recientemente. Que lo dicho es la verdad, según mi saber y entender y para constancia firmo."

NOTA: se acompañó al presente informe, las fotografías: del arma, de 2 proyectiles A y B y fotografía ampliada del rayado del proyectil B. Y dos sobres conteniendo el primero, proyectiles extraídos del cadáver del occiso y el segundo: conteniendo proyectil de comparación.

Se han omitido los nombres en este dictamen por razones obvias.

G) La Prueba de la Parafina

Es la prueba técnica típica de un laboratorio técnico policial o de medicina forense, y se le ha llamado también dérmica, dermonitrada y epidermoparafinograma. Esta clase de prueba sirve para fijar inequívocamente si hubo un suicidio o determinar la posición de los protagonistas, a fin de encontrar elementos físicos o sustancias químicas sobre los vestidos o las manos. Constituye solamente un indicio o una orientación para saber si una persona disparó o no un arma de fuego.

La prueba de la parafina tuvo su origen en Cuba en el año de 1913 cuando fue muerto el Jefe de la Policía Nacional de ese país, General Armando J. De La Riva. Fueron los doctores Gonzalo Iturrioz y G. Alonso Cuadrado, quienes examinaron las ropas, utilizando el Dr. Iturrioz placas parafinadas empleando el reactivo de "Guttman", el cual todavía se usa actualmente, para captar los productos nitrados que contiene la pólvora, placas que fueron aplicadas para dictaminar la distancia a que se había efectuado el disparo.

En el año de 1931, Teodoro González Miranda, del Laboratorio de Identificación Criminal de México, se interesó por esta clase de prueba, pidió datos a Cuba e introdujo esta prueba en los Estados Unidos, conociéndose en ese país como "prueba de González". En Los Estados Unidos por medio de Mathews y otros, se fue utilizando la parafina, no empleándose placas a presión sobre la superficie en la cual se investigaban los productos nitrados derivados de la deflagración de la pólvora; sino dejándola caer gota a gota fundida sobre la región, con el fin de obtener un molde de la cara de la mano; pero no se llegó a perfeccionar porque no se lograba obtener un molde en condiciones óptimas.

En Cuba se siguió investigando con miras de perfeccionar el procedimiento, y fue en 1938, cuando el Laboratorio de Química Legal fue adscrito al Gabinete Nacional de Identificación en el que el Dr. Rafael Plasencia, propuso la atomización de la parafina fundida, que junto con el Dr. Israel Castellanos perfeccionaron el método consiguiendo para ello, la confección del guantelete, con el cual permitió buscar no sólo la presencia de productos nitrados procedentes del disparo; sino su "localización", que permite deducir, si corresponde o no el hecho de haber disparado un arma de fuego, superándose en esta forma, cuando fue empleada desde un principio aplicándose parafina a presión sobre la superficie en la que sólo se captaban productos nitrados que quedaban como consecuencia de la maculación superficial, escapándose aquellos que se encontraban

en el interior del conducto sudorífico; pues cuando la persona que había disparado un arma de fuego se lavaba las manos, no se captaban esos productos nitrados.

El guantelete se obtiene después de atomizar parafina -- fundida con un atomizador de "Bilbiss-Theromer", sobre la cara dorsal y palmar de ambas manos de la persona sospechosa -- que haya disparado un arma de fuego. Esa parafina debe ser -- químicamente pura, libre de impurezas, y se atomiza caliente con un punto de fusión entre 42 y 48 grados centígrados a lo máximo hasta 50 grados. Esta atomización provoca una sudoración profusa y el sudor al salir por el poro, lleva a la superficie los productos nitrados que pudieran estar incluídos en su interior, los cuales se adhieren a la parafina y son -- captados por la superficie de contacto de ésta al enfriarse. Una vez que se ha atomizado convenientemente toda la cara de la mano, se puede inclusive, cuando ya no hay peligro de desplazar el gránulo de una región determinada, reforzar esa capa de parafina con otra aplicada suavemente con una brocha de pelo de camello, e inmediatamente se cubre con gaza de vendaje y sobre esta capa, se aplica otra con una parafina de más elevado punto de fusión, para hacer el guantelete más resistente. Ya enfriada se separa con una espátula, obteniéndose un molde perfecto de la configuración anatómica de las manos.

Luego viene el proceso denominado: "Parafinoscopia", que se realiza en el laboratorio, en donde se practica el examen de la superficie a través del microscopio, tratando de buscar

aquellas partículas cuyos caracteres micrográficas se consideran procedentes de la deflagración de la pólvora, las cuales se presentan de color azulado al dejarles caer el respectivo específico de Guttman. Este es el procedimiento que actualmente se emplea en el Laboratorio Técnico de la Policía Nacional de nuestro país, conforme nos expuso el Br. Armando Aguilar Buendía, actual Jefe de ese laboratorio, afirma que a veces esta clase de prueba falla en sus resultados. Y así nos expuso que hay que tomar muy en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1 - Que la eliminación de los productos nitrados depende de una serie de factores en los que interviene principalmente la sudoración profusa. En un clima como el nuestro, -- donde se suda copiosamente y donde las manos se lavan -- con frecuencia, necesariamente los productos nitrados se van eliminando con relativa rapidez. Se han observado casos en que al día siguiente, inclusive varias horas después de haberse realizado el disparo, ya no quedan restos de productos nitrados en la mano que lo efectuó.
- 2 - Por la experiencia que posee, en la práctica de la parafina durante muchos años, aconseja sobre todo a los jueces de Paz o de lo Penal, cuando solicitan esta clase de prueba, no solicitarla más allá de los cinco días de haberse disparado un arma de fuego; pero con esto no afirma categóricamente que no se puedan obtener resultados aceptables después de ese período; ya que intervienen muchas circuns-

tancias propias del conocimiento técnico, que solamente el experto las debe de tener muy en cuenta.

- 3 - También se aplica una pequeña plaquita de parafina fundida de 25 a 30 grados centígrados, la cual sirven en los casos en que se sospecha suicidio, para calcular la distancia del disparo con el objeto de extraer los gránulos de pólvora incombusta del orificio de entrada, y se coloca adherida con tele de gasa; pero antes de ello, ya se ha aplicado en el orificio de entrada parafina fundida, y luego una vez más, se aplica parafina para poder levantar la plaquita y conducirla al laboratorio para su examen. Se ha aplicado también parafina en el pié, cuando hay sospechas de que se ha disparado un arma de fuego, ésto ha sucedido en el caso de los soldados que prestan sus servicios en los Regimientos del país, obteniéndose buenos resultados.
- 4 - Cuando se ha confeccionado el guantelete de parafina en manos de mujeres que tienen las uñas pintadas con "cutex", al aplicarse el reactivo químico específico se han observado manchas que enmascaran o encubren la reacción principal, la cual es profundamente azulada y en forma de coma, la cual desaparece fugazmente, no pudiéndose determinar la presencia de productos nitrados; pues el "cutex", así como las pinturas, poseen sustancias nitradas semejantes a las de la pólvora. Sobre este último punto, considero necesario que el juez debe de tratar, antes de la confección

del guantelete; que se hagan un previo examen de las manos del cadáver para lograr limpiar o raspar de las uñas ese "cutex" o vestigios de pinturas que se hallaren.

Para terminar este punto, Uribe Cualla (15) expone que en la actualidad se aplica un análisis por activación neutrónica mediante la energía atómica, el cual permite saber con mayor seguridad si una persona disparó un arma de fuego en el cual se detectan "pequeñísimas partículas de antimonio, bario, mercurio, plomo, cobre, níquel y otros elementos distintos de nitratos que entran ya en la composición de la pólvora, ya del fulminante o de los proyectiles que se escapan en el momento del disparo por la recámara del arma. Desafortunadamente por el momento no es procedimiento práctico, que de ordinario pueda aplicarse en todos los laboratorios, éste que descubre elementos tan pequeños que sólo por él se pueden hallar, debido al costo elevado, a más de que los equipos requieren especial instalación".

(15) Ob. Medicina Legal y Siquiatría Forense, Novena Edición. Editorial Temis, Bogotá 1971. Pág. 199.

CAPITULO XIV

C O N C L U S I O N E S

Hemos tratado de desarrollar este tema en la forma más completa posible, conforme a nuestras capacidades, para confirmar que la prueba de carácter penal, así como en el proceso en que se desarrolla, posee sus propias facetas o situaciones que la hacen diferente a la prueba en el proceso civil, actualmente. Se han estudiado los diferentes medios probatorios, partiéndose de ciertas características sustanciales y su desarrollo o evolución histórica en forma general; y en forma particular en lo que compete a nuestra propia legislación. Se indican también observaciones o sugerencias para que en la práctica pueda lograrse mayor efectividad en su aplicación y una mejor administración de justicia.

Desde el principio en el desarrollo de este tema, se ha hecho destacar la importancia de la prueba, la cual se basa en los intereses de la sociedad que necesita conocer la verdad o certeza ineludible cuando una persona ha violado las disposiciones del deber ser de la conducta humana que regulan las normas jurídicas; y que la misma sociedad ha preceptuado para ser posible y armoniosa la vida y las relaciones jurídicas de todo ser humano con sus semejantes;

así como proteger la libertad y garantizar la paz y seguridad a través de una adecuada administración de justicia y equidad dentro de una sociedad organizada jurídicamente.

No se ha tratado de conceptuar jurídicamente la prueba, porque este concepto no es estable o fijo, sino que depende del punto de vista de su desenvolvimiento en el proceso, ya sea por su objeto, su tema por probar, su acción o su fin valorativo que se persigue. Pero considero que de todos esos puntos de vista señalados, es en su resultado y su debida valoración la que da lugar a su certeza o convicción. en donde reside lo jurídico de la prueba; por lo que concluyo, que no existe un concepto único de prueba desde un punto de vista jurídico y por esto es que cada autor o tratadista dá su propio concepto tal como lo hemos visto en el desarrollo de este tema.

Por otra parte, la prueba penal, posee sus propias características o matices que la hacen autónoma considerada hoy modernamente; pues ha tenido un mayor desarrollo en el proceso penal en donde se busca, se averigua, se formulan hipótesis y se investiga más profundamente para conocer la verdad de los hechos sociales, utilizándose más directamente la ciencia y la técnica, trayendo como consecuencia un mejor resultado en su refinamiento o pulimiento en la apreciación real de la dinámica social; abarcándose asimismo en forma coordinada su objeto, órganos y medios de prueba

de una manera muy especial; pues se dirige más que todo a los hechos externos e internos que influyen en la realización de aquéllos, sin necesidad de probar aquellos hechos notorios de carácter relativo dentro de una determinada comunidad en un momento dado.

Y aún más, no se interesa por controvertir los hechos; sino que descubrir realmente éstos y comprobarlos, si forman parte de la verdad o certeza del acontecer histórico, descartándose aquellos hechos imposibles o inverosímiles e impertinentes a la luz de la lógica o de la moral.

Como una de las características más sobresalientes de la prueba penal es que no existe la carga probatoria, ya que en el proceso penal impera el principio inquisitivo u oficioso más que el acusatorio. Por esto, este gravamen o deber de probar se impone al Estado, quien ejercita la acción pública para defender los intereses sociales y lograr averiguar fehacientemente la verdad de los hechos materiales, históricos o reales que dan como resultado un hecho punible.

En su desarrollo histórico, la prueba penal en nuestro medio, se apéga a un sistema mixto en su desenvolvimiento dentro del proceso y es resultante de las concepciones filosóficas, políticas y socioeconómicas de los principios individualistas de los Estados occidentales junto con los postulados liberalistas del Estado capitalista moderno de

hoy en día. La prueba juega entre el sistema acusatorio y el inquisitivo; pero inclinándose mucho más y en forma más general con gran realce en este último, caracterizándose por su producción en dos fases muy marcadas y que asimismo dichas fases participan en los dos sistemas; tales fases o etapas son: la instrucción mal llamada o prueba sumaria, en donde se recoge o investigan los hechos que configuran la prueba; y la contradictoria o fase plenaria en donde se lleva o se presenta al proceso las pruebas, siguiéndose algunos lineamientos generales del sistema acusatorio. Modernamente a la prueba penal se le puede valorar y apreciar con mayor amplitud en base al sistema de la sana crítica, en donde el Juzgador con suficiente libertad de juicio conoce estas dos etapas para integrarlas en una verdadera apreciación con miras de lograr una mejor justicia, lo que por otra parte, ha venido a darle mayor autonomía e independencia, haciéndola más diferente a la prueba de carácter civil, desde su introducción en el proceso hasta su apreciación final.

Esta apreciación abarca un cuadro más amplio como resultante de todo el proceso en donde se han vertido los medios probatorios, siendo la valoración más restringida, que incide más directamente en cada medio probatorio que se va presentando en el desarrollo del mismo con los requisitos exigidos por la ley, aplicándose la sana crítica.

Al entrar al estudio de los distintos medios probatorios hemos llegado a las siguientes conclusiones y observaciones:

1)- En la Inspección se concluye, que en materia penal, ejerce un campo de aplicación mucho más amplio que en lo civil, porque es en lo penal por medio de la inspección que se indaga inicialmente de los hechos, lugares, personas o las cosas y aún la verificación de los hechos; en cambio en lo civil es de su esencia la comprobación o verificación de demostraciones alegadas o propuestas por las partes. En la inspección dirigida ya en forma más directa a la persona, se ha considerado en nuestra legislación, como un reconocimiento. Pero hacemos la observación que cuando se trata de reconocer personas por medio de fotografías, es más razonable darle un tratamiento de identificación, y por otra parte, este medio de identificación como lo es en la realidad, tal como está regulado en nuestra legislación procesal penal, puede dar lugar a que no se recoga una prueba veraz al conocerse la imagen fotografiada a través de un medio público de comunicación social, porque el testigo se inclinará a aseverar la identidad de un imputado cuando la imagen de éste, con anterioridad a la práctica de la diligencia apareciere ya publicada a través de ese medio de comunicación social; por esto proponemos a que tal reconocimiento o identificación, deberá hacerse respetando el derecho a la propia imagen, toda vez que no se haya lanzado a la publicidad la imagen fotografiada del imputado.

En cuanto a la manera práctica de efectuar la inspección, ya que ésta se efectúa en forma inmediata al tenerse conocimiento de un hecho punible, considero que se debe de realizar en forma simultánea, o sea, trasladándose también inmediatamente los datos en la correspondiente acta, porque al trasladarse los datos, y redactar el acta, posteriormente a la inspección, ha sucedido en la práctica que por olvido, se omiten ciertos datos que en la secuela del proceso pueden ser importantes, y sobre esto, la disposición regulante no ha sido clara; solamente considera la posibilidad de esa simultaneidad para la reconstrucción de los hechos. Por otra parte, para evitar alteraciones posteriores, es aconsejable que el funcionario rubrique o firme cada folio al margen de los que forman parte integrante del acta de inspección. Por lo tanto, concluyo, que la inspección es un medio de prueba autónomo y de un gran campo de acción para el Juez instructor, catalogada como una de las primeras diligencias para establecer evidencias o indagaciones en la investigación de un hecho criminal; y la reconstrucción de estos hechos es un medio de prueba subordinada a aquélla, que persigue como objetivos: ejercer un control sobre los demás medios probatorios, lograr mayor claridad de los hechos acontecidos, la certeza de cómo ocurrieron éstos y la credibilidad de la existencia en cuanto a la posibilidad de realización de los mismos.

2).- En la prueba instrumental, con respecto a la declaración contenida en un documento, ya sea público o privado, debe estar ratificado en el proceso penal por su propio autor, y si esto no fuera posible, el Juez deberá de indagar su autenticidad en cuanto a su contenido o por otros medios probatorios.

Cuando se ha redactado un escrito para suministrar la prueba de lo acontecido, con el único propósito de probar el acontecimiento en cualquier momento posterior, adquiere el nombre de instrumento y si es un funcionario el que lo expide ejerciendo un cargo con autoridad pública, recibe el nombre de instrumento público. Para efectos penales éstos constituyen prueba suficiente en cuanto a la existencia del delito. Concluimos pues, que en lo penal con respecto a los documentos, interesan como objeto y medio de prueba cuando es parte constitutiva del delito y que pueden aportar elementos de convicción necesarios sobre la existencia del delito, siendo la amplitud del Juez utilizando la sana crítica y demás elementos de juicio o medios probatorios, quien determinará la delincuencia del imputado; por lo tanto no es medio probatorio autónomo en su valoración, por eso hemos considerado que en las fotografías se deben de observar las precauciones que hemos dejado señaladas en el desarrollo de este tema.

3).- En la prueba testimonial en el campo penal, también tiene una mayor amplitud y libertad de acción que en materia civil al emplearse la sana crítica. Consideramos que --

en lo penal deben de desaparecer aquellas situaciones especiales, en las que se rinde una declaración por certificación jurada, pues no opera la apreciación psicológica de este medio probatorio en forma eficaz que realiza el Juez. La prueba testimonial es más elástica, pues también abarca casos de excepción muy especiales en donde parientes cercanos pueden declarar en contra de otros parientes cuando entre el imputado, occiso y ofendido existen grados de parentesco, así como no se exigen cierto número de testigos, sino que se atiende a la calidad de éste. Por esto así mismo concluimos, que en materia penal no debe de existir la tacha de testigos, pues este incidente se acopla más a la prueba de carácter civil en donde sí se exigen tanto la calidad como cierto número de testigos para tener por establecidos los hechos.

4)- En la prueba pericial, en cuanto a la clase de peritos que trata nuestra legislación procesal penal, en permanentes y accidentales, con respecto a los primeros, sostenemos que no es requisito esencial que éstos sean juramentados por el Juez para que el dictamen sea válido; pues además de sólo exigirse la juramentación para los accidentales, es lógico considerar que a los permanentes se tomen como los colaboradores o auxiliares del Juez y por lo tanto en cualquier momento dispone de éstos. Pero no podrán ser peritos un empleado o cualquier funcionario del Poder Judicial.

Por otra parte concluimos que en materia penal, no es requisito indispensable que el perito ostente un título académico, como sí se exige en materia civil, que la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentadas para ser considerados como peritos, pues el proceso penal tiene como objeto una actividad investigativa y no de comprobación de hechos como en lo civil.

Además, los peritos permanentes no pueden ser recusados por las partes intervinientes en el proceso.

En cuanto a las explicaciones del dictamen pericial, sostenemos que los cinco días señalados como término probatorio para que éstos den explicaciones, sobre todo en la etapa de instrucción del proceso, deben de suprimirse y debe ser el Juez, a su juicio prudencial, el que determine el tiempo necesario para que los peritos presenten las explicaciones del caso, porque en esta forma, éstos tendrán el tiempo suficiente para analizar, revisar, y reunir mayores elementos de juicio para que concuerden en presentar con claridad esas explicaciones, ya sea sobre los puntos señalados por el Juez, o por las partes o las que consideren necesarias para hacer más comprensible su dictamen.

5)-En nuestra legislación procesal penal se ha establecido como norma general la indivisibilidad de la confesión rendida por el imputado. Pero consideramos que el existir una confesión en aquellos delitos que no van al conocimiento del Tribunal del Jurado, el Juez al valorar la confesión

en base a la sana crítica, podrá darle o negarle crédito a una parte de la misma, en cuanto a la mayor o menor conformidad con las pruebas que se encuentren en el proceso, o -- si es la única prueba, decidirá si le merece fe alguna -- fracción de ella. Y en aquellas causas en donde se ventilan delitos que sí van al conocimiento del Tribunal del -- Jurado, el Juez no podrá sobreseer, es decir, no puede dividir la confesión, en cuanto existiera prueba de hechos -- que puedan constituir una causal o exclusión de responsabi -- lidad o circunstancias modificativas de las mismas como -- prueba diferente y que contradice lo afirmado por el im -- putado. Pero si ambas pruebas, en favor y en contra del -- imputado no excluyen el hecho principal, sino que éstos se complementan, el Juez aplicará la sana crítica, tomando en cuenta para ello: a) la naturaleza del hecho; b) la prueba concluyente; c) el número de testigos; y d) la calidad de los mismos. Valorando todas esas circunstancias el Juez -- podrá sobreseer.

La confesión presunta o tácita no existe en el derecho procesal penal, ya que ésta es en esencia expresa en -- forma oral, real y explicativa.

Con respecto a la confesión extrajudicial, tal como ac -- tualmente la tenemos regulada, soy partidario de su supresión de nuestra legislación, como "medio de prueba sufi -- ciente", por no estar rodeada de las más mínimas garantías.

procesales y por lo tanto, no es posible conjugar los intereses de la sociedad y del Estado. Pero dada nuestra idiosincrasia y la ausencia de medios efectivos de investigación para ciertos delitos, donde es imposible encontrar otros medios de prueba, para el caso, en los delitos contra la libertad sexual, o aquellos que se cometen en despoblado y nocturnidad u otras circunstancias semejantes, se impone su aceptación para que el Juez la valore pero de conformidad con la sana crítica.

6)-En la prueba por presunciones, las de derecho no tienen cabida en el derecho procesal penal, debido al principio de oficiosidad, en el sentido de que el Juez impulsa el proceso y está obligado a investigar tanto las pruebas en contra y en favor del imputado.

Con respecto a la presunción legal del abigeato, si la compra-venta no se realizare con los requisitos legales, el Juez lo que debe apreciar es la delincuencia del imputado y no el cuerpo del delito, puesto que al no reunirse los requisitos de la Carta de Venta de un semoviente o no presentándose ésta sin ninguna justificación o determinándose que no existe en los archivos de la Alcaldía, considero que se presume el cuerpo del delito.

Para tener por establecida la prueba por presunciones, debemos de partir por lo menos de dos presunciones entrelazantes, precisas, concordantes y que se armonicen con otros medios de prueba, sin que tengan éstas por -

base otras presunciones ni aún en una sola por muy grave y precisa que ésta sea con el hecho conocido.

En las presunciones legales de culpabilidad en los delitos de hurto y robo, en lo referente cuando las cosas - sean halladas en poder del imputado, considero que debe suprimirse esta clase de presunción y dejar al Juez la valoración de esos indicios aplicando la sana crítica.

7)- Con respecto a la prueba indiciaria no se encuentra regulada expresamente en nuestra legislación como sucede en otros países, pero dada la ineficacia de nuestros sistemas de investigación, no es conveniente regularla; pero no obstante, esta prueba forma parte de la labor de investigación de los órganos auxiliares, del Juez o del Fiscal, en donde se toman como elementos de juicio en relación con otros medios probatorios que vienen a ajustarlos y a darles mayor convicción en la culpabilidad de un procesado. A pesar de ello, considero que en forma indirecta se toma en cuenta esta clase de prueba, apreciándola en base a la sana crítica en todo su conjunto con todos los demás medios probatorios recogidos en un proceso.

8)- En nuestro país poseemos un Código Penal y Procesal Penal modernos; pero a pesar de ello, no sólo son las leyes los instrumentos jurídicos adecuados de lucha contra el crimen, en estos tiempos de violencia, en donde la criminalidad ha tomado demasiado auge en forma tan alarmante

que la opinión pública se forma la idea de que nuestra legislación penal es ineficaz para combatir el crimen en todas sus manifestaciones. Esto es muy sencillo y cómodo, - culpar a la legislación, su falta de severidad en sus sanciones como ha sucedido en nuestro medio a consecuencia de las recientes reformas de la legislación; pues mucha gente cree que sólo la legislación penal tiene como mira suprimir el delito; éste tiene su origen en muchos factores y causas sociales, económicas, políticas, culturales, etc., que acompañan al desarrollo de un país, pues lo que la legislación penal pretende es defender los intereses de la sociedad previniendo los delitos y por otro lado, readaptar al delincuente.

Por otra parte, consideramos que a pesar de que contamos con una legislación penal moderna, así también con sus defectos en su aplicación, como toda obra humana que es, se encuentra vacía y falta de complementación, pues no existen organismos adecuados para aplicar eficazmente sus disposiciones y lograr una eficiente administración de justicia.

Es necesario llenar esos vacíos. En nuestro país ya es tiempo que exista una verdadera efectividad en la aplicación de esa legislación y sobre todo llevar al proceso el conocimiento del Juez y del Tribunal del Jurado, la prueba técnica y científica, creándose un verdadero

laboratorio técnico, una policía científica y un Instituto de Medicina Forense autónomos, pues en todo delito el delincuente deja rastros o huellas de las cuales se requieren conocimientos especiales para saberlas encontrar, recolectar, analizarlas e interpretarlas.

Con la policía científica dedicada exclusivamente a la investigación criminal, aplicando métodos modernos de criminalística en forma técnica y científica, muchos delitos y delincuentes se descubrirían, pues los órganos auxiliares no poseen la suficiente preparación ni tienen los medios necesarios para llevar a cabo esta clase de investigaciones. A esto último se debe que en nuestro país, es la dura realidad, se conforman con la prueba testimonial o la confesión extrajudicial.

La prueba testimonial es a veces imposible obtenerla, y si se logra, muchas veces se presentan a declarar falsedades, que a la luz de una verdadera apreciación o interrogación técnica, se establecen conclusiones absurdas e inverosímiles, a pesar de buenos razonamientos jurídicos de parte del juzgador; y otras veces, los testigos siendo en verdad espectadores del crimen, el temor de las represalias del delincuente o la familia de éste, o motivos económicos, los hacen callar, quedándose impunes muchos delitos. Es por esto también que la confesión extrajudicial, por no estar garantizada en cuanto a su espontaneidad no es creída y por lo tanto en la ciudada-

nía existe más el temor que un espíritu de colaboración en la investigación de los delitos.

Para darle una verdadera aplicación a la prueba penal, que es eminentemente técnica y científica, es necesario la existencia de estos organismos, porque con una verdadera policía científica, un laboratorio técnico y un Instituto de Medicina Forense, tendrán tanto los Jueces, fiscales, defensores y demás organismos que coadyuven en la administración de justicia, la certeza real y la seguridad de la responsabilidad de una persona como autora de tal o cual hecho punible, y se convertirán en infatigables y perseverantes buscadores de la verdad, al haber logrado la tecnificación de los medios empleados en la investigación criminal, para defender y vigilar los intereses de la sociedad, del Estado y de la Ley.

B I B L I O G R A F I A

- Código de Procedimientos y de
Fórmulas Judiciales ----- Edición Centenario, Diario
Oficial No.219, Tomo 177
del 20 de noviembre 1957.
- Criminalística General ----- Angel Velez Angel.
- Carta Forense, Tomo II ----- Revista del Círculo de
Abogados Salvadoreños.
- De las Pruebas Penales --
Tomos I y II ----- Eugenio Florián.
- De la Prueba en Derecho ----- Tulio Enrique Espinoza
Rodríguez.
- Derecho Procesal Penal ----- Mario A. Oderigo.
- Diccionario de la Lengua Española.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas,
Políticas y Sociales ----- Manuel Ossorio.
- Diccionario de Derecho Procesal
Civil ----- Eduardo Pallares.
- Diccionario Enciclopédico Básico--
Editorial Alfredo Ortello
Valencia, España.
- Enciclopedia OMEBA, TOMO XII, XIII
y XIV
- Ensayo de un estudio sobre Derecho
de la propia imagen ----- Ruíz y Tomás Pedro - Re-
vista General de Legisla-
ción y Jurisprudencia,
Madrid, España.
- El Concepto de Fé Pública ----- Eduardo J. Couture.
- Fundamentos del Derecho Procesal
Civil ----- Rafael de Pina y José
Castillo Larrañaga.
- Introducción al Estudio del
Derecho ----- Eduardo García Máynez.
- Investigación Criminal ----- Frederick Oughton.
- Procedimiento Penal ----- Julio Acero.

La Valoración de la Prueba en el Proceso -----	Tulio Enrique Espinoza Rodríguez.
Las Miserias del Proceso Penal --	Francisco Carnelluti.
Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial -----	Eduardo J. Couture Revista D.J.A., Tomo XXXVIII, Uruguay.
La Prueba, su práctica y apreciación -----	Erick Dohring.
La Crítica del Testimonio -----	Francisco Gorphe.
Los Instrumentos Notariales -----	Tesis Doctoral de Juan Antonio López Ibarra.
Lecciones de Derecho Penal -----	Dr. Manuel Arrieta Gallegos.
Lógica de las Pruebas en Materia Criminal Tomos I y II -----	Nicola Framarino Dei Malatesta.
Ley Agraria -----	Publicaciones del Ministerio de Agricultura y Ganadería.
Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares -----	Publicaciones del Banco Central de Reserva de El Salvador.
Medicina Legal y Psiquiatría Forense -----	Guillermo Uribe Guallo.
Nueva Teoría de la Prueba -----	Antonio Dellepiane.
Nueva Enciclopedia Temática, Tomo VII -----	Edición Richards, S.A., Panamá.
Principios Generales de la Prueba Judicial y el Objeto de la Prueba (1a. Conferencia Mimeografiada por la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador). -----	Hernando Devis Echandía.
Pruebas Penales Colombianas, Tomos I y II -----	Gustavo Humberto Rodríguez R.

Sicología Judicial, Tomos I y II -

Enrico Altavilla.

Tratado de las Pruebas en
Materia Criminal -----

C.J.A. Mittermaier.

Tratado General de Filosofía
del Derecho -----

Luis Recasens Siches.

Tratado de Derecho Procesal Penal

Clariá Olmedo.

Tratado de Derecho Procesal Civil

Hernando Devis Echandía.

Simposio de la Asamblea Legislativ
va de El Salvador con el objeto -
de analizar y discutir el Art.499
del Proyecto del Código Procesal
Penal -----

Publicaciones de la
Asamblea Legislativa de
El Salvador.

Un Ideal Común -----

La Declaración Universal
de Derechos Humanos.
Publicaciones de las
Naciones Unidas.