

045717

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

T-UES
347-06

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**LOS SISTEMAS PROBATORIOS EN
MATERIA PENAL**

TESIS PRESENTADA POR
MIGUEL ANGEL DOMINGUEZ PARADA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

EL SALVADOR, C. A.



OCTUBRE DE 1971



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Rafael Menjívar Ch.

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Miguel Angel Sáenz Varela

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz

SECRETARIO:

Dr. Mauricio Alfredo Clará

TRIBUNAL EXAMINADOR DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo
Primer Vocal: Dr. Marcos Gabriel Villacorta
Segundo Vocal: Dr. Luis Enrique Gutiérrez

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Primer Vocal: Dr. Julio Díaz Sol
Segundo Vocal: Dr. Gustavo Adolfo Noyola

CIENCIAS CIVILES PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruíz
Primer Vocal: Dr. José Enrique Silva
Segundo Vocal: Dr. Carlos Enrique Castro Garay

ASESOR DE TESIS

Dr. Rodolfo Antonio Gómez b.

TRIBUNAL EXAMINADOR QUE CALIFICO LA TESIS DOCTORAL

Presidente: Dr. Román Gilberto Zúniga Velis
Primer Vocal: Dr. Héctor Mauricio Arce Gutiérrez
Segundo Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio

DEDICATORIA

A mi Padre JOSE ANTONIO : Con Filial Cariño

A mi Madre ISABEL: Con Infinito Amor

Con profundo cariño a mis hermanos:

RAUL ANTONIO y BEATRIZ

ROLANDO y CARMELA

EMERITA y NICOLAS

NATIVIDAD ESPERANZA

VICTORIA y RAMON AUGUSTO

MERCEDES y GUNTER

A mis sobrinos todos, amigos y demás familiares.

A MELANIE Con Amor.

JOSE MANUEL: Hermano mío, he querido dejar para tí, plasmado en esta tésis, mi más recóndito sentimiento de gratitud y cariño; por que tú significas para mí un ejemplo ideal de hijo, padre, - hermano y esposo.

Y no pudiendo darte otra cosa, te ofrendo humildemente, de manera muy especial, este último esfuerzo de mi vida estudiantil.

Todos mis demás hermanos comprenden el porqué de ésta singular dedicatoria.

PALABRAS LIMINARES

Siempre en mi vida estudiantil sentí especial atracción por el estudio de las Ciencias Penales y pensé escribir mi tesis doctoral sobre un tema relacionado con tal materia.

El tema de las pruebas en Materia Penal es de por sí muy apasionante; y tiene vital importancia ya que es en base a ella que se deciden todos los juicios sometidos a un fallo judicial.

El tema escogido me llamó de gran manera la atención por tener relación directa y ser en base a la apreciación de la prueba en materia penal, la decisión judicial sobre el bien máspreciado de la humanidad como lo es la libertad.

En el desarrollo de esta tésis analizaré los distintos sistemas probatorios en su esfera doctrinal así como su aplicación en nuestro derecho positivo.

Solamente estudiaré los sistemas que aún tienen vigencia en los códigos procesales positivos; siendo ellos el sistema de la Prueba Libre o de Intima Convicción, el de la Prueba Legal o Tasada y el de la Prueba Racional o Sana Crítica; y ubicando cada uno de ellos en nuestro derecho positivo.

No creo dejar sentado ningún nuevo concepto, pero me queda la satisfacción de haber puesto mi mejor empeño para su realización.

Mis aspiraciones quedarán satisfechas si a quién la lea le deja algún beneficio.

CAPITULO I

1).- EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.- 2).- DENOMINACIONES Y CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.- 3).- SU OBJETO.-

1).- EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.-

El Derecho Penal, como rama de las ciencias jurídicas, nos presenta múltiples facetas, todas de singular importancia, de variados matices y de por sí apasionantes, ya que en la mayoría de situaciones plantea una complejidad de la actividad humana con el objeto fundamental de decidir sobre uno de los más preciados derechos naturales del hombre, como lo es la libertad; cuyo desenvolvimiento histórico en su valoración ha sido variable e inconstante.

El Derecho Procesal Penal, como disciplina jurídica que nos da los lineamientos del ordenamiento legal de la aplicación de la ciencia penal, nos mueve aunque de una manera escueta a hacer una relación de la importancia que existe y debe existir entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal; así como también a establecer la función y ubicación adecuada de estas ramas jurídicas.

El Derecho Penal definido por Don Luis Jiménez de Asúa, cuya definición nos parece de las más completas, expresa "que el Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora",¹ haciendo con esta definición la importante aclaración de dejar por fuera las -

(1) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, pág. 17, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.-

medidas educativas, que tienen su referencia especial a los menores, por considerar de acuerdo a los avances del derecho penal moderno, que éstos han quedado exculidos del Derecho Penal y las normas que para ellos tienen aplicación no tienen como fundamento el delito, sino la necesidad de resocializar a los menores a efecto de evitar su transformación en delincuentes adultos, siendo por tal razón todo esto ajeno al Derecho Penal.

Ahora bien, el Derecho Procesal Penal sirve para la realización del Derecho Penal Material; esto es, para que las normas establecidas en este último derecho, cuyo objetivo no puede lograrse sin el concurso de los órganos estatales, tengan efectividad y garantía. Pudiendo nosotros afirmar que el Derecho Penal, por si mismo no actuaría en la vida real, si la actividad protectora jurídica penal, regulada en el proceso, no pusiera siempre en acción los órganos creados para tal fin, siendo por eso la jurisdicción eminentemente pública y del Estado.

Las normas que incluyen en los tipos los preceptos jurídicos penales, actúan también sin la intervención del Estado. La realización del derecho penal material importa, en este sentido, que en un caso concreto se produzca la aplicación de una pena por la razón de la comprobación de que un determinado sujeto es acreedor de una pena determinada y la ejecución de ésta en base a su responsabilidad, o la liberación de las consecuencias del injusto jurídico penal ya sea por falta de prueba de su culpabilidad o en atención a la demostración de su inocencia.

Esta vital realización del Derecho Penal material, demuestra al mismo tiempo la seriedad que contienen las sanciones y contribuye al reforzamiento, de sus efectos preventivos o conminativos, cumpliendo además, respecto de la autoridad pública, un esfuerzo constructivo positivo como preserva-

ción del derecho, por medio del restablecimiento del sentimiento jurídico perturbado y de la confortación de la conciencia jurídica, precisamente, en los individuos del Estado jurídicamente bien intencionados.

Esta realización del derecho Penal, como ya lo hemos expresado, conduce a la aplicación de una pena o a la liberación de ésta, y únicamente puede ocurrir en un procedimiento reglado, valga decir, dentro del Proceso Penal.

En muchos casos sería posible, seguramente sin daño para la verdad y la justicia, que esa realización ocurriera sin necesidad de un "procedimiento", o sea por medio de prontas y ciertas intervenciones de la autoridad, pero es necesario pensar que en la administración de justicia penal pública, el poder estatal se coloca frente a los ciudadanos en forma severa y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos; por esta razón, se ha llegado a afirmar que aparte de los que detentan el poder, nada ha causado a la humanidad tantos y más grandes sufrimientos, lágrimas y tormentos, como el poder del Estado que se lleva a cabo mediante la actividad penal pública, en ejercicio del Jus Puniendi.

Es el pensamiento de la Seguridad Jurídica lo que, por respeto a la libertad individual obliga al Estado a limitar la manifestación de su poder penal no sólo en los presupuestos jurídicos penales materiales, como el universal principio "Nulum crimen nulla poena sine lege", sino que también a asegurar su actuación en el caso particular por medio de formalidades y reglas benéficas para el ordenamiento jurídico; y esto sólo es posible realizarlo si en cada caso particular, por claro y simple que sea, la cuestión referente a si se ha incurrido o no en una pena se resuelva mediante un procedimiento reglado de una manera estricta, en el cual pronuncie la última palabra un tribunal imparcial que pueda

ofrecer como guías de su "conocimiento" sólo la verdad y la justicia y que, - precisamente, por eso necesita una independencia completa para bien de la causa que tiene como finalidad alcanzar el máximo valor del derecho: La Justicia.

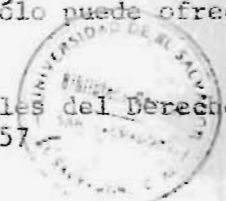
El sujeto autor de una acción punible incurre en pena en razón de su hecho; pero la pena pertenece a las consecuencias jurídicas cuya ejecución puede resultar sólo de una sentencia judicial y ella debe establecer que se ha incurrido en una pena, conforme a los preceptos establecidos en el derecho penal material y debe de determinar la pena concreta como consecuencia jurídica del delito.

El autor sólo es acreedor a la pena mediante el dictado de una sentencia firme, emanada de un tribunal competente.

"Al estado jurídico de "no estar castigado" lo reemplaza el estado jurídico de "estar castigado". La sentencia penal condenatoria, por consiguiente, produce efectos "CONSTITUTIVOS" o modificatorios del derecho".²

Todas las sentencias condenatorias son sentencias creadoras. Y encontramos esta clase de sentencias sobre todo allí donde una consecuencia jurídica producida tiene efectos tan importantes y de tan vastos alcances que desde el punto de vista de la seguridad jurídica constitucional, no es posible explicar su producción sin la existencia de una sentencia judicial obtenida en la forma preestablecida por la ley; y el derecho penal no puede carecer de ellas - para su realización, pues la consecuencia jurídica del estado de "estar castigado" puede tener una significación decisiva para el afectado y por ende necesita la garantía de la protección jurídica de la manera que sólo puede ofrecer-

(2) SCHMIDT EBERARD. Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal Pág. 25. Edit. Bibliográfica Argentina, 1957



la la sentencia obtenida en forma judicial, como garante de la libertad individual.

Las normas de Derecho Procesal Penal regulan el modo exclusivo de actuar ante la justicia, que puede llevarnos a una sentencia en materia penal, garantizando además su obtención en forma legal; el modo de actuar ante la justicia, se compone de una pluralidad de "actos procesales" de las partes, y todos estos actos tienen un objetivo común: la resolución judicial sobre el fondo, a la que todos se vinculan y están dirigidas y es de esto precisamente que resulta su significación funcional, su valoración, así como su común estructura jurídica.

Pero el Derecho Procesal establece cuales actos procesales se ponen en juego y son en ese sentido "admisibles", y sí, hasta qué punto en relación a su objetivo son "eficaces", para la resolución judicial sobre el fondo del asunto. De esto se infiere la calidad estructurante de las normas jurídicas procesales y por consiguiente, del derecho procesal en su acepción general.

El Derecho Procesal se diferencia en forma neta del Derecho Penal material respecto de su sentido y de su importancia funcional. Ambos derechos exigen también una exacta separación jurídica.

Los puntos de vista jurídico material y jurídico procesal son de carácter fundamentalmente diferentes, cada uno de ellos tiene sus propias categorías, métodos y valoraciones. Al respecto tratadistas como Beling, han manifestado "que la parte de la vida regulada por el derecho procesal penal es diferente de la que regula el derecho penal".³

(3) Obra cit. pág. 27- Citado por Schmidt Eberard.-

Eberard Schmitdt, sobre este punto ha manifestado que el derecho procesal y el derecho sustantivo se refieren "a diferentes campos de la realidad social"⁴. El derecho procesal norma la marcha de un procedimiento que tiende a la obtención de una sentencia judicial y determina cuáles actos de las partes, como acciones conforme al ordenamiento del procedimiento, dentro del sector de la realidad procesal, deben "admitirse" para alcanzar ese objetivo. El derecho material, en cambio no se refiere con sus valoraciones a lo interno de ese sector procesal, sino que, más que nada, expresa qué es lo que debe ser comprobado fuera del mismo en el sector de la realidad de la vida, esto es, de los intereses de la vida social.

Las acciones a que se refieren, por una parte, el derecho procesal y por otra el derecho material, pertenecen a sectores de la realidad completamente diferentes y conforme a esto, funcionalmente estructuradas también en forma diferente; existiendo diversidad de estructuras que gobiernan del mismo modo a las respectivas normas del derecho procesal y del derecho material.

De acuerdo con lo que hemos dejado expuesto en el párrafo anterior, es importante tratar de hacer una separación lo más exacta posible entre el derecho procesal penal y el derecho penal material. Todo se reduce, a la calificación si un precepto jurídico es tomado como norma jurídica material o como norma jurídica procesal.

La querrela procesal es un presupuesto procesal y no una condición de punibilidad,

Por ejemplo la disposición del Art. 401 de nuestro Código Penal, -

(4) Obra citada pág. 28 -

que requiere la querrela, que según la más correcta y dominante doctrina procesal es o debe ser regla pública de carácter procesal y no de carácter penal material. Y en consecuencia su ubicación no es correcta.

Su falta hace imposible una decisión material y por consiguiente, debe llevarnos a la suspensión del procedimiento y no al pronunciamiento de un fallo absolutorio. Este ejemplo apuntado puede ser suficiente para caracterizar la diversa significación e importancia de los fenómenos jurídicos procesales y jurídicos materiales. De la calidad de las normas jurídico procesales resultará el método especial del punto de vista procesal y la clave para el conocimiento de los conceptos esenciales del proceso.

La necesaria separación del derecho penal material y el derecho procesal penal no impide establecer que existen normas que tienen tanto una función jurídico material, como una función procesal; como también que existen acciones que producen sus efectos tanto en el sector procesal como en el de los intereses de la vida social.

La separación entre ambos derechos no pertenece al mundo material, sino al mundo ideológico desde el punto de vista funcional e interpretativo; y es por esa razón que hay tantos actos como normas bifuncionales en el sentido de que hay actos, como los actos procesales decisorios, que tienen su correspondiente función procesal; pero al mismo tiempo producen sus efectos fuera del sector procesal interno o sea, en el sector de los intereses de la vida social.

En el proceso penal tienen esta calidad todas las llamadas medidas coercitivas, así, por ejemplo, la detención provisional, el arresto, etc. etc; las medidas citadas en su forma de acto procesal judicial importan el asegura-

miento del afectado a los fines del procedimiento, siempre que su función se -
desenvuelva en el sector procesal, pero al mismo tiempo implica un perjuicio -
considerable para la libertad personal del sometido a tales medidas, puesto -
que tienen repercusión sobre lo más sensible en el sector de los intereses de
la vida social.

Resulta así que tanto los preceptos jurídicos como las acciones a
que se refieren, pueden tener una significación bifuncional. En esta forma no
se pone en duda la identidad de los preceptos jurídicos particulares. Pero en
su aplicación deberá distinguirse siempre con claridad, si tiene que examinar-
se la admisibilidad de una acción en relación a su función procesal, o a lici-
tud de la misma acción en relación a su repercusión sobre los intereses de la
vida social protegidos jurídicamente.

Las normas del derecho material que determinan los derechos y los
deberes de los destinatarios en el sector de los intereses de la vida social
tienen en esta esfera un carácter imperativo; son desde este punto de vista -
normas de determinación, es decir indican a los individuos lo que debe ser y
lo que no debe ser y los motivan hacia la conducta correspondiente. Esta fun-
ción de determinación no se puede concebir sin la lógica función primaria de
valoración que es propia de toda norma jurídica material.

Como norma de valoración, de conducta, la norma jurídica material
da una regla de lo lícito o legal para la valoración social de las acciones hu-
manas a las que se refiere y que por esta valoración impone o prohíbe.

Pero las normas del derecho material tienen también en el sector
procesal una función que nos mueve a considerarlas de manera especial. El de-
recho material debe ser realizado mediante el proceso como ya lo hemos dejado

establecido anteriormente y esto no significa que el mandato del legislador - abstracto sea sólo un plan y que únicamente la sentencia judicial como acto del poder público que impone el derecho, tenga fuerza jurídica dispositiva y contenga e importe determinación y ordenación jurídica.

El ordenamiento jurídico como poder dispositivo eficaz, es independiente en la vida social de la sentencia. El juez aplica sus normas únicamente en su actividad resolutoria y puede tomarlas inmediatamente de las reglas jurídicas ya establecidas; las normas jurídico materiales, por consiguiente, no son imperativos que el juez deba obedecer, sino reglas de juicio que debe aplicar y para él aquí no rige la coacción de las normas que aplica, sino su deber jurídico público de garantizar la justicia.

Por lo tanto, la función del derecho penal material, en el proceso, se realiza y explica cuando el derecho procesal determina bajo qué presupuesto y en qué forma se puede llegar a la persecución penal mediante un procedimiento penal y a una decisión final sobre el fondo; en suma determina los presupuestos bajo los cuales todo esto es admisible.

Con respecto a cuáles son los presupuestos necesarios para que una acción pública o privada iniciada mediante un procedimiento admisible resulte fundada, depende de las conclusiones a que haya llegado el juez en lo que se refiere a la prueba y a la valoración correspondiente, para la conclusión valorativa resulta decisiva la aplicación que el juez haga del derecho penal material, aplicación que le resulta obligatoria por su deber de someterse al derecho; si parte desde el punto de vista jurídico de la acción o desde otro punto de vista jurídico depende de su intelección jurídica aplicada conforme al deber.

En el proceso las partes sólo tienen derecho a que el juez cumpla su deber de garantizar la justicia, pero no a que lo cumpla en un sentido favorable determinado. Ante la posibilidad de una sentencia injusta o ilegal, el derecho procesal permite la impugnación de la misma mediante un recurso fundamentado en la falibilidad humana, propia también del juez. Impugnación autorizada para garantizar por los medios legales de investigación de la verdad y la justicia, teniendo ulteriores consecuencias juridicomateriales respecto de la responsabilidad penal en que pueda el juez incurrir.

Con todos los conceptos vertidos anteriormente creemos haber establecido las relaciones, verdadera función y adecuada ubicación del derecho penal material y del derecho procesal penal. Y a continuación procuraremos dar las distintas denominaciones que ha tenido el derecho Procesal Penal y un concepto del mismo.

2).- DENOMINACIONES Y CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.-

Como ocurre con la generalidad de las ciencias, la denominación del Derecho Procesal Penal no ha sido uniforme a lo largo de su existencia; como consecuencia son múltiples y variadas las denominaciones que a este derecho se le han otorgado; así, algunos autores le han llamado: "Práctica FORENSE, Procedimientos Judiciales, Procedimientos Criminales, Materia Criminal Forense, Práctica Criminal, Derecho Ritual, Derecho Formal, Procedimientos Penales, Derecho Formal, Procedimientos Penales, Derecho Adjetivo",⁵ denominación esta última por la atribución que se le hace a Jeremías Bentham de clasificar las leyes en substantivas y adjetivas, bajo la consideración de que las leyes subs-

(5) Citados por Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Pág. 12. Editorial Porrúa - 1964.-

tantivas contienen los derechos y las obligaciones y las adjetivas contienen las disposiciones necesarias para hacer valer jurídicamente a las leyes sustantivas.

Actualmente la denominación en que están de acuerdo varios científicos de indiscutible capacidad jurídica es la de "Derecho Procesal Penal", tales como Manzini, Ernesto Beling, Ernesto B. Riquelme, Enrique Jiménez Asanjo y Eusebio Gómez.

Respecto a las denominaciones de las múltiples ramas científicas, en muchas situaciones sus variantes son sutiles, de forma, superficiales y por ello no tienen mayor beligerancia en cuanto al punto central de la rama científica que se trata de denominar; y son generalmente denominaciones que tienen su fundamento en diversidad de factores, como son los alcances científicos de la época en que se les denomina, la excentricidad personal de sus autores o la manera muy particular de enfocar la rama científica por cada uno de ellos; como consecuencia de lo expuesto, a pesar de expresar nuestra inclinación por la denominación de esta materia como Derecho Procesal Penal, consideramos beneficioso opinar que todas las denominaciones son buenas, en cuanto contienen el ánimo, la voluntad de comprender que al estudiar los caminos que se siguen para el correcto juzgamiento de alguien que este incurso en el quebrantamiento de una norma de derecho penal material, trata todo lo concerniente a lo que puede dar lugar a una detención, a una acusación seria y formal, a la jurisdicción, a la competencia, a la organización de los tribunales, etc, etc; pero acordos con lo manifestado en líneas anteriores, reiteramos nuestra inclinación de manera definitiva por la denominación de esta disciplina como "Derecho

Procesal Penal, ya que es tendencia denominar a todas las disposiciones que lo regulan, como "Código de Procedimiento Penales" y no, como en el caso de nuestra ley patria que usa para ese cuerpo de disposiciones jurídico procesales, el nombre de "Código de Instrucción Criminal", cuyo abolengo viene del Derecho Francés.

Así como el Derecho Procesal Penal en su proceso histórico se le ha conocido con distintas denominaciones, su concepto tampoco es uniforme y por tanto expondremos a continuación los que algunos autores han elaborado sobre esta materia, conceptos que en la mayoría de los casos han sido formados llenos de gran subjetividad, valga decir, desde el enfoque personal de sus progenitores. Apuntaremos conceptos de tratadistas que a nuestro criterio ofrecen en forma más completa el alcance y comprensión del Derecho Procesal Penal.

Así, para Javier Piña y Palacios.- "El Derecho Procesal Penal es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el "quantum" de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal".⁶

Ernesto Beling.- "Concibe el Derecho Procesal Penal como la rama jurídica que regula la actividad titular del derecho penal".⁷ Comprendiendo con esta concepción lo que él califica como la justicia penal y la administración de esta justicia penal.

Vicenzo Manzini.- apunta que el "Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas directas é indirectamente sancionadoras que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determi-

(6) Piña y Palacios Javier. Derecho Procesal Penal Pág. 7 - México 1943.

(7) Beling Ernesto. Derecho Procesal Penal, Pág. 1 - Editorial Labor S.A. 1943.-

nación de las condiciones que hacen aplicables en concreto, el derecho penal sustantivo".⁸

Claría Olmedo.- define el derecho procesal diciendo "que es la disciplina jurídica de la afectiva realización del derecho penal, establece los principios que gobierna esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la ley penal sustantiva".⁹

Como podemos apreciar, todas las conceptualizaciones que hemos dejado apuntadas, contienen como denominadores comunes que el derecho procesal penal es: a) un conjunto de normas jurídicas, b) que dichas normas tienen por objeto regular y disciplinar un proceso, y c) que ésta regulación y disciplinamiento tienen por objeto hacer posible la aplicación del derecho penal sustantivo en base a estas características que son comunes en los conceptos dados y los que nos parecen lo suficientemente explicativos y completos del derecho procesal penal, podríamos para finalizar el objetivo de dar un concepto lo más completo posible de esta rama jurídica, apuntar que el derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan y determinan los actos y las formas que deben observarse durante el procedimiento penal con el objetivo primordial de hacer factible la aplicación del derecho penal sustantivo.

3).- EL OBJETO DEL DERECHO PROCESAL PENAL.-

Eugenio Florian en su obra "Elementos de Derecho Procesal Penal", - distingue e individualiza tres momentos fundamentales de la función penal del Estado.

a) el momento de la Conminación abstracta. b) el momento del juicio; y c) el momento de la Ejecución.

(8) Manzini Vincenzo. Derecho Procesal Penal.- Pág. 107 - Editorial Egea B. Aires.

(9) Claría Olmedo Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo I, Pág. 49.- Editorial Egea B. Aires 1960.-

Estos tres momentos se realizan como una consecuencia de la compleja función del Estado, en el cumplimiento de uno de sus objetivos como lo es la represión y prevención de la criminalidad.

El primer momento o sea la fase estática de su función consiste esencialmente en la conminación en abstracto, por medio de la cual el Legislador en su afán de mantener inalterable el orden social y fundamentado en la experiencia que día a día le presentan las distintas acciones humanas, describe los delitos, fija las penas y las Instituciones afines; con esta labor el Legislador no hace más que establecer una previsión de tipo general y abstracta de los delitos y las penas; pero como lo hemos dejado apuntado con anterioridad, la finalidad y objetivo del Legislador no se contenta con la enumeración abstracta de las distintas conductas que violan las normas de derecho penal, ni tampoco en la simple fijación del castigo a estas violaciones, sino que su objetivo es fundamentalmente realista y práctico, persigue pues, la defensa de la sociedad contra la delincuencia y para lograr esta finalidad se hace indispensable al darse los presupuestos procesales necesarios, aplicar la ley penal.

El segundo momento es el del juicio, es decir, el momento Dinámico de la función penal del Estado, este momento se desarrolla y fundamenta en la DETERMINACION, de que ha habido una violación al precepto penal descrito y que por lo tanto se hace de necesidad imperiosa la formación de inculpación frente al sujeto que ha violado la norma y declarar posteriormente la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Tal actividad la desarrolla el Estado por medio de órganos adecuados y previamente designados en la ley, es decir, que la realización del derecho penal debe hacerse mediante un juicio previo a la aplicación de la pena,

esto, es como ya ha sido apuntado, una esencial condición de garantía para los individuos componentes de la Sociedad estatal, a efecto de hacer validero el de recho de la libertad individual.

El Tercer momento es el de la Ejecución, es decir, la realización de la ley penal que ha sido declarada aplicable por el Juez, es el momento en que el Estado provee la ejecución de la condena y de la pena y demás instituciones semejantes, en cuanto que ha habido aplicación del precepto jurídico en abs tracto al caso concreto en particular de la ley penal, que el juzgador ha consi derado adecuado para su aplicación.

De estos tres momentos que desarrolla el Estado en el cumplimiento de la función penal; el denominado estático, o sea, el de la creación de los preceptos jurídico penales en forma abstracta mediante la definición de los delitos, corresponde su estudio al derecho Penal Material; el momento dinámico o del juicio, es en el que se realiza la determinación de la existencia de una in fracción al precepto jurídico penal material, y formula a su vez la inculpación correspondiente frente al autor de éste declarando con posterioridad la aplicación de la ley penal al caso concreto y el tercer momento es el de la Ejecución o de cumplimiento de la condena y de la pena, una vez que ha habido aplicación al caso concreto de la ley penal que el Juez ha considerado aplicable, correspon den estos dos últimos momentos al Derecho Penal Procesal.

Ahora bien, cuando se comete un delito surge al Estado el derecho de aplicar al autor de la infracción, la ley, nace y se constituye entonces una verdadera relación jurídica entre el Estado y el delincuente, correspondiendo al Estado como representante de la Sociedad el derecho y a su vez el deber de a plicar la ley penal; causa de esta relación jurídica es el delito y su fuente

la ley penal, como relación jurídica que es está formada por dos intereses opuestos, por una parte el JUS PUNIENDI del Estado y por otra el derecho establecido a favor del autor del delito, que en esencia es el derecho que tiene de que su responsabilidad esté determinada con anterioridad por la ley, establecido el alcance de la pena y cuya aplicación esté condicionada a los presupuestos procesales y en los límites fijados por la ley.

Esta relación jurídica que nace entre el Estado y el delincuente, es por naturaleza substantiva y concreta, pero también hipotética; antes de la aplicación efectiva de la ley penal hay que encontrar su definición y esta función es propia del proceso, cuya finalidad es: definir una determinada relación de derecho penal entre el Estado y el autor del delito, para el logro de este fin se sirve de un conjunto coordinado de actividades y formas. Luego podemos considerar el proceso penal como el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos en la ley observando ciertos requisitos proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Es decir, trata de definir la relación jurídica penal concreta y eventualmente las relaciones jurídicas secundarias conexas.

De todo lo expuesto, concluimos, que el objeto del Derecho Procesal Penal, es regular y disciplinar el proceso penal, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran; con la finalidad de que mediante el proceso, se realice la aplicación y ejecución de la ley penal.

CAPITULO II

DE LA PRUEBA EN GENERAL.- 1).- LA DOGMATICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.- 2).- SU OBJETO Y FINALIDAD. LA CERTEZA.- 3).- SU CONCEPTO.- 4).- DIVISION DE LAS PRUEBAS.- 5).- LOS SISTEMAS PROBATORIOS.-

1).- LA DOGMATICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.-

La prueba en el procedimiento judicial es susceptible de tomarse en dos acepciones: a veces se entiende que consiste en los medios empleados por las partes para llevar al ánimo del Juez la convicción de la existencia de un hecho; otras comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el Tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a su decisión; en la primera de sus acepciones, lo que llamamos prueba no es otra cosa que el objetivo que persiguen las partes para obtener el convencimiento del Juez en un negocio determinado; su fundamento es la persuasión, descansa en el conocimiento de la verdad; y son la Lógica y la Psicología sus más eficaces auxiliares, por cuanto que para obtener la convicción es necesario tener un dominio de las leyes del raciocinio.

En la segunda de sus acepciones, o sea cuando comprende el conjunto de elementos que toma en cuenta el juzgador en el momento de tomar una resolución sobre una cuestión jurídica que se somete a su decisión, el análisis de la prueba, para quien goza de la facultad de declarar el derecho, es límite de acción y de conducta. Tiende en este caso a la consagración efectiva por la conciencia humana, de aquellas reglas inmutables de justicia por las cuales el hombre realiza el fin ético de la comunidad

En suma, por prueba se entiende todo lo que persuade el espíritu; todo lo que existe en el proceso que puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio".

2).- SU OBJETO Y FINALIDAD: LA CERTEZA

Categoricamente podemos afirmar que el conocimiento de la verdad, eminentemente constituye un proceso de carácter subjetivo, ya que su origen es la conclusión psíquica basada en el convencimiento personal, al trasplantarlo al terreno de la experimentación se objetiviza mediante la posesión de la certeza. La Certeza, es la adquisición de la verdad; y nosotros tenemos por verdadera una cosa, cuando estamos ciertos de ella; pero también puede suceder que nos equivoquemos y que lo que tenemos como cierto no corresponda a la realidad misma; es fácil engañarse y sin embargo estar cierto, pero sí, podemos dudar de lo verdadero y crear lo que es falso, la verdad es, pues, siempre la conformidad de la idea con la cosa, que si pudiera reconocerse absolutamente la certeza equivaldría a la verdad.

Sin embargo, existen ciertos fenómenos en que la verdad se destaca de un modo tal, que la duda se desvanece.

La certeza es una firme y absoluta persuasión, su fundamento está en nuestros propios sentidos, pero también existe la certeza moral o histórica.

El Tribunal puede adquirir la certeza física cuando el hecho se encuentre probado por el testimonio de sus sentidos; verdad es que el Tribunal no puede ser órgano de prueba y Juez al mismo tiempo para juzgar lo que como simple particular ha visto u oído; pero indudablemente que todo aquello que llega a conocer en el ejercicio de sus funciones por medio de sus propios sentidos, puede

tenerlo por probado, así por vía de ejemplo, la inspección personal practicada por el Juez, el reconocimiento de alguna persona u objeto, constituye la certeza física, que por ser la más segura, es la que en realidad más nos satisface.

Como lo hemos dejado apuntado, tenemos también la existencia de otra forma de certidumbre: La Certeza Moral que por naturaleza es eminentemente subjetiva, ya que como lo sabemos, se funda en la confianza que al Tribunal merecen determinados órganos de prueba.

Las Leyes procesales establecen preceptos jurídicos que los jueces deben observar en la valorización de las pruebas. Es del caso aclarar aquí que en el sistema conocido como de la prueba legal o tasada tiene una efectividad relativa, porque sin cuidarse del convencimiento íntimo del tribunal, le impone la necesidad de juzgar de la certeza con ciertas limitaciones, consagrando el absurdo de considerar como infalibles determinados fenómenos de carácter artificial y subjetivo.

3).- CONCEPTO DE LA PRUEBA.-

Habiendo establecido en forma somera la dogmática de la prueba en el procedimiento judicial, su objeto y finalidad en la adquisición de la verdad objetivizada mediante la posesión de la certeza; trataremos de dar un concepto de la prueba para luego apuntar la división de la misma. Y para el desarrollo de este punto tenemos que decir: qué es la prueba y qué cosa es probar; y hemos de advertir que las pruebas tienen su apareamiento hasta que existe la organización de un poder, de un tribunal que decide las diferencias que surgen entre los hombres, como una consecuencia natural de sus relaciones de convivencia en la sociedad; hemos de apuntar también que las pruebas eran los medios que los -

contendientes usaban para llevar a los juzgadores el convencimiento de que la justicia les asistía, para así demostrar el derecho bajo el cual amparaban sus pretensiones.

Para llegar a un concepto de prueba, expondremos algunos, que nos parecen más completos, de los tradistas que hemos consultado para ello.

Niceto Alcalá conceptúa la prueba como el conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio, dice él, de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta. Dicho cercioramiento sólo puede emanar de dos fuentes: la aportación de las partes, por sí, como la confesión; la declaración libre, presentación de documentos que obren en su poder o mediante terceros por ellos propuestos, como los testigos, peritos, etc. y la averiguación judicial. La primera prevalece en el proceso civil, fuertemente dominado por la iniciativa de las partes y que, por lo mismo, suele contentarse con la denominada verdad formal o aparente, mientras que la llamada Material, real o efectiva goza de mayor predicamento en el área del enjuiciamiento penal y donde el principio de oficialidad dispone de más amplias y frecuentes oportunidades.

Eugenio Florian en su obra "Elementos de Derecho Procesal Penal", apunta que se entiende por prueba "todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual aquel termina"; pero en lenguaje jurídico, aclara, la palabra prueba tiene varios significados; y efectivamente, no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y la certeza del hecho o caso, sino también es el

(1) Méndez, José María. La Confesión en Materia Penal. Servicio de Publicaciones Facultad de JJ. y CC. SS..-

resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo; y debido a esa heterogeneidad de acepciones, fija, como elementos precisos integrantes de la prueba, el objeto, órgano y medio, elementos que no examinaremos porque en el desarrollo de este trabajo se establecen de manera general.

(2)

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

(3)

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

(4)

Bonnier apunta que "las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad".

Prueba: como la acción de probar, de hacer prueba, como cuando afirmamos que al actor incumbe la prueba de los hechos alegados por él. Y por último por prueba designa el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. En este sentido se dirá que hay o no prueba, con que no hay prueba se entiende de que no existen en el proceso elementos de juicio acumulados, (medios de prueba, primera acepción) ni tampoco se hayan rendido por las partes (segunda acepción) sino que dichos elementos son insuficientes para determinar la convicción o lo que es igual, que no existe en el juez el estado de conciencia llamado certeza.

Y para concluir esta gama de conceptos acerca de la prueba, anota-

(2) Méndez, José María. La Confesión en Materia Penal. Servicio de Publicaciones Facultad de J.J. y CC. SS.

(3) y (4) Ob., cit. Publicaciones de la A.E.D.

remos el concepto que nuestro cuerpo de leyes de Procedimientos Civiles, nos da en su artículo 235 que reza así Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido.

Como podemos advertir en las conceptualizaciones apuntadas, en unas de una manera general y en otras de modo más concreto, están contenidos los elementos que aplican a la prueba en el concepto jurídico procesal que es el que para nosotros tiene un mayor interés y por ello acorde con nuestro derecho positivo aceptamos como correcta la definición que de prueba contiene nuestro Código de Procedimientos Civiles.

4).- DIVISION DE LAS PRUEBAS.

Habiendo establecido el objeto y finalidad de la prueba, así como su concepto, pasaremos a hacer un estudio sobre la división de las pruebas. Sobre este aspecto existen variadísimos criterios, distintos enfoques, pero en la elaboración de esta división de las pruebas, seguiremos el criterio que Nicolás Framarino, hace en su obra "Lógica de las pruebas en materia Criminal".⁵

La prueba puede ser considerada desde dos aspectos: ya en cuanto a su naturaleza y a su producción, ya en cuanto al efecto que origina en la mente ante quién ha sido producida.

La prueba considerada en cuanto a su naturaleza y a su producción es el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu y como éste puede llegar, en relación con un objeto y por intermedio de las pruebas, ya a la simple credibilidad ya a la probabilidad, o a la certeza, lue-

(5) Framarino Dei Maestro Nicola, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1964.-

go resultan pruebas de credibilidad, pruebas de probabilidad y pruebas de certeza. Como consecuencia, la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano con respecto a sus especiales estados de credibilidad, de probabilidad y de certeza.

La prueba tiene un objeto y un sujeto. En materia procesal penal, el objeto de la prueba concreta es el hecho delictivo que quiera probarse, los sujetos de la prueba son la cosa y la persona que prueban.

Ahora bien, como el delito considerado en concreto es sumamente variable, consecuentemente la prueba tiene en materia procesal penal, objeto - sumamente variable.

La cosa y la persona que prueban son, también a su vez, realidades contingentes y variables hasta lo infinito en sus individualidades o cosas concretas; por ende resulta que también el sujeto de la prueba en materia procesal penal es en concreto sumamente variable.

El objeto máximo del proceso penal es la comprobación del delito en su individualidad objetiva y subjetiva. ^{C. y el delincusato?} El proceso penal en su integridad no tiene importancia en lo relativo a la producción de las pruebas, sino que su importancia radica desde el punto de vista de la certeza que se haya logrado o no en cuanto al delito; ya que es necesario que todo proceso debe tener su conclusión normalmente en una condena o en una absolución; y es precisamente la certeza que se haya adquirido acerca del delito lo que hace justa y legítima la condena, así como la duda o la inexistencia de certeza sobre el delito es lo que hace obligatoria la absolución.

Las pruebas en cuanto a su naturaleza puede considerarse desde tres aspectos igualmente esenciales; en cuanto al objeto, la prueba se divide en directa e indirecta; en cuanto al sujeto, en personal y real; y en cuanto a la forma, en testimonial, documental y material.

Establecida esta clasificación de la prueba en cuanto a su naturaleza, nos ocuparemos brevemente de cada uno de los aspectos en que está considerada.

Prueba directa é indirecta. Las pruebas jamás son el hecho mismo, sino que son la forma de conocerlo, este conocimiento es posible adquirirlo de dos maneras: a) por la simple percepción de parte del Juez, de tal manera que para adquirir el conocimiento del hecho le basta valerse de sus propios sentidos, así como cuando examina un cadáver o reconoce el rompimiento de una cerradura, b) por la percepción poniendo además en juego su inteligencia que hace que se tenga por cierto un hecho no conocido directamente.

Esta es la razón de la división de las pruebas en directas é indirectas, en razón que el sujeto de ellos se refiere de una manera directa a la cosa que se quiere averiguar, la cual es evidente con solo la presentación del sujeto, o en razón que el sujeto se refiere indirectamente a la cosa que se quiere averiguar, la cual se pone en evidencia no sólo con la presentación del sujeto de la prueba, sino mediante un proceso de raciocinio la parte del juez.

Es innegable que en toda prueba existe un proceso de raciocinio que hace establecer la verdad de lo que revelan las cosas o las personas, si el juez halla el raciocinio de manera preestablecida, debido a la existencia de normas jurídicas que determinan que ciertas revelaciones deben considerarse ciertas, se está en presencia de pruebas directas; y si por el contrario la ley deja al Juez en la libertad de poder apreciar la calidad de los testimonios que se le presentan y de deducir sus lógicas consecuencias, se está en presencia de pruebas indirectas.

Debido a la distinción apuntada se encuentra la razón de ser de esta clasificación y la importancia de su conocimiento, pero se hace necesario aclarar que su importancia específica está fundamentada solamente en el sistema de las pruebas legales o tasadas ya que en el sistema de la libre apreciación todas las pruebas se considerarían como indirectas, por la sencilla razón de que el juez haría la deducción de las consecuencias ejercitando en forma libre su raciocinio para hacer la valoración de las pruebas.

PRUEBA PERSONAL Y PRUEBA LEGAL.- Los medios de dar fé de los hechos, son las personas o son las cosas; se llega a la convicción de un hecho, ya sea por que una persona da fé de él, o por la presencia de una cosa que lo denota, es en atención a este origen que se hace la división de la prueba en personal y real, división ésta en la cual está comprendida toda clase de prueba.

No es suficiente para conocer la naturaleza de una prueba en la división anotada el conocimiento de su origen; no es suficiente para su división correcta el conocimiento si es una persona o una cosa la que la produce. Es indispensable determinar con la mayor exactitud posible en este plano de la ciencia jurídica el concepto de persona opuesto al de cosa; personas y cosas se caracterizan bajo este aspecto por la calidad de lo consciente ó inconsciente del testimonio.

Hecha esta aclaración podemos apuntar que prueba personal es aquella producida de manera consciente, ayudada en su materialidad por la luz de la inteligencia; y por el contrario prueba real es aquella producida en forma inconsciente.

Ahora bien, la lesión que presenta una persona es prueba real; de tal manera que no siempre la persona dá origen a una prueba personal.

La prueba real es la cosa patente en su inconsciencia, que delata el hecho, como característica de ella tenemos su originalidad y su naturaleza inconsciente.

El carácter de originalidad de la prueba se determina por la presencia del sujeto intrínseco de ésta ante el juez; hay por lo tanto pruebas originales y pruebas que no lo son. La prueba personal tiene dos sujetos; el que presencié el hecho o sufrió sus consecuencias y el que se presenta en juicio. El primero es el sujeto intrínseco de la prueba, el segundo el extrínseco. Una prueba es original cuando el sujeto intrínseco se presenta en juicio, es decir cuando el sujeto establece por sí solo la prueba. Si Juan manifiesta que Pedro le contó haber presenciado un delito, la prueba vertida no es original; pero si Juan manifiesta haber visto la comisión de un delito, la prueba vertida sí es original; por eso en esta prueba el sujeto extrínseco, el que se presenta en juicio, se confunde con el intrínseco, el que lo presencié o sufrió sus consecuencias.

Aclarado está, que la prueba material siempre es original, que no se logra sino por la presencia de las cosas. Si una persona dá fé de haber visto un cadáver, la clase de prueba recibida es personal y no real ya que el medio usado para la consecución de la certeza judicial es la persona y no la cosa, aunque el testimonio de la persona se refiera a la existencia de la cosa. Es indispensable para que haya prueba real que el juez perciba directamente la cosa testificadora; establecido lo anterior, existe la interrogante de que

si la persona puede dar lugar a la producción de prueba material, y la respuesta es afirmativa pero siempre que el testimonio de la persona sea inconsciente, dado que la persona y la cosa están separadas por el límite de la conciencia de tal modo que el testimonio inconsciente de una persona constituye testimonio de cosa.

Todas las manifestaciones inconscientes de la persona son prueba real, tal es el caso del lesionado, citado anteriormente, o el del jacto involuntario de duda de un testigo que sería prueba en contra de su veracidad.

Sírvanos, pues, para establecer la distinción de si una prueba es real o personal, el conocimiento de su naturaleza consciente o inconsciente, concluyendo que es la conciencia el único término diferencial.

PRUEBA TESTIMONIAL, DOCUMENTAL Y MATERIAL.- Hemos dejado dicho, que la prueba en cuanto a su forma, en cuanto a la manera como se presenta ante el juez, se divide en testimonial, documental y material.

PRUEBA TESTIMONIAL.- Es la vertida oralmente por persona a presencia del juez, o que, no siendo rendida en esta forma es capaz de reproducción oral.

En la prueba testimonial se comprende la declaración de testigos, la del ofendido, la del indiciado y el dictámen de peritos. Lo que caracteriza la prueba testimonial es su oralidad, que puede ser oralidad efectiva u oralidad potencial; es potencial, cuando la declaración no ha sido recibida directamente por el juez, sino que le ha llegado por escrito; pero que aún así, es susceptible en cualquier momento de ser recibida personalmente por el juez;

esto aclara por que deben ser consideradas como pruebas testimoniales las declaraciones de testigos redactadas y escritas por ellos mismos o recibidas por un funcionario que no es el juez.

PRUEBA DOCUMENTAL.- Es la declaración de una persona consignada en un escrito no hecho ante el juez, irreproducible oralmente.

La prueba testimonial y documental, se confunden, pues ambas provienen del testimonio de una persona; lo que establece su diferencia en la oralidad, que es real o posible en la prueba testimonial é imposible é inútil en la prueba documental.

La prueba testimonial nace ante el Juez, es apreciada por éste en su formación; en cambio la prueba documental llega ante el juez ya formada, hecha.

El testimonio de la persona queda estampado en el escrito y ésta adquiere vida por sí solo, siendo lo que el juez aprecia, el testimonio ya diferido que da valor a la escritura.

Consignada una declaración en un instrumento, éste se vuelve una prueba viviente, que habla por sí sólo.

En la prueba testimonial el hecho nos lo revela la persona, en la documental el hecho es revelado por el escrito.

LA PRUEBA MATERIAL.- Es la que se produce por medio de las cosas es la forma de presentación de la prueba que ya conocemos como real; y todo lo que hemos dejado establecido acerca de la prueba real, le corresponde a la

prueba material; por consiguiente, dejamos hasta aquí terminada la división de las pruebas clasificadas en la forma que hemos dejado apuntada.

5).- LOS SISTEMAS PROBATORIOS.

En la Teoría General de la Prueba, se han consagrado distintos sistemas, los cuales en posteriores capítulos trataremos con mayor amplitud, - analizando en lo posible su origen histórico, su aplicación en nuestro derecho y un análisis crítico de los mismos. Por ahora bástenos con enunciarlos, para luego entrar a su desarrollo en la forma que arriba dejamos enunciada.

Así tenemos: a) el Sistema de las pruebas de Conciencia, llamado también Sistema Libre, de la Libre Apreciación de las pruebas, de La Intima Convicción, el que se implantó inicialmente en los juicios; b) el Sistema de la Prueba Legal o Tasada tuvo su origen y perfección en el Derecho Canónico; y c) el sistema moderno de valoración de las pruebas, denominado Sistema de la Prueba Razonada o de la Sana Crítica.

CAPITULO III

1).- NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LOS SISTEMAS GENERALES DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS.-

OPINIONES DE.- a) Alcalá Zamora y Castillo.-

b) Lessona.-

c) Couture y Velez Mariconda. La Posición Correcta.-

Cuando de Sistemas Probatorios se trata, es frecuente encontrar que los tratadistas hagan mención de sólo dos sistemas: El de la prueba legal o tasada y el de la prueba libre, de conciencia ó de la íntima convicción del juzgador; y al analizar la existencia de estos dos sistemas, se les presenta -- como antagónicos caracteres de una pieza, mostrando al sistema de la prueba legal o tasada plagado de aberraciones y errores y al sistema de la prueba libre, de conciencia o de la íntima convicción, lleno de perfecciones y de aciertos; pero, a decir verdad, como posteriormente quedara demostrado, éstos no se reducen a dos sistemas únicamente y tampoco sus esencias y características no se conforman como el ser el uno un mar de errores, ni el otro el prototipo de la perfección.

Los pocos tratadistas que hemos podido consultar par la elaboración de este tema, tienen sus variantes al respecto y consideramos de suma importancia ocuparnos de sus puntos de vista, para luego enfocar con la mayor -- certeza posible, la delimitación que consideramos correcta de los distintos -- sistemas probatorios.

a) Así, tenemos que el Profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo

en su obra "Estudios de Derecho Probatorio"¹, nos cita los sistemas Ordálico, legal, libre y razonado, dejando fuera los sistemas de tipo intermedio o mixto; apuntando que el sistema Ordálico tiene para los pueblos cultos un interés esencialmente histórico y que el otro sistema de gran aplicación en países de pensamiento jurídico más avanzado, es el Sistema de La Sana Crítica, que también se le pueda denominar sistema de la Apreciación Razonada de la prueba; haciendo énfasis que éstos cuatro se escalonan no específicamente en cuanto a su aspecto cronológico, sino más que todo al progreso técnico que determinan y les caracteriza, pudiéndolos agrupar así: a) Ordálico, b) Legal o de la Prueba Tasada, c) Libre Apreciación de la Prueba, y d) De La Apreciación Razonada de la Prueba.

El mismo Profesor Alcalá agrupa estos sistemas en dos sectores, - tomando en cuenta para ello la actividad psíquica que al juzgador se exige y con este criterio establece la distinción que a primera vista parece sutil, pero que en realidad es profunda, distingue entre sistemas de valoración a priori, que está constituido por el Ordálico, y el legal; y sistemas de Apreciación a posteriori, que lo constituyen el de la Libre Convicción y el de la Sana Crítica.

En los dos primeros sistemas el juzgador se limita a comprobar la producción o no de los acontecimientos o requisitos condicionantes de la prueba, establecidos según creencias o normas que excluyen o cercenan su potestad de apreciación; por lo anteriormente apuntado, el Sistema Ordálico y el Legal se podrían designar también como Sistemas de Valor extrajudicial de la prueba, ya que en estos casos la misión del juzgador queda reducida de manera simple al papel de testigo, fedatario o fiscalizador de su resultado; y, por el con-

(1) Alcalá Zanora y Castillo, Niceto. Estudios de Derecho Probatorio, Pág.32
Concepción Chile, 1965.

trario, los sistemas de la Libre Convicción y de la Sana Crítica se pueden designar como los genuinos sistemas de apreciación de la prueba, puesto que en estos casos el juzgador está llamado a pronunciarse sobre ella, con facultades, no de mera comprobación, sino que con facultades de opción.

b) Carlos Lessona en su obra "Teoría General de las Pruebas en Derecho Civil"²; sostiene y fija en tres los sistemas de Apreciación de las pruebas, en que el juzgador puede fundamentar sus resoluciones en los casos a él sometidos para su decisión. Los clasifica así:

1.- El Sistema de la Prueba Positiva o Legal, en el cual todas las pruebas tienen un valor inalterable y constante. Valga decir, un valor matemático, con absoluta independencia del Juez, cuya misión está limitada a la aplicación de la ley a los casos concretos que ante él se controvierten.

2.- El Sistema del Intimo Convencimiento.- Sistema éste en el que la verdad jurídica pende por completo de la conciencia del Juez. Este no está ligado por ninguna regla legal y juzga de los hechos litigiosos únicamente a la medida de impresión que las pruebas recorridas o exhibidas por las partes han hecho en su ánimo y consecuentemente no está obligado a dar cuenta de los medios, por los cuales ha llegado a formarse determinada convicción.

3.- El Sistema de Persuasión Racional, en el cual el juzgador debe pasar con justo criterio lógico al valor de las pruebas producidas, y puede tener como cierto, como verdadero el hecho ante él controvertido, solamente sobre la base de las pruebas que excluyen toda duda de lo contrario. La verdad jurídica en éste sistema está fundamentada, no en la impresión, sino en el dictado de la conciencia del juez, a quien no le es permitido juzgar simplemente, según

(2) Ob. cit., pág. 355 No. 32°, Edic. No. 3

su criterio individual, sino fundamentado en las reglas de la verdad histórica, que está obligado a razonar.

Se ha criticado la clasificación anterior del Profesor Lessona, formulándola las siguientes objeciones: Que los sistemas del Intimo Convencimiento, de la Persuación Racional y de la Libre Apreciación de las pruebas, - tienden a confundirse, pues es sumamente difícil lograr establecer la separación de un fallo de impresión de uno de libre apreciación o de persuasión racional, ya que ambos tienen como fundamento una condición subjetiva esencial del Juez, y más pareciera que el primero es aquel en que la sentencia se dicta sin sujetarla a regla alguna de apreciación y sin la obligación de exponer las razones que fundamentan la impresión; mientras que en el segundo sí debe el Juez apreciar las pruebas con un criterio de Sana Crítica y, consecuentemente, se puede afirmar que el sistema de la persuasión racional de Lessona, es en el fondo el de la libre apreciación de la prueba.

c) Eduardo J. Couture acepta como sistemas probatorios, a) el sistema de Libre Convicción, b) el sistema de la Prueba Legal o Tasada, y c) el sistema Racional o de la Sana Crítica.³

Da el Profesor Couture, al sistema de la Prueba Legal, sus características, sus fundamentos, por decirlo así, tradicionalmente aceptados.

Llama la atención en esta clasificación, la distinción que hace entre el sistema de "Libre Convicción" y el de la "Sana Crítica".

Según escribe, el sistema de la "Libre Convicción", debe entenderse como aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que

(3) Couture, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, págs. 173 y sigs.

el proceso exhibe al juez, ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Dentro de ese método, expresa, el "Magistrado adquiere el convencimiento", con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos". En cuanto al sistema Racional o de la Sana Crítica, apunta - que es sin duda el más eficaz de la valoración de las mismas, ya que en esta apreciación de la prueba, no existen los excesos de la prueba legal que conducen en muchos casos a consagrar soluciones contrarias a la convicción del Juez, y tampoco existen los excesos a que la arbitrariedad del Magistrado podría conducir en el sistema de la libre convicción, tomado éste en sentido absoluto.

De una manera bastante gráfica hace distinción entre los sistemas de prueba legal, libre convicción y Sana Crítica, expresando que en el sistema de la prueba legal, el Legislador le dice al Juez: "Tú fallas como yo te lo digo"; en el sistema de la libre convicción le dice: "tú fallas como tú conciencia te lo diga"; pero en el sistema de la Sana Crítica, después de haber dado al Juez facultades para completar el material probatorio suministrado por las partes, le dice: "Tú fallas como tu inteligencia te lo indica, razonando la prueba, de acuerdo con tu experiencia de la vida y con la ciencia que pueden darte los peritos".

Estas mismas ideas anteriormente expuestas por Couture, las concreta en su obra "Las Reglas de la Sana Crítica, en la apreciación de la Prueba Testimonial",⁴ pero haciendo referencia específicamente a la prueba de testigos, al apuntar expresa: "En el principio de la prueba legal el juez debe aceptar el dicho de los testigos; como ocurría en el precepto de las Partidas,

(4) Reconstrucción de una Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de Buenos Aires el 27 de Julio de 1940.-

que tuvo su vigencia hasta el tiempo de la codificación, a tenor del cual dos testigos válidos conformes constituían plena prueba.

En el principio de la libre convicción, el Juez puede advertir en su fallo que si bien los testigos son válidos y declaran en forma concorde, su conocimiento personal de los hechos y su convicción moral le llevan a no aceptar como cierto sus dichos. El fallo será válido aún cuando, sin análisis ni razonamiento alguno, prescinda de la declaración de los testigos. Dentro de este sistema, al Juez le es permitido, por ejemplo, decir en la sentencia: "No obstante la prueba producida, los hechos han ocurrido de manera diferente, lo que me consta por haberlos presenciado".

En el principio de la Sana Crítica, el Juez puede aceptar o rechazar libremente la declaración de los testigos, pero para rechazar declaraciones aparentemente armónicas de testigos válidos deberá examinar en el fallo la razón de su actitud. Podrá establecer, que el primero de los testigos declara conocer los hechos por referencia de la parte que los presenta, que el segundo no puede por falta de experiencia de la vida, haber advertido detalles y pormenores de la índole de los que suministra, que el tercero refiere un episodio ocurrido a una distancia que lo hacía imperceptible etc., etc. etc.

Dentro de este sistema, no le sería consentido al Juez aplicar su conocimiento personal de los hechos. Para rechazar la prueba de los testigos deberá apoyarse en hechos probados en el juicio.

Luego de dejar anotadas las anteriores clasificaciones de los sistemas probatorios, podemos advertir que el sistema o principio que Couture denomina "Libre Convicción", es el designado por Lessona como del "Intimo Conven-

cimiento y el de la Sana Crítica al de la Persuasión Racional .

d) Alfredo Velez Mariconde⁵ al clasificar los sistemas probatorios reconoce como tales, el de la Libre Convicción y el de la Prueba Legal o Tasada, dejando por fuera, al igual que otros tratadistas, el sistema Ordálico, y los denominados mixtos o intermedios.

Con relación al Sistema de la Sana Crítica, lo rechaza como un sistema autónomo e independiente sin que por ello le niegue cierta importancia en su función en el campo de apreciación de la prueba.

Sostiene que este sistema no es más que una de tantas manifestaciones como el principio de fundamentación que tiene en el proceso, desde la iniciación del mismo hasta la sentencia, pasando por la razón de ciencia del testigo que la sana crítica es de gran valor para el Juez, siempre que el Legislador le confiere libertad para usarla, pero emarcándola siempre dentro de la Libre Convicción.

En la clasificación de los sistemas probatorios sostenida por Mariconde, llama la atención la diferencia que establece entre el Sistema de la Libre Convicción y el que él denomina Intima Convicción.

En el fondo de su tesis, pues, establece la existencia de tres sistemas probatorios distintos el de la Prueba Legal o Tasada, el de la Libre Convicción y el de la Intima Convicción, dándole a este último un alcance más limitado, cuando lo vincula de manera exclusiva con el Jurado Popular y los Tribunales de Honor.

En el caso del Jurado Popular, que es el único que acá trataremos,

(5) A propósito de Libre Convicción y Sana Crítica, Niceto Alcalá-Zumora y Castillo, Estudios de Derecho Probatorio, págs. 70 a 77.

sostiene que éste decide sin dar razón alguna de justificar sus pronunciamientos y como consecuencia estima que no juzgan de acuerdo a la Libre Convicción, sino de conformidad a su íntima convicción y añade que el principio de la Libre Convicción está entre los excesos: el del principio que obliga al Juzgador a fallar IUXTA ALLEGATA ET PROBATA y el que lo autoriza en cambio a tomar su decisión SEQUENDUM CONSCIENTIAM.

Es crítica de su posición, argumentándole que es más aceptable la divergencia entre prueba de Libre Convicción y prueba de Conciencia y no la divergencia entre Libre e Intima Convicción, ya que lo libre e íntimo no se contraponen, de tal forma que las dos notas deben de concurrir en la apreciación de la prueba. Si existe separación entre ellas es en el sentido de que la llamada Libre Convicción no traduzca la Intima Convicción, o bien en el que la llamada Intima Convicción no sea libre, ya sea por que haya intervención de coacción, prevaricación o soborno.

Además, si a íntimo le damos el alcance, no de oculto, secreto o reservado, sino de creencia arraigada en el interior de nuestro ser, podría muy bien suceder por diversas causas, que el veredicto del Jurado, y a criterio de algunos también la sentencia del Juez de Derecho, no fueren la exteriorización fidedigna de aquella.

No obstante pues, que Naricon'e establece solamente dos sistemas básicos de la apreciación de las pruebas: el de la prueba legal o tasada y el de la Libre Convicción, concluimos que por la diferencia que establece entre la Libre Convicción y la Intima Convicción, considera ésta última como un sistema de apreciación distinta aunque como lo dejamos anotado lo limita a los -

Tribunales de Honor y al Tribunal del Jurado.

Las niega además autonomía como sistemas probatorios a los mixtos o intermedios y al principio de la Sana Crítica.

Llegados a este punto, exponeremos la clasificación de los sistemas probatorios que a nuestro entender nos parece la correcta.

No estamos de acuerdo con la tesis de la existencia de sólo dos sistemas probatorios autónomos: el de la Libre Apreciación de la prueba y el de la Prueba Legal o Tasada, considerando que los otros sistemas de que se ha hecho mención, quedan comprendidos en estos dos sistemas.

Los que así opinan argumentan a favor de esta tesis, que el sistema de la Persuasión Racional o de la Sana Crítica carece de autonomía y está comprendido en la Libre Apreciación de la prueba.

Que entre los sistemas de la prueba libre y la legal o tasada, no existe jurídicamente hablando, ningún criterio intermedio que pueda tener validez propia.

Que el sistema de la persuasión racional, en que se relaciona la apreciación de la prueba a las reglas de la Sana Crítica o del criterio humano no constituye un tercer género como sistema probatorio; ya que en campo estrictamente jurídico no existen más que dos soluciones posibles: Sumisión o disvinculación a las reglas del derecho.

Que las reglas de la Sana Crítica o tienen su definición jurídica por la ley o la jurisprudencia y en consecuencia tienen el valor de preceptos

de derecho y hacen de la prueba tasada, o bien no se consideran como tales, sino con el valor de simples indicaciones y por lo tanto la prueba sigue siendo libre, con lo que hace alusión a los principios de la sana crítica como sistema probatorio autónomo, resulta, aunque no prácticamente, teóricamente estéril.

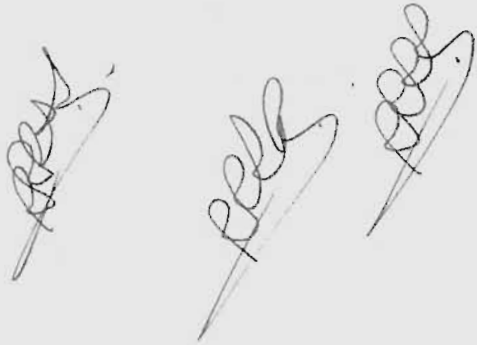
No obstante, la apariencia lógica del anterior razonamiento, nosotros tomamos partido por la clasificación que de los sistemas probatorios hace el Profesor COUTURE, valga decir: El sistema de la Libre Convicción que - cuando analicemos en particular este sistema, veremos que en materia penal, que es la que nos interesa en el desarrollo de este trabajo, es normativo de un régimen de justicia propiamente dicho, ya que en nuestro sistema procesal penal tiene plena vivencia el Jurado Popular para decidir cuestiones de hecho a efecto de fallar desde este punto de vista de apreciación sobre la culpabilidad o inocencia de un procesado.

El Sistema de la Prueba Legal o Tasada que se puede afirmar, es el que sigue nuestro procedimiento penal, aunque como lo dejaremos ver en su análisis particular, no lo rige con estricta adecuación matemática.

El Sistema Racional o de la Sana Crítica, que tácitamente y de manera expresa en recientes reformas a nuestro Código de Instrucción Criminal, - ha introducido el Legislador a nuestro derecho positivo.

En suma, seguiremos al Profesor Couture, en la clasificación de los sistemas de apreciación de las pruebas, con ciertas reservas que al analizar en forma más amplia cada uno de ellos dejaremos apuntadas.

Llegados a este punto, pasaremos luego a estudiar los distintos sistemas referidos. Estableciendo su relación histórica, sus fundamentos, un análisis crítico de ellos y el campo de aplicación en nuestro derecho.



Three handwritten signatures or initials, possibly 'R.R.S.', arranged horizontally.

CAPITULO IV

EL SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE.- 1).- RELACION HISTORICA.- 2).- -
FUNDAMENTO DEL SISTEMA Y ANALISIS CRITICO.- 3).- EL SISTEMA LIBRE Y NUESTRO
DERECHO.

1).- RELACION HISTORICA.-

En la relación histórica de los distintos sistemas probatorios, es de singular importancia hacer una relación del desarrollo evolutivo del Proceso Penal; veámos, pues, aunque sea someramente, la evolución del Proceso Penal y su conexión con el sistema Libre de la Prueba.

Realizada la conquista de la magna é inmortal Grecia por las huestes del Cónsul Flaminio, los pueblos sojuzgados por Roma lograron la conquista del vencedor debido a su capacidad cultural mucho más avanzada; y en ésta forma se trasplantaron al Lacio las instituciones jurídicas griegas y como una consecuencia de ello el Foro Romano heredó la brillantez y el esplendor de esas instituciones, que luego fueron perfeccionadas por el fino espíritu jurídico latino.

El proceso penal desarrollado por los romanos superó poco a poco al griego, esto es, a medida que Roma recibe el conocimiento de sus preclaros juristas. Desaparecido el sistema político Republicano en ésa, se introdujo un nuevo concepto jurídico en la legislación y se reconoció, con el advenimiento de las Constituciones Imperiales, que precedieron a los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, la opinión de las jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, los cuales llegaron a tener plena autoridad legal por de-

creto de Valentiniano III en el año 426. En este período en la decisión de toda clase de litigios quedaba la apreciación de la prueba al libre arbitrio de los jueces.

No importa mucho extendernos más en la evolución histórica del Proceso Penal antiguo; por ello sólo agregaremos que su estructuración se basa en el sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio, distinguiéndose por el reconocimiento de los principios de publicidad y oralidad.

Existía una absoluta independencia entre las funciones reservadas en forma exclusiva al acusador, que era el ofendido, y los que le correspondían al acusado y al Juez; prevalcía una absoluta separación en las funciones que desempeñaba cada una de las partes, y no era posible que hubiese proceso sin la concurrencia de las tres funciones; la función acusatoria y decisoria se apoyaban en el Jus Puniendi, pero se distinguían en que la función acusatoria tenía por objeto perseguir a los transgresores de la ley por medio del procedimiento judicial, mientras que la función decisoria se concretaba a decidir sobre una relación de Derecho Penal en un caso determinado y en cuanto a la técnica de la prueba el proceso penal antiguo se caracterizó por que los Jueces resolvían las cosas sometidas a su decisión según su propia conciencia, sin estar sujetos a ninguna regla legal.

Podemos comprobar, pues, que en la apreciación de las pruebas por medio del sistema libre, denominado también Sistema del Intimo Convencimiento, constituyo desde los tiempos antiguos el sistema probatorio por excelencia. El juez disponía de la más amplia libertad, no exclusivamente en lo relativo a la determinación de los medios de investigación, sino que además para apreciar su

eficacia jurídica.

Es innegable que por las costumbres de la época, se realizaban actos como el de hacer sufrir al acusado ciertas experiencias, denominadas Ordalías, que hoy chocan a la conciencia humana común y no digamos a la conciencia del jurista, pero estas experiencias en ningún momento tenían el valor de obligar la decisión del juzgador, quien gozaba de absoluta libertad de criterio y sólo en la aplicación de la cuestión penal.

Así: en Egipto, el medio preponderante de investigación, era la tortura del presunto delincuente, conociéndose además la prueba de testigos y la confesión, teniéndose como características del proceso, la publicidad y la oralidad, no estando obligados los jueces a dictar condena si no estaban convencidos de su procedencia, cualquiera que fuera el resultado de las pruebas.

Entre los Hebreos se concedía al reo la elección de un tribunal local o de Jerusalén, se admitían muchas tachas en los testigos, no se daba valor al testimonio del acusado cuando le era perjudicial, los debates eran así mismo públicos y orales; y la sentencia absolutoria se declaraba desde luego ejecutoriada pero la condenatoria exigía su ratificación al siguiente día, debiendo el juez fallar con absoluta libertad de conciencia.

Como ya lo hemos visto anteriormente, en Roma prevaleció en materia civil y penal el mismo principio de la libertad del Juez para la apreciación de las pruebas. Y aún en los primeros tiempos, de la legis actiones, no obstante su carácter ritual ante el Magistrado, el juez apreciaba la prueba según los dictados de la razón. Este es el origen, pues, de las pruebas morales, de la libre convicción o de la libre apreciación.

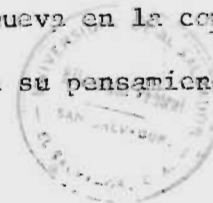
Posteriormente este sistema de la libre apreciación de las pruebas ha tenido vigencia en muchas legislaciones y ha sido consagrado por los códigos penales del siglo pasado, como garantía de los derechos individuales del ciudadano.

Sobre la libre apreciación de las pruebas afirmamos: El derecho en su evolución se ha dirigido en general a la libre apreciación del juez y ya no son más las reglas formales del derecho medieval, sino la consideración de los hechos y la libre apreciación del juez las que deben dirigir la investigación de la verdad en todos los casos concretos sometidos a su fallo, y la opinión universal considera que es el método para provocar el conocimiento de la verdad y que el espíritu moderno no puede tolerar el formalismo de los siglos pasados.

Después de haber expuesto someramente la evolución histórica del Sistema de la Prueba Libre, abordaremos el punto de los "Fundamentos del Sistema y análisis crítico del mismo".

2.- FUNDAMENTO DEL SISTEMA Y ANALISIS CRITICO.-

El fundamento de la Prueba Libre, denominado también como hemos de jado establecido Sistema de la Libre apreciación y de la Intima Convicción, estriba en la confianza que el legislador tiene en la conciencia, en la imparcialidad y la capacidad del juez, obrando la esperanza de que este sistema ha de resultar más conforme a la verdad en cada caso particular, y tiende por ello a conceder flexibilidad absoluta al juez para que forme su convencimiento y análisis de los elementos probatorios, sin trabas para impartir verdadera justicia: dicho de otra manera, se pretende que la conciencia del juez se mueva en la compleja función de administrar justicia sin ligámenes que encadenen su pensamiento.



to y lo obliguen conscientemente a separarse de lo que él percibe ser realmente la verdad de los hechos que provocan el litigio judicial a la luz de las pruebas aportadas.

Niceto Alcalá cuando trata el sistema de la prueba libre, sostiene que en sentido estricto es aquella que traduce no tanto la Intima Convicción del juez acerca de los hechos del proceso, como su voluntad en cuanto a la fijación de los mismos.¹

Esta distinción últimamente establecida es de vital importancia por que la convicción verdaderamente íntima sólo Dios y el propio juzgador la conocen; mientras que lo que la sentencia recoge es tan solo una exteriorización que puede o no coincidir con aquella, ya que resulta difícil establecer la separación entre la íntima convicción y su expresión externa, o entre ésta y los resultados efectivos de la prueba. De tal manera que, aún en contra de la generalizada opinión, la prueba libre no sea exponente del liberalismo procesal, sino de dictadura judicial, puesto que según la aguda distinción, establecida al efecto, se ocupa tan solo de vencer, sin cuidarse además de convencer.

Este problema se acentúa en la forma más típica de la libre convicción: la Institución del Jurado, de la que hablaremos con un poco de más amplitud al estudiar la aplicación del sistema de la libre apreciación de la prueba en nuestro derecho positivo.

Los catedráticos José Castilla Larrañaga y Rafael de Pina observan sobre este sistema, que otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas, concediéndole el poder de apreciarlas sin traba legal de ninguna especie y la potestad de seleccionar libremente las máximas de experiencia

(1) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Estudios de Derecho Probatorio. Chile 1964.-

que sirven para su valoración y por lo tanto la convicción del juez no está ligada a un criterio legal, formándose por tanto, respecto a la eficacia de la misma, según su valoración personal, racional, de conciencia, sin impedimento alguno de carácter positivo esto es, que los medios y motivos de prueba no se encuentran limitados por la ley: son admisibles todas las especies de relevante importancia reguladas en forma más o menos detallada, pero ello no excluye que el juzgador pueda, y debe recurrir a todos los demás medios que sean aptos o idóneos para formar convicción; de tal modo que el grado de fuerza probatoria no se halla escalonado o tasado en preceptos legales y por el contrario el juez ha de valorar sin estar sujeto a limitaciones establecidas, al mayor o menor impacto que puede alcanzar un determinado medio en cada caso con respecto a su convicción.

Para el Profesor Kisch² solamente el principio de libertad que opera en la libre apreciación de la prueba, permite responder cumplidamente a la variedad enorme de las relaciones humanas, ya que pone al juez en condiciones de considerar cada circunstancia en dichas relaciones con el tiempo, las personas, los lugares, etc., y consiguientemente, conduce a apreciar su significación en el caso concreto con una amplitud tal, que permite confiar en la exactitud rigurosa del juicio, admite sin embargo, que con tal sistema la responsabilidad del juez aumenta considerablemente, lo cual implica que debe guardarse mucho de ser llevado por impresiones subjetivas y arbitrarias en la formación de su convicción.

El mismo Profesor Kisch, critica este sistema señalando como consecuencia del mismo, que las partes jamás pueden calcular con absoluta certeza

(2) Kisch, W. Elementos de Derecho Procesal Civil, pág. 240.-

za el resultado que alcanzarán sus pruebas y no pueden prever con seguridad los medios, las razones, ni el momento, (el cómo, el porqué, ni el cuándo) en que el juez habrá alcanzado el convencimiento necesario para fallar.

Concluimos esta parte del estudio del sistema de la prueba libre, afirmando una vez más que su fundamento esencial se basa en la confianza que el legislador tiene en la conciencia, en la imparcialidad y la capacidad del juzgador, para fallar apegado a la máxima valoración de justicia los casos sometidos a su decisión y que tiene su punto débil en el peligro dependiente de la variedad de carácter, de las impresiones, de los criterios propios de la naturaleza humana del juzgador.

Entraremos luego a desarrollar el punto relativo a la aplicación del Sistema Libre en nuestro derecho.

3).- EL SISTEMA LIBRE EN NUESTRO DERECHO.

El sistema de la Prueba Libre en nuestro derecho, tiene su vivencia a plenitud en la Institución del Jurado Popular.

Es en el Jurado Popular donde se plasma en forma contundente en nuestro derecho positivo el sistema de la Prueba Libre, del Intimo Convencimiento o de la Libre Convicción, fundado en el criterio de que la justicia no puede ser obra de la ley, ni debe ser producto de la razón, sino algo nacido del sentimiento, y como tal, originado en la conciencia.

Ahora bien; si no es punto específico de esta tesis, analizar los argumentos en pro y en contra de la Institución del Jurado, consideramos importante exponer las críticas que se le hacen a este instituto y así mismo expo-

ner la razón de ser del mismo y el porqué consideramos necesaria su existencia en nuestra legislación positiva.

Se critica el Jurado Popular argumentando que siendo el proceso eminentemente técnico, los órganos públicos que intervienen en él deben poseer conocimiento del derecho, de psicología y en general, de todas las demás ciencias relacionadas con el derecho penal, sustantivo y procesal y en consecuencia los procesos penales deben ser fallados por un juez técnico y no por jueces legos, no capacitados y que se encuentran dispensados de motivar su veredicto; esta argumentación de los antijuradistas es deleznable, ya que si bien no negaremos la naturaleza técnica del proceso, es necesario para destruir tal aseveración referirnos a la debatida cuestión relativa a la separación del hecho y del derecho.

Otro argumento sostenido por los antijuradistas, es la aceptada razón de que una de las conquistas del Derecho Penal moderno es la individualización de la pena; concluyendo de ello con respecto a esta cuestión, que el jurado es contrario a tal avance, porque para la individualización de la pena es necesario que el juzgador tenga una semejanza completa de la personalidad del sujeto activo del delito, al que habrá que estudiar desde los ángulos psicológicos y somáticos, lo que involucra la capacidad del juez en conocimientos criminológicos y demás técnicas relativas al conocimiento integral del delincuente, elementos de los que carece el Jurado Popular, pero la verdad es que el instituto del jurado no se opone a la individualización de la pena, ya que primero habrá que determinar, con un criterio de justicia humana, si el procesado es acreedor o no a la pena y esa es precisamente la función del jura-

do y solamente luego que éste haya decidido que el procesado merece castigo, será el juez de derecho, quien con sus conocimientos científicos individualice la pena a que el delincuente sea acreedor.

Existen otras argumentaciones en contra del Jurado, como son las que sostienen que existe la deshonestidad en sus componentes; que está el veredicto del jurado sujeto a la mejor habilidad oratoria de los defensores que con sofismas y lenguaje florido y romántico propicien la absolución del procesado, etc. etc., pero estos criterios como es fácil comprender no son defectos intrínsecos de la institución, sino que son fallas propias de la naturaleza humana.

Concluimos este aspecto del trabajo inclinándonos por el mantenimiento de la institución en nuestro derecho positivo, porque en las condiciones actualmente imperantes su abolición sería un error y se causaría un grave daño a la buena administración de justicia, ya que los sustitutos del tribunal de conciencia quedarían en manos de jueces impreparados, que si no por culpa personal, sino de la realidad del medio, carecen de los auxiliares técnicos para la impartición de una verdadera justicia y su abolición exige las imponderables condiciones de hacer una reforma radical del Poder Judicial y especialmente la necesidad de preparar científicamente a los jueces llamados a impartir justicia penal.

Tiene, pues, la apreciación libre de la prueba su aplicación positiva en nuestro derecho, en el inciso 2º y 3º del Art. 255 I., que reza así: "La ley no pide a los jurados cuenta de los medios por los que han llegado a formar su convencimiento; la ley no les prescribe las reglas de las que de-

ban deducir la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les prescribe interrogarse a sí mismos en el silencio y 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".

"La ley no les dice, tendréis por verdad tal hecho verificado por cierto número de testigos; ella no les hace sino esta sola pregunta, que encierra la extensión de sus deberes: ¿Teneis una íntima convicción?"

Concluimos este capítulo afirmando que la prueba libre o de Intima Convicción constituye un avance para la aplicación de la justicia con relación a la prueba legal o tasada y que participamos con las salvedades apuntadas de su mantenimiento en nuestro derecho positivo mediante la Institución del Jurado Popular y que nada tendría que objetarse al sistema en general si los jueces encargados de administrar justicia fueran infalibles.

Veremos ahora como punto siguiente de este trabajo de tésis: El Sistema de la Prueba Legal o Tasada. Su evolución histórica y concepto, su fundamento y su aplicación en nuestro derecho.

CAPITULO V

EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA. - 1).- SU EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTO.- 2).- SU FUNDAMENTO Y ANALISIS CRITICO.- 3).- EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL EN LA LEGISLACION PENAL PATRIA.

1).- SU EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTO.-

Continuando el método seguido en el desarrollo del capítulo anterior, haremos primeramente una relación de la evolución del Proceso Penal con el sistema cuyo desarrollo hoy nos ocupa, o sea, el sistema de la Prueba Legal o Tasada.

Es el Proceso Penal Canónico que substituye al proceso penal antiguo y cuya distinción estriba en el procedimiento empleado por el tribunal del Santo Oficio y que en verdad constituye el sistema laico de enjuiciamiento de tipo inquisitorio.

El proceso penal canónico de tipo inquisitorio se distingue por el empleo del secreto y la escritura y esencialmente por que adopta el sistema de las pruebas tasadas.

Este proceso se caracteriza, además, porque el tribunal desempeñaba las tres funciones que en el proceso antiguo se encontraban diferenciadas, el tribunal tenía a su cargo la acusación, la defensa y la decisión: tiene - pues, el proceso de tipo inquisitorio en el derecho Romano, en la cognitio en sus inicios y en la extraordinaria cognitio de la época imperial, su origen es absolutista y más que un instrumento de carácter procesal es de tipo poli-

ciaco por la concentración y fuerza de los poderes en manos del Juez.

En el procedimiento inquisitivo de los siglos XIII a XVIII, los poderes del juez eran tan fuertes, que sin mayores problemas los titulares del absolutismo político se dieron cuenta del grave peligro del llamado despotismo judicial y a fin de ponerle una cortapisa a ese peligro, ya no tanto en defensa de los justiciables sino con la idea de proteger su propia autoridad, establecieron tres reparos fundamentales a la iniciativa judicial: a saber: la apelación contra la sentencia dada por el juzgador, permitiendo con ello la posibilidad de la revocación o modificación de la misma, el otro reparo fué el carácter esencialmente escrito del procedimiento, o sea, que lo que no consta en autos, no existe en el mundo, (*quod non est in actis, non est in mundo*) por lo que con este procedimiento se seguía paso a paso todas las actuaciones judiciales; y la introducción de la prueba legal o tasada.

Podemos apreciar que dentro del sistema inquisitivo tradicional la prueba legal constituyó un *mínimum* de garantías del justiciable ante los procedimientos de dictadura judicial.

En cuanto a la prueba legal aplicada dentro del marco de los regímenes políticos ya no de tipo absolutista y en los códigos procesales que no son del todo del tipo inquisitivo el panorama es bastante diferente, así tenemos por vía de ejemplo el código del Cantón Suizo de Valais, que contiene probablemente la reglamentación más exhaustiva de prueba tasada en la época moderna, prueba de ello es que no deja sin reglamentación aritmética ni la prueba indiciaria, código que tiene su nacimiento en el año de 1843.

Es innegable que la prueba legal o tasada constituye un avance de justicia, ya que ella pone paro al abuso de la dictadura judicial y la mayoría de las legislaciones en el campo procesal han adoptado en una fase de su vida jurídica la aplicación de este sistema, aunque es necesario advertir que las tendencias procesales modernas inclinan su proceso evolutivo, por la implantación de un sistema que no esté regido por la fría suma aritmética del valor probatorio que las distintas legislaciones proveen para las múltiples situaciones que se enmarcan dentro del mundo jurídico, como consecuencia lógica, de la multiplicidad de situaciones complejas a que dan origen las relaciones humanas en la vida del hombre en sociedad, y la tendencia moderna es sentar bases generales cuya amplitud faculte al juzgador a aplicar justicia conforme a otros elementos nacidos del avance propio del saber jurídico.

Hemos relatado de manera breve la evolución histórica del sistema de las pruebas legales o tasadas y ahora intentaremos fijar el concepto de tal sistema.

En su amplia acepción la prueba legal es la que dimana de la ley, ya que es función del legislador fijar los medios de prueba que a su criterio son necesarios para la comprobación de los hechos y así pueda tener el juzgador los elementos necesarios para dictar sentencia.

En un sentido restringido el sistema que nos ocupa es aquel en que el valor de las pruebas está determinado por la ley misma y del cual no puede separarse el juzgador, con excepción de los casos ya previstas en la misma ley.

¹Cabanellas define la prueba legal afirmando que es "la que debe apreciarse del modo estrictamente señalado."

En resumen, sistema de prueba legal o tasada es aquel en que el valor probatorio de las distintas clases de pruebas está definido por el legislador, no pudiendo el juez apartarse de ellas al momento de imponer sentencia, y esto es, a pesar de que su criterio personal por razones de apreciación o de lógica esté en contra del fallo que obligadamente tiene que dictar. Y por ello estamos de acuerdo con Gallinal,² cuando expresa que la prueba viene a ser - aquí, una operación casi mecánica, y que la certidumbre judicial resulta de una operación externa.

2).- FUNDAMENTO DEL SISTEMA. ANALISIS CRITICO.-

Si el sistema de la Apreciación Libre de las pruebas tiene su fundamento en la confianza que el legislador le brinda al juez para la aplicación de correcta justicia; el sistema de la Prueba Legal o Tasada es el reverso de la medalla, pues este tiene su fundamento en la desconfianza del legislador - hacia el juez, desconfianza que priva esencialmente en la falta de capacidad y rectitud de los jueces, a quienes convierte en autómatas y es sobre todo, - este sistema, por su inflexibilidad y dureza incompatible con una percepción eficaz de los hechos que juegan en el proceso, cuya apreciación en el caso concreto, escapa a las provisiones legales de tipo general, que suelen llevar a la fijación de una verdad puramente formal, sin enlace alguno con los elementos vitales que palpitan en toda contienda judicial.

Sostenemos además que este sistema no sólo se asienta sobre la -

(1) Diccionario de Derecho Usual.-

(2) Estudios sobre el C. de Pr. Civiles de las Pruebas Pág. 78.-

desconfianza en relación con el valor moral de la judicatura, sino que además en la incapacidad técnica de los jueces y en la falta de interés por la función que le esta encomendada, aclaramos a la vez, que con el criterio últimamente citado, cualquier sistema probatorio seguido acarreará resultados igualmente lamentables.

Es innegable y por ello se hace necesario reconocer que el sistema de la prueba legal ha tenido y tiene su vivencia en sociedades en que el bajo nivel cultural y moral de la judicatura convierte la función judicial en una actividad peligrosísima para los intereses de los litigantes y para el decoro de la justicia.

Criticamos este sistema, porque el legislador al determinar fórmulas generales de tipo apriorístico, con valor casi matemático, la eficacia de las pruebas, no les concede a los jueces la libertad de criterio que necesitan, para que la apreciación de las probanzas sea una expresión exacta de su manera personal de valorar los hechos y por el contrario limita el criterio de los jueces, a constatar en cada caso concreto, la existencia de los elementos que configuran determinadas fórmulas y a proceder a su aplicación en caso afirmativo.

En esencia, es criticable el sistema de la prueba legal o tasada, porque ella encadena al juez, para que emita un fallo fundamentado exclusivamente en el valor predeterminado que la ley da a cada prueba, donde frecuentemente se puede dar el caso de que un juez se vea obligado a pronunciar una sentencia en contra de sus profundas convicciones humanas y así tener que reconocer que la ley lo obliga a cometer una injusticia.

Por otra parte, éste sistema protege al procesado de la parcialidad o malicia del juez para fallar en un caso determinado, y para prevenir una actitud de tal naturaleza le impone al juzgador la valoración que debe dar a cada prueba, obligándolo por decirlo así, a hacer una suma y una resta de los elementos probatorios que existen en un proceso, en forma aritmética y en base a tal operación emitir su fallo.

En nuestra legislación patria en materia procesal penal, que es la que nos interesa, prevalece este sistema de la prueba legal o tasada lo cual demostraremos en el siguiente apartado.

3.- EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL EN LA LEGISLACION PATRIA.

Entendido el sistema de la prueba legal como aquel en que el legislador señala anticipadamente al juzgador cual es la eficacia o la fuerza probatoria que deba darle a los diferentes medios regulados, no cabe duda que es el sistema predominante entre nosotros.

Sin embargo, en materia penal, tal como lo hemos demostrado al estudiar los otros sistemas probatorios, aparece menos acentuada la prueba legal. Basta un rápido estudio de los artículos 421 y 428 I., en relación con el Título XXI del mismo cuerpo de leyes, para corroborar lo antes expuesto.

El Art. 421 I. dispone que para la condenación del reo es indispensable so pena de nulidad: 1o) La justificación completa del cuerpo del delito; 2o) La prueba plena de ser él el delincuente. El Art. 428 I. por su parte estatuye que: "Cuando no estuvieren plenamente comprobados el cuerpo del delito y la delincuencia del reo, o resultare plenamente comprobada su irresponsabilidad,

se le absolverá de toda pena y se declarará irresponsable poniéndolo en el acto en libertad, y mandándosele indemnizar conforme a las leyes, a juicio prudencial del tribunal superior".

Debemos advertir que esta última disposición según expresa el Art. 427 I, solamente tiene aplicación en aquellas causas no sujetas al conocimiento del jurado.

El Art. 403 I. enumera los diferentes medios probatorios admisibles en materia penal; y al respecto literalmente estatuye:

Art. 403 I.- "En materia criminal son admisibles las pruebas siguientes: la documental, la inspección personal, la pericial, la testimonial, la de presunciones, la confesión del reo y las relacionadas en los artículos 414 y 416 de este Código."

Las restantes disposiciones del TítuloXXI del Código de Instrucción Criminal por su parte, se encargan de señalar al Juez que valor debe darle a cada una de las pruebas enumeradas, tanto para la comprobación del cuerpo del delito como de la delincuencia del reo.

En efecto, el Art. 404 I. establece que la confesión espontánea, clara y terminante hecha personalmente por un reo mayor de dieciséis años de edad, de haber cometido un delito o falta, forma plena prueba contra él. El Art. 407 I. al referirse al valor de la prueba testimonial se remite al Código de Procedimientos Civiles, según el cual dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba. Desde luego, debe observarse para

la apreciación de la prueba testimonial las modificaciones a la regla del Art. 321 Pr., establecidas en los numerales 1o. a 4o. del Art. 407 I. y en los artículos 407-A, 408 y 409 I.

En igual forma las otras disposiciones del Título XXI señalan las condiciones en que deben admitirse los restantes medios probatorios señalados por el Art. 403 I. y el valor que debe darse a los mismos.

CAPITULO VI

EL PRINCIPIO DE LA SANA CRITICA.- 1.- CONCEPTO Y EVOLUCION.-

2.- ESENCIA DEL SISTEMA: LOGICA Y EXPERIENCIA.- 3.- EL SISTEMA DE LA SANA CRITICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.-

1.- CONCEPTO Y EVOLUCION HISTORICA.-

Antes hemos señalado que la doctrina tradicional únicamente distinguía dos posibilidades de apreciar la prueba: el sistema de libre convicción o de pruebas libres, y el de las pruebas legales. Pues bien, sucede que a partir del momento en que fué sancionado el Reglamento para el Consejo Real de España, y de la ley española de 1855, muchos países tomando ésta como modelo, han incluido en su legislación procesal una revolucionador principio en materia de interpretación de la prueba, denominado "Principio de la Sana Crítica" o "Sistema Racional".

Se fundamenta este sistema en las reglas de la lógica y en las de la experiencia humana, valga decir la experiencia que de las cosas tiene el juzgador. Ambas: la razón y el conocer experimental, concurren para que el juzgador pueda analizar y entender correctamente las pruebas recogidas, ya sean estas testimoniales, de confesión, pericial, de inspección, etc.

En tal sentido, el concepto de la Sana Crítica se ha configurado por la doctrina, como intermedio entre las pruebas legales y la Prueba Libre. Por una parte se dice, carece de la rigidez característica de las primeras, ya que no estamos en presencia de aquellos casos en que la ley a priori ha señalado el valor que debe darse a los diferentes medios probatorios; y por otro la-

do, no presenta la incertidumbre atribuida a la prueba libre, ya que el juez al analizar (la prueba) no lo hace razonando a su voluntad ni discrecional o arbitrariamente, sino que teniendo presente los principios de lógica que aseguren un razonamiento eficaz, es decir un correcto entendimiento, sin mayores abstracciones intelectuales.

2.- ESENCIA DEL SISTEMA: LOGICA Y EXPERIENCIA.-

Los principios de la lógica combinados con las reglas del conocimiento experimental, constituyen la esencia del sistema de la Sana Crítica, según hemos dejado entrever en el apartado anterior. Veamos en el presente apartado como es que ambas reglas se combinan para que el juez haga el análisis de la prueba.

Refiriéndose a la lógica, dice Couture: "Las reglas de la Sana Crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica".¹ Lo anterior significa, que el juzgador debe tener siempre presente y respetar al sentenciar, los principios de la lógica; la sentencia que quebrante principios como los de identidad, de contradicción, de razón suficiente, etc. adolecerían de grave error lógico.

Sin embargo de lo anterior, no es suficiente para que una sentencia sea justa o sin error, que el silogismo haya sido bien construido, es decir respetando todos los principios lógicos, puesto que si falla una de las premisas, de ello puede resultar que la sentencia dictada sea injusta. Veamos el siguiente ejemplo: En una sentencia condenatoria se razona en estos términos: todos los hombres del pueblo X son ladrones; el acusado es del pueblo X; conse-

1.- Eduardo J. Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Pág. 271. Tercera Edición 1958.

cuentemente, el acusado es culpable de robo.

En el ejemplo propuesto, la sentencia ha sido elaborada con respecto al principio lógico de universalidad, siendo en consecuencia un silogismo bien construido. No obstante, tal sentencia puede ser injusta o errada si alguna de las premisas en que se funda ha fallado; por ejemplo, si resulta que el acusado no es del pueblo X.

De allí que, la lógica no sea suficiente para la valoración de las pruebas, sino que se hace necesario, para asegurar justicia en las resoluciones judiciales, combinarla con las reglas del conocimiento experimental de las cosas. No debe verse en el juzgador simplemente un ente mecanizado o autómatas, sino como dice Couture, el juez es "Esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. Y en tal sentido, la Sana Crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida".²

Ahora bien, el conocer experimental cambia, varía en el tiempo y en el espacio, y otro tanto sucede con la lógica, ya que el hombre progresa cada vez más en la forma de razonar, Así pues, que ambos fenómenos deben considerarse al analizar la prueba.

Concluyendo sobre la esencia del sistema de la Sana Crítica diremos, - y esto lo diferencia de la prueba libre - que no es suficiente con que el juzgador se convenza y así lo manifieste, sino que además debe convencer de

2.- Ob. cit., pág. 272

su propia convicción a los demás, es decir, a las partes y comunidad en general. Se trata pues, en la Sana Crítica, de la libertad de apreciación del juzgador pero encuadrada por la lógica.

3.- EL SISTEMA DE LA SANA CRITICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

Habiendo visto por una parte, el concepto y evolución histórica de la Sana Crítica, y por otra, lo que constituye la esencia de tal sistema, procuraremos - no sin temor a equivocarnos - señalar la existencia de tal sistema en nuestro ordenamiento jurídico; desde luego, únicamente en determinados casos, pues sabido es por todo conocedor de nuestro derecho que el sistema habitual de valoración de las pruebas entre nosotros es el de "las pruebas legales".

Antes de abordar tan importante cuestión es necesario señalar, en primer lugar, que las reglas de la Sana Crítica rigen o comprenden tanto la admisión como la interpretación de la prueba; y en segundo lugar, que esas reglas no aparecen en forma concisa y clara en los textos legales, es decir, como normas imperativas de un determinado ordenamiento jurídico. En realidad, son como ya antes hemos señalado, las reglas del correcto entendimiento humano, las reglas de la lógica combinadas con las de la experiencia, valga decir, del saber privado del juzgador.

Veamos ahora los casos en que rige la Sana Crítica en nuestro ordenamiento jurídico.

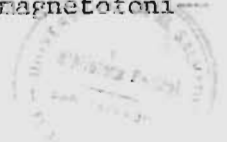
a) El Art. 410 I., reformado por D. L. No. 145, de 19 de Septiembre de 1962, - publicado en el D.O. del 21 de Septiembre del mismo año, incorpora en forma expresa en nuestra legislación procesal penal el sistema de la Sana Crítica; y al respecto, en su inciso 2o. estatuye:

"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, excepto la prueba instrumental respecto a la cual se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civiles".

Un análisis de la disposición transcrita se impone, pero antes debemos señalar que según el texto del inciso primero del artículo citado, la prueba documental se divide en instrumental y documental propiamente dicha. Sobre la primera, hemos de señalar que tiene un valor absoluto, es decir, que será siempre el mismo; como dice la parte final de la disposición transcrita el "dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles". La prueba documental propiamente dicha, no tiene en cambio, un valor absoluto sino relativo, ya que según establece el inciso 2o. del Art. 410 I., la apreciación o valoración de tal prueba, se hará a juicio prudencial del juez, de acuerdo a la Sana Crítica, en relación con otras pruebas del proceso; de tal forma - y es aquí donde veremos con claridad el funcionamiento de la Sana Crítica - que la misma prueba documental puede tener en un proceso valor de plena prueba, en otro distinto, valor de semiplena prueba y en otro puede no tener valor probatorio alguno.

b) El concepto de la Sana Crítica ha sido incorporado también en nuestra legislación de procedimiento sobre accidentes de tránsito. Sobre el particular, el Art. 61 de la Ley de Procedimientos Especiales sobre accidentes de tránsito literalmente dispone:

"Tendrán valor probatorio las fotografías, las huellas digitales y las diligencias grabadas en películas o en cintas magnetofónicas"



cas, siempre que hubieren sido tomadas por un perito nombrado por el Juez. Se deberá, pena de nulidad poner al dorso de las fotografías y al pie de las huellas digitales una razón fechada y firmada por el perito que las tomó, con indicación del asunto a que se refieren; y cuando una diligencia se asentare en películas o en cintas magnetofónicas, se harán constar esos mismos datos al principio y al final de ellas, con mención del nombre del perito que las hubiere tomado o grabado. Estos elementos probatorios serán valorizados de acuerdo con la Sana Crítica.

Valga para el comentario de esta disposición, lo dicho con relación a la prueba documental previamente dicha de que habla el Art. 410 I.; es decir, que al apreciarse conforme a la Sana Crítica los diferentes elementos probatorios que enumera el artículo en comento, no tendrán siempre, en todo los procesos, la misma fuerza o eficacia, sino que su valor será relativo; el Juez les dará en cada caso concreto el valor que lógicamente y experimentalmente les corresponde.

c) En este literal vamos a analizar algunos casos en que surge la duda, y los autores discuten, si se esta en presencia de un sistema de libre convicción, de Sana Crítica o de algún método especial de análisis de la prueba.

En primer lugar, se discute si en las presunciones judiciales hay libre convicción o Sana Crítica.

Al respecto el Profesor Couture expone: "Las presunciones judiciales son Sana Crítica y no Libre Convicción, ya que ellas deben necesariamente apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones; deben, además, encade-

narse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado admitido. La libre convicción, en cambio, no tiene porque apoyarse en hechos probados,....., basta con que el Magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera.....³

Por nuestra parte, acogemos la tésis del Profesor Couture, más no obstante, debemos aclarar que en lo que a la legislación patria se refiere, en el caso de las presunciones judiciales, hay Sana Crítica en cuanto a la admisión de la prueba, pero ya en lo concerniente a la eficacia del medio probatorio, es el legislador y no el juez, quién se encarga de darles valor de prueba plena o de semiplena. Véase al respecto los artículos 413 I., 409 Pr. y 412 I., que en lo pertinente disponen:

Art. 413 I.- "El Juez podrá deducir presunciones de los hechos probados plenamente mediante testigos, de los que se establezcan por medio de la inspección personal y de los que resulten de dictámenes periciales".

Art. 409 Pr.- "Las Judiciales (Presunciones) se dejan a las luces y prudencia del Juez, quien no deberá admitir sino las que sean graves, precisas, concordantes, y en los casos únicamente en que la ley admite la prueba testimonial. De éstas es de las que aquí se trata. Presunción grave es la que se apoya en un hecho conocido que haga muy verosímil el hecho desconocido que se trata de averiguar: precisa, la que sólo se pueda aplicar a un hecho y no a varios; y concordantes, cuando siendo varias no se destruyen unas a otras y tienen tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no pueden dejar de considerarse como antecedentes o conse-

(3) Ob. cit., pág. 274.-

cuencias de éste'.

Art. 412 I.- 'Una presunción grave deducida de un hecho plenamente comprobado forma semiplena prueba.

Dos o más presunciones que sin ser graves concurren al hecho principal forman semiplena prueba si cada una de ellas es deducida de un hecho plenamente comprobado'.

De las disposiciones antes transcritas, las dos primeras conforman el pensamiento del Profesor Coutura, y la última, lo aseverado por nosotros.

En segundo lugar, cabe determinar si en aquellos casos en que nuestra ley Procesal Penal deja a juicio prudencial del juez la admisión de la prueba, se está en presencia del sistema de la Sana Crítica o de otro método de apreciación de las pruebas.

Veamos por ejemplo, los artículos 414 I. y 417 I., que a la letra dicen:

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

Art. 417 I.- 'La declaración del testigo menor de catorce años será apreciada prudencialmente por el Juez para admitirla o no como semiplena prueba, según sea la naturaleza del delito y el mayor o menor desarrollo intelectual del testigo'.

Nuestra posición al respecto, es la misma que sostuvimos para las presunciones judiciales, ya que según el diccionario enciclopédico Gran Oméba¹ prudencialmente significa "obrar con discernimiento, buen juicio". Por lo tanto, consideramos que rige la Sana Crítica en cuanto a la admisión de la prueba, pero la eficacia o fuerza probatoria se la da el legislador -plena prueba dice el artículo primeramente citado, y semiplena prueba el segundo.

(1) Diccionario Enciclopédico ilustrado Gran Oméba, Tomo 10.-

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES FINALES.

Estamos llegando ya al final de este trabajo, y estamos convencidos que aunque no aporte a la ciencia del derecho nada novedoso, ni excepcional, hemos puesto en él nuestra mejor voluntad, nuestro esfuerzo, con el único objeto de dejar en éstas páginas los distintos criterios que se toman en cuenta para la difícil y delicada labor de administrar justicia mediante la apreciación de la prueba por medio de los distintos sistemas en el Proceso Penal.

Hemos analizado a través del desarrollo de éste trabajo, hasta donde nuestras finitas facultades nos lo han permitido, los sistemas de apreciación de la prueba en su aspecto doctrinal, así como también hemos estudiado la aplicación de los distintos sistemas probatorios en nuestro Derecho Procesal Penal vigente.

De más está decirlo, que después de la elaboración de un trabajo como el presente no se emitan consideraciones que vengán a cristalizar el extracto de los diferentes temas centrales desarrollados en la elaboración del mismo; y es por ello que como punto final de este esfuerzo estudiantil concretamos en algunas consideraciones finales.

1).- Reiteramos nuestra convicción de que el sistema de la apreciación de la Prueba Libre o de la Intima Convicción, debe tener su aplicación positiva en la institución del Jurado Popular, esto es, mientras no sea posible que la justicia sea impartida por jueces preparados en forma técnica y científica, acordes en su experiencia y saber con las modernas corrientes cien-

tíficas del Derecho, como lo demanda una auténtica Ley de la Carrera Judicial.

2).- Hemos visto también, y creemos haberlo demostrado, que el sistema de la Prueba Legal o Tasada, prevalece en nuestro proceso penal en cuanto a la apreciación de la prueba, y consideramos que su aspecto positivo estriba en que constituye una garantía a efecto de lograr una buena y correcta aplicación de la justicia; ya que como lo hemos manifestado, encadena a los jueces en la medida que los preceptos legales establecen, no dando lugar con ello a que las pasiones de los que como humanos que son, no están desposeídos los jueces, intervengan de una manera directa en el juzgamiento de un procesado.

Si no creemos que sea, el sistema de la prueba legal, tasada, o matemática, el mejor método para lograr alcanzar en su más cercana probabilidad el valor de la justicia, afirmamos que su aplicación en nuestro derecho es necesaria por la misma razón que hemos analizado y dejado apuntada en lo referente a la Prueba Libre.

3).- No solo por inercia nos inclinaremos a calificar el sistema Racional o de la Sana Crítica, como el sistema que consideramos mejor poner en vigencia para la apreciación de las pruebas; ya que como lo hemos visto nos parece tal sistema el que mejores resultados daría para lograr la administración recta de la justicia, pero es natural que para que tal sistema al integrarlo al derecho procesal penal positivo, sea efectivo, valga decir, sea operante, no basta que se den disposiciones aisladas como el sólo agregado de que deben aplicarse las 'reglas de la Sana Crítica', sino que por el contrario deberá dictarse un nuevo Código Procesal Penal que rijan y dé en forma más o menos exhaustiva los moldes para la buena aplicación de este sistema.

Es necesario además la preparación específica del elemento humano necesario con vocación y capacidad de seguir la carrera judicial, la formación de verdaderos profesionales del derecho para que ejerzan con la mayor perfección posible la delicada misión de administrar justicia.

Creemos y sintetizamos nuestra opinión, afirmando que el sistema Racional o de la Sana Crítica, es el mejor de los sistemas de la apreciación de la prueba y es por esta razón que tenemos la esperanza de que con el avance de las instituciones judiciales hacia el fin de impartir mejor justicia llegue a constituir la Sana Crítica en nuestros Códigos Procesales el sistema procesal de apreciación por excelencia.

I N D I C E

PALABRAS LIMINARES

CAPITULO I

- | | | |
|---|------|----|
| 1).- EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.- | Pág. | 1 |
| 2).- DENOMINACIONES Y CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.-..... | Pág. | 10 |
| 3).- EL OBJETO DEL DERECHO PROCESAL PENAL.- | Pág. | 13 |

CAPITULO II

DE LA PRUEBA EN GENERAL.-

- | | | |
|--|------|----|
| 1).- LA DOGMATICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.-..... | Pág. | 17 |
| 2).- SU OBJETO Y FINALIDAD: LA CERTEZA.-..... | Pág. | 18 |
| 3).- CONCEPTO DE LA PRUEBA.-..... | Pág. | 19 |
| 4).- DIVISION DE LAS PRUEBAS.-..... | Pág. | 22 |
| 5).- LOS SISTEMAS PROBATORIOS.-..... | Pág. | 29 |

CAPITULO III

- 1).- NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LOS SISTEMAS GENERALES DE

APRECIACION DE LAS PRUEBAS.- OPINIONES DE:

- | | | |
|--|------|----|
| a) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO.- | Pág. | 30 |
| b) LESSONA.- | Pág. | 32 |
| c) COUTURE.- | Pág. | 33 |
| d) VELEZ MARICONDE. LA POSICION CORRECTA.- | Pág. | 36 |

CAPITULO IV

EL SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE.-

- | | | |
|---|------|----|
| 1).- RELACION HISTORICA.- | Pág. | 41 |
| 2).- FUNDAMENTO DEL SISTEMA. ANALISIS CRITICO.- | Pág. | 44 |
| 3).- EL SISTEMA LIBRE EN NUESTRO DERECHO.- | Pág. | 47 |

CAPITULO V

EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA.-

1).- SU EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTO.-	Pág.	51
2).- SU FUNDAMENTO, ANALISIS CRITICO.-	Pág.	54
3).- EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL EN LA LEGISLACION PATRIA.-	Pág.	56

CAPITULO VI

EL PRINCIPIO DE LA SANA CRITICA.-

1).- CONCEPTO Y EVOLUCION HISTORICA.-	Pág.	59
2).- ESENCIA DEL SISTEMA: LOGICA Y EXPERIENCIA.-	Pág.	60
3).- EL SISTEMA DE LA SANA CRITICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.-	Pág.	62

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES FINALES.-	Pág.	68
---------------------------------	------	----

GOMEZ h., RODOLFO ANTONIO

"La Restricción de la Libertad Personal en el Proceso Penal"
Tesis Doctoral, San Salvador - 1968.-

JOSEPH LOUIS, EDWARD

"Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y Derecho Penal"

JIMENEZ DE ASUA, LUIS

"El Criminalista" Tomo II, Ed. La Ley - Buenos Aires - 1942.

LESSONA, CARLOS

"Teoría Gral. de las Pruebas en Derecho Civil" - Tomo I - Tercera Edición.-

MENDEZ, JOSE MARIA

"La Confesion en Materia Penal"
Tesis Doctoral -- San Salvador 1941.-

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON

"Tratado de la Prueba en Materia Criminal"