

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

"Sistemas de Valoración de la Prueba"



TESIS

SUSTENTADA POR

TITO SANCHEZ VALENCIA

PREVIA A LA OPCION AL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



JULIO DE 1974



SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA

S211S

1974

S. I. y C. S.

65-4

068721

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

"SISTEMA DE VALORACION DE LA PRUEBA"

TESIS

SUSTENTADA POR

TITO SANCHEZ VALENCIA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO

DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

JULIO

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

R E C T O R

Dr. Juan Allwood Paredes .

SECRETARIO GENERAL

Dr. Manuel Átilio Hasbún.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Dr. Luis Domínguez Parada

S E C R E T A R I O

Dr. Pedro Francisco Vanezas Cabañas.

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES
GENERALES PRIVADOS Y APROBARON
ESTA TESIS DOCTORAL.

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Lic. Santiago Ruiz
Primer Vocal: Dr. Mario Salazar Valiente
Segundo Vocal: Dr. Gabriel Gallegos Valdez

MATERIAS CIVILES, PENALES, Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Roberto Romero Carrillo
Primer Vocal: Dr. Luis Dominguez Parada
Segundo Vocal: Dr. Roberto Alvergue Vides

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Roberto Emilio Cuellar Milla
Primer Vocal: Dr. Juan José Ríos Lazo
Segundo Vocal: Dr. Carlos Alfredo Zelaya

ASESOR DE TESIS

Dr. Luis Dominguez Parada

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Arturo Zeledón Castrillo
Primer Vocal: Dr. Arturo Argumedo h.
Segundo Vocal: Dr. Francisco Vega Gómez h.

DEDICATORIA:

A la memoria de mi padre, luz en mi sendero...

JOSE ARCADIO SANCHEZ.

A mi adorada madre, toda abnegación....

ANTONIA VALENCIA VIUDA DE SANCHEZ.-

A mi esposa, fiel compañera

ANA MARIA ROQUE DE SANCHEZ.-

A mis hijos, fuente de superación

JOSE ERNESTO, CLAUDIA IRINIA y ROCIO IVETH.

A mis hermanos, ejemplo de amor filial

MARY, JUAN JESUS, LUCY, PASTOR, JOSE ARCADIO y

a la memoria de JOSE CRUZ.-

A mis amigos, pocos, pero sinceros.-

I N D I C E.

Palabras preliminares.

C A P I T U L O I

- A) Teoría General de la Prueba.
- B) Distintos sistemas de valoración de la prueba.
 - 1) Sistema de prueba legal o tasada.-
 - 2) Sistema de la prueba libre
 - 3) Sistema Mixto.-

C A P I T U L O II

- A) Concepto de Sana Crítica
- B) Origen de la Sana Crítica
- C) Fundamento de la Sana Crítica
- D) Ubicación de la Sana Crítica y su campo de aplicación.

C A P I T U L O III

- A) Sistema de valoración de la prueba en la Legislación anterior
- B) Sistema de valoración de la prueba en la nueva legislación.
 - 1) Criterio fundamental
 - 2) La carrera judicial en relación con la sana crítica
 - 3) Crítica a la Sana Crítica.

C A P I T U L O IV

- A) Jurisprudencia
- B) Conclusiones.-

gran mayoría de las legislaciones modernas, desde hace más de cincuenta años, por cuyo motivo su eficacia y necesidad es indiscutible en esta época.

Como en nuestro medio se trata de una novedad, es necesario que busquemos las reglas precisas y acordes al ambiente, para lograr el buen éxito en la aplicación del Sistema, porque debemos anticipar que se cometerán yerros en su aplicación, pues no contamos, no podemos contar con el material humano apropiado, con capacidad y preparación suficiente y dispuestos a "abandonar los viejos moldes del clasisismo y se aventuren a recorrer los nuevos caminos del derecho moderno, pues de nada sirve un buen código si la judicatura es deficiente.... Es preferible un código imperfecto, viejo, retrasado y hasta duro, con jueces perspicaces, informados, con acabada preparación y vocacionados a su oficio.... que un código perfecto, novísimo, audaz y benigno, con magistrados ayunos de conocimientos sin vocación profesional.... "Esperamos que con el correr de los años los yerros se aminoren con la experiencia adquirida por jueces de vocación y obtengamos así, beneficiosos y óptimos resultados.

Necesitamos preparar funcionarios especializados en la aplicación de las nuevas doctrinas; el juez moderno debe tener una amplia preparación jurídica y humana, pues la materia prima que se le proporciona para elaborar su trabajo es también humano, por lo que deberá analizar reaccio-

nes afectivas del delincuente; su tarea entrañará juicios de valor y juicios de razón, para obtener conclusiones lógicas y éticas; y mediante razonamientos lógicos y de experiencia deberá obtener la verdad o su máxima aproximación. Esto será lo más difícil de resolver, pues no debemos perder de vista con Sonia Picado Sotela (1), que el juez es humano y como tal, con todas las imperfecciones de su naturaleza misma, que tiene debilidades y pasiones, y por otra parte, que el material que se le proporciona para el esclarecimiento de la verdad, es humano o producto del hombre, y por ende, con lagunas, inexactitudes, equivocaciones e incluso falsedades.

Como dice el gran Carnelutti: "Sería ideal que la aplicación de las corrientes modernas, estuviera siempre en manos de un buen juez, entendiendo por tal aquél que no sólo tiene una excelente preparación técnica, sino que además, tiene un criterio sano, lógico y no absurdo como ocurre algunas veces, libre de pasiones y de influencias, con una voluntad firme de impartir justicia, condiciones no siempre fáciles de reunir".

Debemos tomar conciencia de la filosofía de las nuevas corrientes y adaptarnos a los sistemas que en ellas se pregona, de lo contrario tendremos que repetir y hacer nuestras las palabras de Calamandrei: " han entrado en vigencia nuevas leyes correspondientes al nuevo "Humus", pero el magistrado ha permanecido fiel, en su interior, sin advertirlo, a los principios respetados durante veinte años, y por consiguiente, mira las nuevas leyes con incomprensión y recelo: ni siquiera

CAPITULO I

A) TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA. B) DISTINTOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA.

- 1) Sistema de la Prueba Legal o Tasada
- 2) Sistema de la Prueba Libre
- 3) Sistema Mixto.

A) TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA.

Todos los autores de Derecho Procesal hacen relación a una institución propia de él, cual es el presupuesto en que descansa la culminación del juicio: LA PRUEBA.

Siendo la PRUEBA objeto principal de nuestro trabajo, nos proponemos ubicarla en el lugar que le corresponde en la problemática del juicio y señalar su valor de convicción. Resulta obligado desarrollar en este capítulo cuál es el objeto de la prueba, cuál su finalidad y, lo que es más importante, su valoración.

Tal vez pudiésemos en este ensayo dar algunas de las reglas para la aplicación del derecho al caso concreto, desentrañando su verdadero valor, a fin de que se obtenga una justicia real o lo que se ha dado en llamar "la tranquilidad jurídica", que se logra únicamente amparando a las dos partes que con derechos contrapuestos concurren normalmente en todo evento litigioso, ya que no debemos perder de vista que "no se puede concebir el derecho sin un deber correlativo, ni tampoco es concebible el derecho sin la idea del respeto que legítimamente debe inspirar, pues si el reconocimiento o el desconocimiento del derecho de uno dependiese del capricho de los demás, el derecho no sería derecho". (2)

(2) Dei Malatesta, Nicola Framarino. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Vol. 1, Editorial Temis Bogota D. E. 1964, pag. 49.-

Antes de indicar las clasificaciones que consideramos principales acerca de la prueba, expondremos en qué consiste etimológicamente la palabra, puesto que uno de los medios de indagar el sentido de una expresión es buscar su procedencia o antecedente remoto.

Dice Cabanellas (3) "que PROBAR, genéricamente considerado, es encontrar y demostrar la certeza de un hecho, la verdad de una afirmación por cualquiera de los medios idóneos destinados al efecto, mediante un método adecuado, para descubrir la "realidad ocurrida", despojándola de lo incierto o falso, para llegar a la verdad del hecho que se dice realizado"

Según algunos, PRUEBA se deriva de PROBE, que significa honradamente, por estimarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; para otros proviene de PROBANDUM, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar patentizar, hacer fe, según expresiones del derecho romano.

Las partidas entendían por PRUEBA la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien los actos de elementos de convicción que somete al litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce del litigio y que son los hechos allegados en el pleito.

También puede entenderse como PRUEBA el medio con que se muestra o hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

El vocabulario de philosophie (A.LANANDE) define así la prueba en general: "la operación que lleva a la inteligencia, en una forma indudable y universalmente convincente (por lo menos en derecho) a reconocer la verdad de una proposición considerada inicialmente como dudosa".

(3) G. Cabanella. Diccionario de Derecho Usual.-

Finalmente, según el vocabulaire Juridique, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, -- mediante las formas determinadas por la ley.

En sentido jurídico, como afirma Couture, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación, tomado en sentido procesal estrictamente. El primero de ellos es propio del derecho penal y el segundo del derecho civil, por cuanto "La Prueba Penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La Prueba Civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio. La Prueba Penal se asemeja a la científica; - la prueba civil se parece a la matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación". (4)

Esta distinción que hace Couture, en cuanto al método aplicable a la materia penal y civil, no es a estas alturas de la evolución de las ideas jurídicas absolutamente cierta porque el juez civil también tiene -- que averiguar la verdad del caso propuesto y no permanecer estático en espera de la prueba que le aporten los litigantes; si bien es cierto que tal criterio tuvo vigencia en épocas pretéritas, actualmente "la tan tradicional ciencia del derecho se encontró empujada por audaces impulsos fuera de sus viejos marcos". (5) Y actualmente en doctrina y legislaciones modernas, como tendremos oportunidad de ver, el juez tiene una participación en el desenvolvimiento del proceso y puede por lo tanto investigar las pruebas propuestas y hacer concurrir otras. Pareciera con lo expuesto que existen

(4) Couture, J. Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Pag. 215.-

(5) F. Gorphe. La Apreciación Judicial de las Pruebas. Pag. 38

diversas clases de prueba, según la materia o ramo del derecho a la que incidan, pero la verdad es que la prueba es una, independiente de la materia a que se aplique.

Y si bien es cierto que se habla de prueba civil, penal, laboral, etc., es porque generalmente se le confunde, con los medios de hacerla llegar al juicio, o a su valoración, que es una función crítica en tanto que la introducción implica lo que se llama actividad probatoria.

Para encontrar la prueba o la certeza de ella, debemos realizar un razonamiento y partir de una base, de una verdad o hecho real; ese hecho real lo intuimos, a priori; será el hecho conocido del cual mediante un razonamiento lógico descubrimos el hecho desconocido, la verdad en sí.

Lo que ocurre es que a la prueba se le ve desde distintos ángulos o puntos de vista, de manera que depende del enfoque que se le dé para concluir que se trata de una prueba distinta a otra, con relación a la rama del Derecho a la que se aplique.

Para el caso baste mencionar que cuando consiste en los medios empleados por las partes para llevar al juez la convicción de la existencia de un hecho, lo que llamamos prueba no es más que los elementos de juicio que se aportan al ánimo del funcionario judicial, para convencerlo en un determinado sentido. Aquí podríamos hablar de la prueba como persuasión y el análisis para el conocimiento de la verdad que empleará el juez, será la lógica, la experiencia y la Psicología, auxiliares que están en primer orden y que le servirán de base para indagar la verdad perseguida.

En otros casos se entiende por prueba los elementos de carácter objetivo que el tribunal aprecia para resolver el negocio jurídico propuesto a su decisión.

En este presupuesto, el análisis que efectúa el tribunal para declarar el derecho está en relación directa con las reglas de conducta de que debe estar investido y tiende, como dice Bonnier, citado por González Bustamante (6) "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, que no es otro que el bien, logrado merced al imperio de la verdad. La verdad y la justicia son las bases de toda sociedad bien organizada; sus efectos se traducen en las costumbres y en las leyes porque son indispensables para la convivencia humana y hacen que se realice el principio de dar a cada quien lo que le corresponde. En suma, por prueba se entiende lo que persuade el espíritu; todo lo que existe en el proceso que puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio".

El conocimiento de la verdad, por ser un proceso de carácter subjetivo ya que procede del convencimiento personal, no siempre coincide con la verdad objetiva y aún cuando el silogismo que se elabore esté correctamente formulado no se obtendrá en todo caso, la certeza o verdad absoluta sino que la probabilidad. Es interesante en este apartado determinar que la certeza está en nuestros propios sentidos, pero es dudoso también aceptar la certeza física, o sea cuando personalmente se constatan los hechos, pues en ese caso el juez sería órgano de prueba; es indudable que en tal circunstancia el hecho será mejor analizado y resuelto, siempre que el juez obre con absoluta imparcialidad. Esto no se opone a que practique diligencias que lo lleven a un mejor convencimiento de "la realidad ocurrida," cuales serían la inspección judicial, los reconocimientos, las reconstrucciones y todas aquellas que formen en la conciencia del juez la

(6) González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Federal Mexicano, Pag 332

vivencia del hecho; apreciación personal que podrá estar por encima del dictamen de peritos, puesto que el juez se convierte en ese caso en un CRITICO de peritos.

Ya hemos dicho que el valor de las pruebas judiciales tienen un diferente enfoque en el proceso civil y en el penal. Aquél es comprobación del derecho violado y éste, eminentemente de orden público, es de averiguación, puesto que se necesita de una verdad efectiva, de un análisis escrupuloso de la prueba en la dualidad de cargo y descargo.

Naturalmente que el aspecto de valoración de pruebas ha sufrido cambios en el correr de los años; y entre los sistemas consagrados por la teoría general, en sus más variados matices, como tendremos oportunidad de ver, están el sistema de la prueba legal o tasada, el de la íntima convicción y el de la prueba mixta hasta llegar al actual de la Sana Crítica, en el que "el procedimiento moderno en materia de prueba, deja al juez en libertad para admitir como tales todos aquellos elementos probatorios que no estén expresamente clasificados en la ley, siempre que a su juicio puedan constituirlo; pero en su valoración deben expresarse los fundamentos que se tuvieron en cuenta para admitirlos o para rechazarlos. La prueba moderna debe estar fundada en el raciocinio y en la experiencia; el juez no juzgará según sus propias impresiones, sino de acuerdo con el resultado analítico de las constancias procesales.

En suma, la valoración de las pruebas constituyen un juicio de raciocinio". (7)

Carnelutti (8) por su parte no define qué son las PRUEBAS, --

(7) González Bustamante, Juan José, Ob. Citada, Pag. 335

(8) Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal, Pag.290.-

pero nos señala como función de ellas, la de proporcionar una experiencia en "cuanto mediante la observación a la especie, se vincula el género y así al pasado el futuro" y concluye que pruebas son "los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar" y las podemos comparar, agrega, a llaves mediante las cuales él (el Juez), - trata de abrir las puertas de lo desconocido, de lo cual, como cualquier otro hombre, se encuentra rodeado, para saber lo que no sabe". "Alguna -- vez la puerta se abre de par en par; alguna vez se abre solamente un poco; no es raro que quede cerrada".

Magistralmente trae a colación un símil: "El juez está encadenado en una caverna, de espaldas a la abertura por donde entra la luz y no ve más que las sombras, sobre la pared de enfrente, de los objetos que pasan detrás de él: las pruebas son aquellas sombras, mediante las cuales a veces consigue y a veces no consigue conocer la verdad. El no tiene -- otro modo de conocerla fuera de estas sombras: de ahí el cuidado que debemos poner para darnos cuenta de lo que las mismas son".

En cuanto al valor de las pruebas, dice el autor citado, que - éstas pueden serle más o menos útiles para el juicio que él debe formular y depende esa utilidad del grado de vinculación que se pueda atribuir entre la prueba y el hecho que se trata de probar, según las leyes de la naturaleza; de donde también se deduce que habrá testimonios o presunciones útiles e inútiles y entre los primeros unos más que otros. Es lo que en - estricto sentido se llama valoración de la prueba; es decir, el uso que - el juez hace de las pruebas formuladas en juicio, ve su concordancia con el hecho ocurrido; las clasifica en graves o leves y las acomoda correcta

mente en el lugar que les corresponde; en suma, las coloca sobre la balanza de la justicia y las pesa, desentrañando su verdadero valor.

Esta tarea no es nada fácil, porque, como ya lo dijimos, hay que distinguir las pruebas graves de las leves; las útiles e inútiles y todas las de más que concurran al juicio, a lo que Carnelutti, llama --- "concurso de las pruebas", que significa, como su nombre lo indica, la concurrencia de pruebas de distinta índole, de valor diverso e inclusive de valor opuesto.

En efecto, el juez casi nunca falla con una sólo prueba, antes bien, hace acopio de distintas probanzas. Examina testigos o documentos, practica inspecciones, confrontaciones o careos, etc, lo que da por resultado la acumulación de pruebas, las cuales pueden complementarse o ser de distinto valor o hasta de un valor contrapuesto, por lo que el juez, para desentrañar el verdadero sentido de ellas, practicará un razonamiento crítico o si se quiere una operación matemática: de suma cuando tienen valor idéntico o son complementarios y de sustracción cuando desecha las que considera innecesarias.

La última operación exige en el juez una mayor preparación ya que para analizarlas y, consecuentemente, valorarlas requerirá además orden y paciencia.

Mas adelante dice Carnelutti, que para la mayor comprensión de este punto, las pruebas se clasifican en directas o inmediatas y en indirectas o mediatas, según que sean de conocimiento directo o que las conozca por otros medios;

*La prueba directa es el hecho mismo, es la evidencia que el juez constata personalmente; no admite grados y su valoración, en conse--

cuencia, es más fácil. Pero la prueba indirecta sí admite grados y está en relación con las distintas etapas por las que llega a su conocimiento; por ejemplo, si un testigo narra al juez haber presenciado el hecho, estamos en presencia de una prueba de primer grado; pero si lo que narra le ha sido referido por otro, existe prueba de grado ulterior, y así sucesivamente; de tal suerte que entre más lejano sea el grado de la prueba, menos valor probatorio tendrá; esto no excluye que entre pruebas del mismo grado exista un valor contrapuesto que exige al juez valorarla con razonamiento crítico.

* Conclusión: la prueba directa es el conocimiento que el juez -- obtiene personalmente; y la prueba indirecta es la que adquiere a través de terceras personas. Si a éstas les constan los hechos, por haberlos presenciado, serán de primer grado; y si lo han percibido por otros medios, -- serán de grado posterior, de tal manera que entre más cerca sea el grado, -- así será la eficacia que tendrá para el juez, pero entre unas y otras aceptará o rechazará las que estime útiles y pertinentes.

* También para Carnelutti, (9) las pruebas pueden ser, desde otro punto de vista, históricas y críticas.

Prueba histórica es un hecho representativo de otro hecho, pero siempre que este hecho sea producto de una experiencia. Esto es, que el testigo debe narrar una experiencia, y será de primer grado si él mismo lo ha presenciado y de segundo, si se lo han narrado y si a su vez éste lo ha sabido por una tercera persona, será de tercer grado, y así sucesivamente.

(9) Carnelutti, Francisco. Ob. Citada Pág. 292.-

Las pruebas críticas, no son como las históricas, pruebas representativas, estáticas y frías, sino que por el contrario, podríamos decir que son pruebas con vida y son indicativas porque nos indican (de índice), nos señalan una dirección, de ahí que algunas de estas pruebas críticas, sean los indicios.

Digamos, pues, que la prueba histórica es representativa y la crítica, indicativa y que cada una de ellas puede ser personal ó real.

La prueba representativa descubre de inmediato el hecho: si examinamos la fotografía de una persona, deducimos de esa fotografía la persona en ella representada; pero si examinamos unas huellas, no concluimos de las mismas quien sea la persona a la que correspondan.

Entre las prueba indicativas, Carnelutti (10) nos señala las contraseñas y las distingue a la vez de las SEÑAS. La seña sirve para denotar un aspecto conocido de la cosa, del cual se arguye un aspecto desconocido. La contraseña, denota algo artificial, o lo que es lo mismo una seña que se agrega a algo para distinguirla o identificarla.

Las contraseñas se subdividen en personales o reales, según que correspondan o se agreguen a una persona o a una cosa. Las primeras pueden ser de identidad (nombre), de calidad (título) de presentación (sello etc.) y lo mismo puede decirse respecto a las cosas.

Aunque lo relativo a la contraseña ha sido usado en derecho penal por largo tiempo, no es menos cierto que hasta en la época actual es cuando se le ha venido a señalar su verdadera importancia; para el caso, --

(10) Carnelutti, Francesco. Ob. citada Pag. 296.-

basta señalar el Art. 190 del Código Procesal Penal, en donde se exige y -
determina en que consiste el interrogatorio de identificación.

Otra clase de prueba crítica es el INDICIO, el cual constituye por excelencia la prueba crítica, desde luego que es toda cosa que puede -
servir para determinar la convicción (de la existencia del delito) o para
disculpa, puesto que es sabido que de indicio, cualquier cosa o hecho pue-
de servir y son por consecuencia, al decir de Carnelutti, las pruebas crí-
ticas naturales.

El valor de los indicios está en relación directa al trascurso del tiempo en que son producidas con el momento en que se observan, por lo
cual es importante su conservación y por otra parte depende de la concordan-
cia de ese indicio con las otras pruebas, "de manera que se relacionen con
hechos anteriores, concomitantes o posteriores a la ejecución del delito" -

Finalmente las pruebas críticas pueden dividirse en Pruebas per-
sonales y pruebas reales. Entre las primeras podemos citar las que son pro-
porcionadas por las partes y las proporcionadas por los terceros. A su vez
aquéllas pueden ser pruebas proporcionadas por el imputado y por la parte
perjudicada, lo que tiene enorme importancia desde el punto de vista de la
disponibilidad y desde el punto de vista de la apreciación de la prueba.

TESTIMONIO DEL IMPUTADO

En un orden estrictamente lógico, testigo no sólo es el tercero
que concurre al juicio sino que la parte que aporta su narración en el mis-
mo, pero se reserva el término "testigo", al testimonio del tercero; esto
no excluye que se tome como prueba, especialmente en el campo civil, el --
testimonio del imputado o demandado como se le denomina específicamente en
el campo civil, especialmente cuando su relato es en contra de sí mismo, -

por estimarse que en tal caso estamos ante una prueba segura, por lo que históricamente se le llamó o la confesión, "la reina de las pruebas"; pero si tal denominación tiene aún verdadero valor en el campo civil, es por el contrario de dudosa aceptación en el orden penal, por lo cual se le ve con recelo, al grado que se le rodea de una serie de garantías, tales como que la confesión debe ser clara, espontánea y terminante y llenando los demás requisitos que exige el Art. 494 Pr. Pn.,

Mas sin embargo, no siempre ha sido de esta manera; la historia del derecho nos muestra, especialmente el medioeval, que para provocar la confesión se hacían esfuerzos enormes y se llegaba en todo caso a la tortura, aunque no hay que ver este sacrificio del inculpado únicamente como medio de obtener la prueba; en muchas ocasiones, como cuando existían testigos presenciales o cuando el delincuente era capturado en flagrante delito no necesitaba de su confesión para fallar en su contra y no por eso el juez dejaba de exigir la prueba por confesión, porque la finalidad de la confesión no era únicamente obtener la prueba — que ya la tenía — sino lograr el arrepentimiento del indiciado.

* Pareciera que la tortura como método para obtener la confesión, es algo que está fuera de nuestro tiempo, obra de un oscurantismo ya superado, pero la verdad es que, desgraciadamente, aun en estos días y con inusitada gran frecuencia se usa la tortura para lograr una prueba; y hay que tomar en cuenta que tal procedimiento no es exclusivo de los países atrasados, sino que también de los que se denominan civilizados, especialmente en los delitos políticos aún cuando se disfrazan de comunes, como ocurre muchas veces. En esta tarea ingrata hemos coadyuvado todos (jueces, abogados de los órganos auxiliares, litigantes, periodistas, etc.)

Cuando se "discutieron" los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal, se dio a la confesión judicial y extrajudicial el mismo valor que tenía en la legislación anterior, pero como veremos a continuación, se logró una sustancial variación en cuanto a la segunda.

En efecto, en ambas legislaciones, aunque en forma más ordenada en la nueva para que haya confesión judicial se exige que ésta sea clara, espontánea y terminante; que no adolezca de vicios como la fuerza y el dolo en sus variados matices; que sea producida personalmente por el indiciado y ante juez competente; que no medie error evidente, violencia o intimidación; que el confesante esté en el pleno uso de sus facultades mentales; que el hecho confesado sea posible y verosímil, en atención a circunstancias y condiciones personales del imputado y a la naturaleza misma de la infracción; y que sea lógica y congruente con la forma en que el hecho se produjo; pero aún así, la confesión no constituye una verdad jurídica incontrovertible, puesto que cede a la mejor prueba.

En cuanto a la confesión extrajudicial (famosa, famosísima por diversidad de motivos), se le dio el valor de prueba semiplena, desde luego que si concurre en el juicio, el juez está facultado, para decretar la detención del reo; elevar la causa a plenario y someter la causa al conocimiento del jurado, con la salvedad de que constituye prueba, cuando se trata de delitos comunes, pues en presencia de los políticos, no tiene ningún valor. Este triunfo se logró gracias a laudable labor de un grupo de personas que lucharon ante "los representantes del pueblo", para lograr la innovación, que no aparecía en el proyecto.

Ahora bien, la reforma fue un avance de la colectividad, pero qué es lo que puede ocurrir en la realidad. Creemos con justificado temor

que cuando se quiera perjudicar a una persona contraria al régimen perfecta
mente se podrá capturar al desafecto, por motivos políticos, pero a sabien
das de que la confesión en materia política no tiene valor alguno, se usa
rá el expediente de preparar testigos presenciales (que siempre se encuen
tran y a muy bajo precio) o le atribuirán la comisión de un delito común -
(Tráfico de estupefacientes en la ciudad y aguardiente clandestina en el -
campo), y será remitido con su respectiva confesión extrajudicial.

Un solo ejemplo bástenos para ilustrar el punto y que se dio --
cuando la confesión extrajudicial era valedera para toda clase de delitos.
En la ciudad de Santa Ana se procesó a un catedrático universitario por el
delito de homicidio en una alumna; como no apareciera prueba en su contra,
al concluir el sumario, se sobreseyó a su favor. Posteriormente se le cap-
tura por atribuírsele un delito político; y como es bien sabido que en la
mayoría de los casos, los delitos de esta naturaleza, lejos de causar re--
pulsión enaltecen al procesado, se le remitió al juez competente con la con-
sabida confesión extrajudicial: negaba el delito político pero confesaba -
el común, por el cual ya había sido sobreseyido. Conclusión: se sometió la
causa por homicidio a conocimiento del tribunal de conciencia.

Traemos a colación este caso no porque comulgamos con las --
ideas sustentadas por aquél procesado o porque nos lleve otro interés mas
que el de señalar errores en nuestra práctica judicial, para no mantener
una actitud pasiva que en nada favorece a nuestro sistema procesal, por--
que ya es tiempo de que dejemos de ser cómplices de estos desafueros; que
dejemos esta cómoda posición pasiva, que sólo se altera cuando están en -
juego nuestros personales y egoístas intereses.

Decía un conocido abogado salvadoreño, refiriéndose a proble--

mas políticos de Argentina, entre militares y civiles: "Cuando los militares están haciendo más de aquéllo a que tienen derecho, es porque los civiles están haciendo menos de aquéllo a que están obligados".

No debemos perder de vista, si queremos combatir con argumentos reales y verdaderos, la institución de la confesión extrajudicial en toda clase de delitos, que es suficiente guardar detención en las celdas de -- cualquier cuerpo de seguridad, aunque sea por unos instantes, para que -- estemos dispuestos a confesar toda clase de delitos, por lo que es impropcedente, carente de toda base científica o filosófica, la prueba recabada por ese medio, porque no puede existir libertad o espontaneidad, sin necesidad de tortura; pero la verdad es que también se usa de este método en todos los tiempos, en todos los países, el cual es un método infalible -- para obtener la prueba que se desee.

Copiamos in extenso, el siguiente párrafo de Carnelutti:(11) "La realidad de prácticas coercitivas al objeto de arrancar la confesión -- sobrevive desgraciadamente en las fases preliminares del proceso penal, -- confiadas a la obra de la policía judicial; el respeto de la libertad del imputado, en particular cuando quien lo interroga esté convencido de que -- le oculta la verdad y tanto más si el descubrirla constituye para él un -- éxito personal, exige en el interrogador una alta educación moral, que en los agentes, y con frecuencia también en los oficiales de la Policía Judi-- cial, en el estado actual de la civilización, es difícil pretender o, al

(11) Carnelutt Francesco Ob. Citada, Pag. 298.-

menos, encontrar. Debemos también reconocer que las dificultades de su cometido ingrato son formidables y, por eso, considerar humanamente también sus excesos; pero sería un error, y hasta una culpa, callarlos porque solo el conocimiento libre de prejuicios de la realidad sirve para resolver, -- planteándolo, en primer término, un problema que por lo general la enseñanza del derecho penal, completamente prendido en el encanto de las construcciones conceptuales, casi siempre descuida; de la tortura, en la mejor hipótesis, se habla para contraponer a las sombras de la edad media la luminosa civilización moderna, sin penetrar por una parte, en la profundidad del instituto, y sin confesar, por otra parte, que del error de las prácticas coercitivas en el trato del imputado como prueba no nos hemos librado todavía, por desgracia".

PRUEBAS PERSONALES

Volviendo a las pruebas personales, diremos que no son, como -- podría creerse a primera vista las que proporciona el hombre, puesto que -- entonces serían pruebas históricas; lo que constituye realmente una prueba crítica personal, es aquella revestida de personalidad. Explicando mejor: -- el testimonio delante del juez o frente a cualquiera persona, sería de -- carácter histórica, porque narra un hecho pasado, pero cuando esa narración la analizamos tomando en cuenta el comportamiento del testigo, la franqueza con que relata, su quietud o inquietud al responder, la serenidad o perplejidad con que se expresa, obtenemos de ese testimonio un indicio de suyo

valioso, pues estamos analizando la reacción a través del órgano de prueba en forma inmediata, palpitante de vida, capaz de proporcionar una convicción de verdad o falsedad en nuestra conciencia; pero desgraciadamente en el estado actual del derecho el juez no logra penetrar en esos tortuosos caminos, en esos laberintos de la mente, por lo que se hace muy difícil la reconstrucción del hecho delictuoso.

La nueva legislación penal pretende que el juez se adentre y recorra esos caminos, y así le ordena que investigue y analice al testigo. El juez deberá apreciar la capacidad, imparcialidad y desvinculación del testigo con las partes; deberá investigar sus antecedentes y las condiciones personales y sociales; además, las circunstancias en que haya sido percibido el hecho etc, lo que está contenido en los Arts. 497 y 498 Pr. Pn.-

Porque debemos tomar en cuenta que el testigo proporciona al juez la prueba, no sólo con su comportamiento y narración sino que además con su pasado, según sus antecedentes, "no sirve de prueba sólo por aquello que narra o, en general, por aquello que hace, sino también por aquello que es; o, en otros y quizá más precisos términos, no solo por aquello que es en el momento en que narra, sino también por aquello que ha sido, pues desgraciadamente en el noventa por ciento de los casos el delito se comprueba y la pena se determina de acuerdo con lo que narran los hombres, imputado, parte lesionada y testigos; pero el valor de sus narraciones depende de su comportamiento o de su pasado, y casi nunca tiene el juez la posibilidad -

de conocer la verdad de su comportamiento y de su pasado" (12)

PARTE LESIONADA

De la parte lesionada como prueba, poco podemos agregar a lo dicho en relación a la prueba del indiciado, ya que en la misma forma y circunstancias puede servirle al juez para descubrir la verdad; no tanto por lo que narre, sino que por su comportamiento, del que puede deducir la realidad del delito.

En resumen y para concluir con este capítulo podemos decir que la prueba civil ha sido comprobación de los hechos propuestos por las partes, aunque modernamente el juez tiene facultad de buscar la verdad por medios no propuestos por aquéllas pero, por su caracter especial, en una forma más limitada; en cambio en el campo penal la finalidad del proceso y por ende, de la prueba, es la reconstrucción del delito, la atribución que pueda caberle al sujeto activo y como dice Florián, lo que se trata es de "reconstruir libremente el delito y su historia, partiendo del hecho externo y último en que se concreta y remontándose en el tiempo hasta su génesis síquica y física y a la manera como obró y se manifestó en el individuo que cometió el hecho delituoso". Porque, agrega el mismo autor -- más adelante, "en el campo de las pruebas penales no hay que buscar simples relaciones jurídicas, sino una materia viva, saturada de realidad, -

(12) Carnelutti. Ob. citada, Pag. 302.-

vibrante de pasión, pues en él se manifiesta la poliédrica alma del hombre en sus infinitas variaciones y en el palpitar de su vida multiforme. Aquí se trata de rastrear y de apreciar hechos humanos, de evaluar la -- credibilidad de las personas, de explorar la personalidad de los individuos y de investigar las diferentes circunstancias! (13)

(13) Florian, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I Pags.4-10.-



B) DISTINTOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA.

Los distintos sistemas de apreciación de la prueba, que se refunden, a nuestro modo de ver, en los tres que señalamos en este apartado, (Sistema de prueba legal o tasada, Sistema de prueba libre y Sistema mixto) tienen como arranque histórico los sistemas dispositivo e inquisitivo, los cuales han prevalecido indistintamente; es decir, que algunas veces estuvo en boga el sistema inquisitivo y otras el dispositivo, o viceversa; pero el camino a seguirse en el futuro, ha de ser, sin lugar a dudas, el inquisitivo.

El principio dispositivo consiste en limitar la actuación del juez en cuanto a la necesidad de que sea el interesado quien inicie el proceso para que con base en ello, el funcionario judicial resuelva en forma limitada, es decir, concretamente sólo la petición del actor, sin serle lícito rebasar los límites de la petición, porque iría contra lo que se denomina principio de congruencia.

El juez en el sistema dispositivo no tiene libertad, ni para investigar por cuenta propia ni para sobrepasar los límites de la petición, aunque que sí está facultado para ponerle fin al proceso por desistimiento o transacción.

En términos concretos: sistema dispositivo será aquel en que se deja a la partes la facultad de disponer del juicio y en el que la función del juez se limita a mero observador.

Este sistema puede aplicarse con toda plenitud, únicamente en el Proceso Civil y sólo en aquellas Legislaciones que estiman que la con-
tienda civil, es un negocio de índole estrictamente privado.

El sistema será inquisitivo cuando se permite o se deja al --
juez, de oficio, toda la investigación en el proceso, incluyendo la facul-
tad de continuar el juicio, aún por desistimiento de la parte capaz. Este
sistema es el que siguen en materia civil y, también aunque sea redundante decirlo, en materia penal, las legislaciones modernas de Italia, Austria, Argentina, Alemania, México, Rusia, Francia, Brasil etc, sin que --
esto signifique que las partes estén privadas de aportar pruebas y menos aún de la obligación de que las haga concurrir, la parte que alega un --
derecho, puesto que a ella le corresponde la carga de la prueba, como se
dice en doctrina.

Pero es del caso aclarar que ambos sistemas, dispositivo o inquisitivo, pueden subsistir con distintos medios de valoración de prueba. En ambos puede haber libre apreciación y tarifa legal: se trata de dos --
aspectos diferentes ya que en un sistema inquisitivo, en el cual el juez
tiene la facultad y la obligación de buscar las pruebas para hacerlas --
llegar al proceso, puede estarle vedado apreciarlas libremente, pues la -
ley puede señalarle de antemano, el valor que debe darle a esa prueba re-
cabada de oficio.

Por el contrario, en presencia de una legislación de corte dis-
positivo en la cual el juez no tiene la facultad ni la obligación de bus-

car las pruebas por iniciativa propia y más bien es un sujeto pasivo en el desenvolvimiento del proceso, puede perfectamente tener libre o razonada - apreciación de las probanzas aportadas por los litigantes y no buscadas de oficio.

En suma, la libre apreciación y la tarifa legal o prueba tasada no son sistemas de apreciación exclusivos de ninguno de los procesos in--quisitivo o dispositivo y como queda demostrado, cualesquiera que fuere - el sistema de introducción de probanzas (por las partes o de oficio), la - apreciación de las mismas, es un aspecto distinto en el cual el juez tiene libertad de valorarlas o está obligado a darles el alcance que la ley pre-
viamente señale.

La historia nos confirma que hubo procesos inquisitivos con tá- rifa legal y procesos dispositivos con libre apreciación.

Entremos ahora a ver en qué consiste cada uno de los sistemas de apreciación de las pruebas, independiente de que el proceso sea de cor-
te inquisitivo o dispositivo, como ha quedado demostrado en los párrafos anteriores, pero que lógicamente tienen mayor concordancia con el sistema inquisitivo, ya que el dispositivo usa especialmente de los sistemas de -
valoración llamado prueba tasada o tarifa legal.

Antes diremos que existe además, un sistema de apreciación de prueba llamado de íntima convicción, que es aquél en cuya virtud el juez decide únicamente basado en su conciencia, alejado de todo razonamiento -

legal, inclusive contra las pruebas que obran en el proceso, esto ocurre con el tribunal del jurado a quien la ley no pide "cuenta de los medios por los que ha llegado a formar su convencimiento".

En puridad de análisis, la íntima convicción no constituye un medio de valorar la prueba en el sentido que lo dejamos expuesto; sin embargo puede confundirse con el denominado de la libre convicción o prueba libre, por la palabra "libre" pero naturalmente son diametralmente opuestos.

* La libre convicción o prueba libre sirve para caracterizar un repudio al régimen de las pruebas legales.

No significa arbitrariedad, puesto que el juez no es libre -- para juzgar; su poder no es ilimitado, porque si lo fuera constituiría - arbitrio; es "libertad de comprobación, o más concretamente, libertad de adopción a los instrumentos de comprobación, lo cual presupone siempre el deber de proceder a una comprobación". (14)

El juez está inhibido para sustituir la prueba en sentido jurídico a la prueba en sentido moral.

La libre convicción no significa, en este sentido, la inobservancia de las reglas para la recepción de las pruebas y no debe perder de vista el juez, que en la búsqueda y valoración de pruebas se debe tomar - en cuenta las máximas de experiencia y los hechos notorios.

Para el profesor Carlos Lessona, existen tres sistemas de apreciación de las pruebas: Prueba positiva o legal; íntimo convencimiento y persuasión racional.

El primero es el mismo de la prueba tasada o tarifa legal, desde luego que las pruebas tienen un valor inalterable o constante; el juez no tiene que aplicar criterio sino que contar las que les proporcionen o adquiera de oficio. El únicamente aplica la ley general al caso concreto.

En el de íntimo convencimiento, al contrario del sistema anterior, el juez adquiere el convencimiento de la verdad con "la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos"; es decir, que no está obligado a ninguna regla y resuelve en la medida que la impresión que las pruebas que le proporcionen causen en su ánimo.

Y en el de la persuasión racional debe tener como base su decisión, un criterio lógico. No es su criterio individual el que prevalece sino el que proporcionan las reglas de la verdad histórica.

Jose Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, Citados por Sonia Picado Sotela (15) afirman que los sistemas básicos de apreciación de prueba son: Sistema de la prueba libre, sistema de la prueba legal o tasada y sistema mixto. Y agregan además, que existen para otros autores entre los que se cuenta, naturalmente, Couture, el sistema de la Sana Crítica o de la prueba razonada que es una categoría intermedia entre la prueba legal y la

(15) Sonia Picado Sotela. Pruebas Legales y Libre Apreciación, Pag. 14.-

libre convicción.

Sobre la Sana Crítica volveremos en el capítulo siguiente ya - que en éste nos corresponde hablar de los otros sistemas que han dado origen y vida a aquél.

Siguiendo el criterio de los autores señalados comprendemos como dice Sonia Picado Sotela, que el principio de libre convicción señalado por Eduardo J. Couture, es el mismo del íntimo convencimiento de Lessona y el de la Sana Crítica de aquél, es el de persuasión racional de éste; pero la verdad es que todos los sistemas se reducen a dos: Pruebas legales y li
bre apreciación, y puesto que el mixto no es más que un sistema que se for
ma por la combinación de los dos anteriores, carece de una verdadera auto
nomía.-

↓ Couture *Lessona*
libre convicción = íntimo convencimiento
Sana Crítica = persuasión racional

I) SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA

Hemos analizado en párrafos anteriores los diferentes sistemas de apreciación de las pruebas y concluimos en ellos que en síntesis, no existen más que dos sistemas, con ligeras variantes únicamente en la terminología, siendo éstos el de la tarifa legal o prueba tasada y el de la libre apreciación, o persuasión racional o moral como también se le denomina.

Se dice que la prueba tasada es un "régimen procesal opuesto en absoluto a la libre apreciación de las pruebas por el juez, característico del antiguo procedimiento, donde la ley regulaba en cada caso la eficacia de los medios probatorios y la exclusión de los mismos; como la clásica odiosidad al testimonio de un solo testigo, y la aceptación —candida en el fondo— del testimonio concorde de dos o más, quizá hábilmente confabulados". (16)

El sistema que nos ocupa ha sido el que se adujo y defendió como un avance de la ciencias jurídicas, puesto que estando concebido dicho sistema con criterios fijos, se determinó en qué casos y mediante qué condiciones debía existir certeza de prueba y por ende en que casos no existía esa certeza.

Naturalmente que el clásico sistema que estudiamos aunque no -

(16) Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV.-

fue primero en tiempo, desde luego que previamente lo estuvo el del libre convencimiento, fue en cuanto a su aparición un logro de la colectividad que echaba por tierra las famosas ordalías o juicios de Dios y los duelos judiciales que "eran sistemas probatorios bárbaramente taumatúrgicos, fulminados con anatema por el cuarto concilio de Letrán. De modo, pues, que aunque el sistema de libre convencimiento fue históricamente más antiguo, las pruebas legales, en cuanto el tiempo que estuvieron en boga, constituyeron realmente un progreso, que fue tanto más benéfico porque ellas se unieron al proceso inquisitorio y se convirtieron así en un correctivo del arbitrio judicial temible en esa forma de procedimiento". (17)

Fue entonces la corriente liberalista de los siglos XVII y XVIII la que introdujo el progreso de las pruebas legales con lo cual se le señalaba al juez el valor de convicción que debía dar a las pruebas, evitando así la arbitrariedad que imperaba en las monarquías de la época.

Se estableció con la prueba tasada un valladar a la arbitrariedad de los gobernantes y nació el famoso principio de legalidad con procedimientos rígidos que regulan completamente la casi totalidad de sus actuaciones.

Con el correr de los años se ha comprobado que este sistema, en el cual el legislador le señala al juez las reglas generales que debe aplicar al caso concreto; las disposiciones mediante las cuales tiene que fa--

(17) Dei Malatesta, Nicola Framarino. Lógica de las Pruebas en Materia -- Criminal Vol. I, Pag. 47.-

llar; la admisibilidad de pruebas; la fuerzas de éstas y su grado de valor; se ha comprobado, decimos, que tal sistema no es el más apropiado ya que como dice Kisch, W. (18) "con semejante regulación existía una cierta regularidad en lo referente a la proposición de la prueba. La parte, en efecto, - podía calcular anticipadamente, con cierta probabilidad de acierto, el resultado de la misma; y los jueces, que se atenían estrictamente a la ley, llevaban una responsabilidad menor. Más el sistema todo padecía de un fundamental defecto, cual era el de consagrar una oposición antinatural entre el -- convencimiento humano y el jurídico, y además tenía el defecto básico de la imposibilidad por parte del legislador de agotar el número inmenso de posibilidades de la vida. Una circunstancia probatoria que en un proceso no -- tiene la menor importancia, puede ser, dadas otras condiciones distintas, - de un valor superlativo, y viceversa. Siempre dependía del caso particular!"

Con las claras y precisas palabras del autor citado, se ha demostrado hasta la saciedad, el obsoleto sistema de prueba legal o tasada.

No obstante lo anterior, se argumenta que existe una mayor garantía con el sistema de la tarifa legal, porque, con él, ^{al} contrario de la libre apreciación, los jueces están inhibidos de favorecer a una de las partes, ya que la ley le señala el valor de convicción que debe dar a las --- pruebas proporcionadas por las partes o recabadas de oficio, cuando el sistema se lo permita. El sistema de libre apreciación ---arguyen--- permite

(18) Kisch, W. Elementos de Derecho Procesal Civil.-Pag.187.-

al juez desviarse de la ley impunemente, sobre todo cuando no es honrado, en favor de cualquiera de los contendientes.

Nada más alejado de la verdad por las siguientes razones que no son nuestras sino de Echandía (19): Primero, "no existen, en nuestra opinión, más posibilidades de arbitrariedad ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fé, encontrará fácilmente la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas. Esto lo prueba la experiencia de siglos. Podrían contarse por millares, en cada país, las personas que han sufrido la mala justicia y el atropello judicial, o que se han beneficiado de la indulgencia ilícita de todos los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal".

Y Segundo, porque como dice el mismo autor, "se presume indebidamente que el juez va a negarle valor a una buena prueba, lo que equivale a confundir la arbitrariedad con la libertad de apreciación, peligro que se elimina con la obligación de motivar su decisión y la revisión del superior en apelación o casación".

En suma, el sistema de prueba tasada es aquél, en virtud del cual se regula en cada caso, la eficacia y valor que debe darse a las pruebas.

bas.

Este sistema, "vuelve bien mecánica la función teleológica del juez al reducirle considerablemente su misión a la mera tarea de comprobar y contar los requisitos indispensables previamente determinados por la ley", siendo tal sistema "asfixiante no sólo del juez, sino que de la justicia misma". (20) Y vuelve al juez definitivamente un autómatas o esclavo de la ley sin libertad discrecional para valorar las pruebas con criterios psicológicos, lógicos o de experiencia.

En conclusión: opinamos que el sistema de la Prueba Legal o Tasaada, significó en su época un grande y poderoso avance, de resonancia inmensa y de clara luminosidad, cuyos reflejos aún iluminan diversas legislaciones. Y constituyó un triunfo por cuanto instauró y dio vida al Principio de Legalidad, fiel garante de la justicia y base de la democracia representativa, se creó la división de los poderes del estado y se indicaron las funciones de cada uno. Desde entonces el Juez ya no fue libre y absoluto para decidir sobre la suerte o mala suerte del procesado, porque el legislador le había señalado los caminos que tenía que recorrer para llegar a un convencimiento, las pruebas que debería admitir y el valor que debería atribuirles.

El juez dejó de ser libre para decidir según su real saber y entender, según su íntimo convencimiento, sino que su resolución desde en

(20) Dr. Arce Gutiérrez, Héctor Mauricio. Trabajo Inédito presentado a la segunda convención de abogados de El Salvador. Noviembre de 1973.-

tonces debería estar ajustada a la ley en la forma y circunstancias en que ésta se lo indicara. Y puesto que no todos los hombres llevamos en nuestra conciencia el espíritu de la justicia, era necesario, en aquellos tiempos de monarquías absolutas, que se estableciera una barrera al ilimitado poder y voluntad del juzgador.

Pero si bien es cierto que el Sistema llenó su cometido en esos estadios de la historia, por cuanto el poder estaba concentrado en una sola mano, la realidad es que un sistema de esta naturaleza, no puede por imposibilidad absoluta, por elemental lógica, abarcar la inmensa gama de situaciones de la vida, la variedad de posibilidades que se suceden en el diario acontecer, por lo que no es dable admitir un sistema casuístico en materia procesal y debe cambiarse por uno más flexible, que permita al juez comprender y apreciar cada caso particular, porque se trata de reacciones humanas las que se van a estudiar y un caso es distinto al otro, de tal manera que es necesario que la ley permita al juez, analizarlo independientemente, valorarlo en especie; en suma, pesar la prueba y no medirla y menos con la misma vara.

En este sistema, lo venimos indicando, la función del juez se torna una tarea mecánica, de responsabilidad menor si se quiere, pero deja al funcionario judicial atado de pies y manos; por lo tanto le es imposible resolver en forma justa y valedera la variedad de situaciones que le presenta la vida. Es precisamente esta situación lo que vuelve obsoleto al sis-

tema, pues impide ver, analizar y resolver con razonamiento lógico el caso particular; y, aunque personalmente esté convencido de la injusticia de -- una prueba no puede menos que resolver en base a ella, y si por otra parte, la ley le impide buscar las pruebas de oficio, como ocurre en nuestro medio en el orden civil, la situación se vuelve más desesperante.

Naturalmente que este sistema debe cambiarse por el de persuasión racional, que es por el que venimos abogando, pero esto no significa que el nuevo sistema, no tenga sus inconvenientes, y graves, como es la impreparación del juez, su inescrupulosidad o perversidad si se quiere, - que podría inclinarlo a resolver en un determinado sentido contra toda lógica, en una forma por demás injusta, pero serán casos patológicos de rara ocurrencia y por otra parte, como expresa Echandía, el mismo mal vamos a encontrar en todo sistema, porque si la ley se quiere violar, ya se encontrarán los medios de hacerlo, pero ante esta enfermedad el nuevo sistema también tiene su medicina: la revisión de la sentencia, la publicación de la misma y la obligación de motivarla.

2) SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE

Este sistema totalmente contrapuesto al anterior, no deja al juez restringida su libertad para la búsqueda y descubrimiento de la verdad judicial inévitable en todo proceso, sino que por el contrario, le permite desarrollar su prudencia y sagacidad profesional, para buscar la realidad ocurrida y le permite además, en representación de la justicia, actuar con plena libertad para decidir en el caso planteado.

Como puede verse a través de esta comparación, los sistemas propuestos son en un ^{todo} distantes: aquél, de una rigidez absoluta que conlleva una función cuantitativa, que no cualitativa y éste con una marcada flexibilidad; con una libertad completa para analizar las pruebas concurrentes al proceso. Como todos los extremos nunca llevan a una feliz culminación, - estimamos que la prueba libre, sin cortapisas de ninguna especie tampoco - es conveniente, porque la estaríamos asimilando a la libre e íntima convicción; por lo mismo, consideramos que no debe imperar en nuestro sistema judicial, especialmente en estas latitudes en donde los funcionarios judiciales no están capacitados para entender esas doctrinas; y no pueden estarlo porque carecen de preparación suficiente para una verdadera y justa aplicación de esas nuevas corrientes: "La justicia seguirá siendo un arte humano y, en consecuencia, falible", ha dicho Gorphe, (21) y si a esto le agrega-

(21)F. Gorphe. La Apreciación General de las Pruebas. Pag. 22.-

mos la inexperiencia, la ignorancia y la inescrupulosidad de los encargados de realizarla, llegaremos necesariamente al caos judicial.

Debemos aclarar en este momento, que cuando decimos que este sistema no es conveniente a estas alturas, nos estamos refiriendo al sistema en toda su plenitud pues no podemos romper de un solo golpe "siglos de prueba aritmética" como ha dicho Couture, sino que el sistema de la -- prueba pesada debe introducirse a paso lento pero seguro, a medida que -- vayamos acostumbrándonos a él, ya que existe por ahora el grave e infranqueable problema de la inexperiencia.

Se ha dicho que el sistema de la libre apreciación de las pruebas es aquél en que la convicción del juez no está ligada a un criterio -- legal y está formado respecto a la eficacia de la misma, a su valoración personal, racional, de conciencia, sin impedimento alguno de carácter positivo.

En el sistema que anotamos, la apreciación de la prueba no está limitada por la ley en términos generales, pues las especies si lo están y en nuestro nuevo ordenamiento jurídico penal existen esas limitaciones; las decisiones judiciales deberán estar fundadas en razones de equidad y justicia, "utilizando un sistema racional de deducciones que guarde concordancia con las demás pruebas del proceso, con facultad de fijar, en cada caso, los hechos que deben tenerse por establecidos, mediante el examen y valoración de las mismas, cualquiera que sea su número y entidad. Y

el tribunal esta obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tengan para conceder o negarle valor" (Art. 488 y 489 Pr. Pn.)

En la libre apreciación de la prueba, las presunciones judiciales o indiciarias constituyen el campo de máxima aplicación, por lo que resulta un contrasentido decir que éstas deben apreciarse através del nuevo sistema.

Y es aquí donde se ^{ha} cometido un lamentable error en nuestra nueva legislación procesal penal, desde luego que la prueba presuncional debe ser estimada de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica, porque ella -- misma es Sana Crítica.

"El error consiste en no haber refundido la llamada prueba de presunciones con la Sana Crítica. Es decir, que presunciones y Sana Crítica son una misma cosa. La enumeración de las presunciones judiciales no -- constituye sino una serie de máximas de experiencia, que ponen en guardia frente a errores comunes del razonamiento. Son preceptos de higiene mental tendientes a depurar la reflexión de muy frecuentes equívocos". (22)

Las presunciones naturales se asientan en un suceso de diaria frecuencia; se deducen de un hecho conocido, consecuencias que se tienen por verdaderas en base a un cálculo de probabilidades.

Ya lo dijo Gorphe (23), "en cuanto a los indicios propiamente dichos, no se ve casi la utilidad de una intervención legislativa para ---

(22) Arce Gutiérrez, Héctor Mauricio. Trabajo Inédito Mencionado.

(23) F. Gorphe. La apreciación Judicial de las Pruebas. Pag.43.-

guiar al juez".

Naturalmente que en este sistema son admisibles todas las pruebas, desde luego que los medios y motivos no están determinados por la ley. Según las reglas de la lógica, auxiliado de la sicología experimental y de la experiencia de la vida, se deja a la prudencia de los jueces la apreciación de las pruebas, de toda clase de prueba, pero especialmente de la prueba indiciaria, para que en aplicación de la recta razón pueda encontrar la verdad en el proceso o al menos su máxima aproximación. Para Kisch (24) Citado por Sonia Picado Sotela, este principio de libertad que opera en la libre apreciación de la prueba, permite, sólo él, responder cumplidamente a la variedad enorme de las relaciones humanas, y pone al juez en condiciones de considerar cada circunstancia en dichas relaciones con el tiempo, las personas, los lugares etc; consiguientemente, conduce a apreciar su significación en el caso concreto con una amplitud tal, que permite confiar en la exactitud rigurosa del juicio. Con tal sistema, agrega, es indudable que la responsabilidad del juez aumenta considerablemente lo cual implica que debe guardarse mucho de ser llevado por impresiones subjetivas y arbitrarías en la formación de su convicción, por lo que se le exige que razone sus fallos, que motive sus sentencias, con lo cual se le constriñe a ejercer un autocontrol y permite a otras personas, especialmente a los tribunales superiores hacer un examen posterior.

(24) Picado Sotela, Sonia. Trabajo Citado, Pag. 23.-

SISTEMA MIXTO

3)

Los dos sistemas de apreciación de la prueba en los cuales se -
 confunden los otros, son el de tarifa legal, prueba tasada o prueba legal;-
 y el libre apreciación. El primero, como se ha indicado y hasta donde re -
 sulta posible, la ley determina el valor de cada medio de prueba, y el segun
do o de libre apreciación, como lo venimos indicando, el juez dispone de fa
cultades para resolver basándose en principios de Sana Crítica; por manera -
 que será en relación a este último sistema en donde indicaremos cual es la
 forma de apreciar las pruebas con criterio razonado, lo que en definitiva -
 constituye la Sana Crítica.

Hemos de recordar que con anterioridad señalamos otro sistema in -
 dependiente de los anteriores pero que tiene parentesco con el últimamente -
 explicado, el cual en puridad de razonamiento no es un sistema de apreciación
de prueba; se trata de una decisión basada en razones sentimentales y no -
legales. Este sistema es el de la íntima convicción que especialmente se -
ha estatuido para los jurados populares, que en razón de la forma en que -
deciden, se les llama tribunales de conciencia.

Volviendo a los dos principales sistemas de apreciación de prue -
 bas que tienen una vida independiente y una posición antagónica, podemos a -
 firmar que de la conuinación de ambos, resulta un tercer sistema que por -
 las razones dichas, no es autónomo, y que podríamos llamar ecléptico o mix -
 to.

El sistema mixto tiene su campo de aplicación en los países de
 derecho escrito en cuyos textos legales se determina el valor que debe dar
se a ciertas pruebas; es decir, que la ley le indica en qué forma debe fa

llar y cuál es el valor de convicción que aquéllas debentener. Le permite a simismo al juez tener libertad de decisión en otras también determinadas -- pruebas, y que con base en razones lógicas y con el auxilio de ciencias par ticulares como la sicología y la lógica, auxiliado de la experiencia de la vida, dé un valor de convicción a esa clase de pruebas; específicamente se le determina, más que todo cuando se trata de presunciones e indicios como se explicó antes, en el cual el juez debe darles el valor que crea conve -- niente, pero ha de señalar en su sentencia con toda claridad, los fundamen tos que tuvo en cuenta para resolver en ese sentido, no sólo por su propia seguridad sino para una mejor comprensión del tribunal superior en grado, - por lo que no es dable expresar su convicción con frases generales.

Es bien sabido que nuevas doctrinas sustituyen a otras, y que -- por lo general estas doctrinas son el reflejo de nuevas inquietudes y gene ralmente de una superior calidad, por lo que es conveniente adaptarlas de - inmediato y traducirlas en leyes positivas. Sin embargo no las aceptamos -- plenamente por razones varias. En primer lugar estas nuevas doctrinas y es pecialmente en lo atingente a la apreciación de las pruebas, no se les puede abrir las puertas de par en par, porque se trata de una innovación precisa mente, y por ello desconocida para la mayoría; en consecuencia, no tenemos la preparación indispensable para comprenderla. En segundo lugar, porque -- las pruebas legales, sistema de rancio abolengo, descansa en la experiencia de la vida y constituye un dique para evitar el abuso de los jueces, habida cuenta que la libre apreciación suena a arbitrario y podría dar lugar a que el juez apreciara caprichosamente una regla de derecho y echara por tierra inclusive, el sagrado principio de legalidad. Por eso no conviene admitir - el sistema en una forma amplia y absoluta, pues con lo novedoso de él, po -

dría dar lugar a multiplicidad de interpretaciones, pues la apreciación - no tiene señalado de antemano un valor expreso y terminante, lo que se deja al razonamiento del juez en cada caso particular.

Además, "no hay que olvidar que toda nueva ley en si misma es - un mal, puesto que destruye situaciones adquiridas y por ello crea un desorden, por lo menos momentáneo. Por eso existe el principio de irretroactividad, para limitar el efecto destructivo de la ley". (25)

En razón de lo anterior no se puede ab-initio, admitir ninguno de los dos sistemas autónomos sino el que predomina en las legislaciones modernas: el sistema mixto.

(25) Ripert, Georges. Crisis del Derecho, Pag. 85.-

CAPITULO II.

- A) CONCEPTO DE SANA CRITICA B) ORIGEN C) FUNDAMENTO D) UBICACION DE LA SANA CRITICA Y SU CAMPO DE APLICACION.-

CONCEPTO DE SANA CRITICA

Hemos indicado en el capítulo anterior que la Sana Crítica es la facultad que tienen los funcionarios judiciales para resolver, basados en consideraciones de orden lógico, ético y de experiencia en la vida; que tal manera de resolver es propio del que hemos denominado sistema de libre apreciación de la prueba, sistema racional o moral; es decir, de aquel sistema que se opone enteramente al de la prueba tasada o tarifa legal en donde el valor de convicción de las pruebas del proceso están previamente determinadas en la ley positiva, de tal suerte que el juez en cada caso señala el valor de convicción que la ley le indica, como cuando le ordena que el testimonio concorde de dos o más testigos (aun cuando fueren hábilmente confabulados) constituyen plena prueba y el testimonio de un solo testigo no constituye, según este sistema más que prueba semiplena.

Este sistema de la prueba legal consagraba como dice Kisch (26) "una oposición antinatural entre el convencimiento humano y el jurídico y además tenía el defecto básico de la imposibilidad por parte del legislador de agotar el número inmenso de posibilidades de la vida".

Esta misma idea la encontramos en Eduardo J. Couture y en Carlos Lessona, citados por Sonia Picado Sotela. (27) El primero nos dice --

(26) Kisch W. "Elementos de Derecho Procesal Civil", Pag. 423.-

(27) Picado Sotela, Sonia, Ob. Citada, Pag. 68.-

que "en el principio de la libre convicción el juez puede advertir en su fallo que si bien los testigos (refiriéndose específicamente a esta clase de prueba) son válidos y declaran en forma concorde, su conocimiento personal de los hechos y su convicción moral le llevan a no aceptar como ciertos 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, i, e, 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 requiere un episodio ocurrido a una distancia que lo hacía imperceptible, etc.

Dentro de este sistema, no le será consentido al juez aplicar - su conocimiento personal de los hechos. Para rechazar la prueba de los testigos deberá apoyarse con hechos probados en el juicio".

El profesor Lessona, llama al sistema de libre convicción de -

Couture, sistema del íntimo convencimiento y al de Sana Crítica, de persuasión racional.

Por su parte, el profesor Guasp, dice que los sistemas de persuasión racional y de la Sana Crítica están englobados en el de libre apreciación, pues entre prueba libre y prueba tasada, no existe jurídicamente hablando, ningún criterio intermedio válidamente recogido.

En resumen, expresa, no hay más que dos soluciones: sumisión o desvinculación a las reglas del derecho. Las reglas de la Sana Crítica o del criterio humano, o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho o prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones, y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente, estéril.

Este autor no precisa un concepto de Sana Crítica y da la impresión por el contrario, que para él, sólo existen preceptos que vuelven el sistema de apreciación de prueba, como prueba tasada, lo cual como adelante lo indicaremos no es totalmente cierto, y nos inclinamos por considerar a la Sana Crítica, en la misma forma y términos como la concibe Couture, para quien existen tres sistemas: prueba legal, libre convicción y Sana Crítica. En el primero, expresa este autor, el legislador le dice al juez: tu fallas como yo te lo digo; en el segundo le dice: tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos sin la prueba de autos y aun contra la prue

ba de autos y en el tercero le dice, luego, de haberle dado al juez facultades para completar el material probatorio: tu 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.

Si bien es cierto que estamos de acuerdo con el sistema apuntado, queremos dejar constancia que nosotros concebimos en forma más sencilla los sistemas de apreciación de la prueba, tal como lo venimos indicando en el trascurso de este trabajo, y que para mejor comprensión los resumimos: sistema de íntima convicción (sin fundamento lógico ni racional); sistema de prueba tasada y sistema de prueba libre, o libertad de apreciación. En este último, el juez dispone de facultades para resolver conforme a los principios de la Sana Crítica.

El diccionario de derecho usual (28), da un concepto de Sana Crítica así: "fórmula legal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por la imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas".

La Sana Crítica puede confiar al juez la apreciación de las pruebas en forma total o en algunas clases de pruebas, ya que muchas de ellas como la prueba instrumental, que tiene un valor de convicción previo, difícilmente podrá valorarse a través de la libre apreciación; pero otras,

(28) Cabanellas G. Diccionario de Derecho Usual.

especialmente lo referente a la confesión, si es necesario que se le acepte o rechace con base en el criterio de persuasión racional.

El criterio de valoración de la prueba a través del sistema de la Sana Crítica ha sido aceptado en la gran mayoría de las legislaciones, inclusive en nuestro ordenamiento procesal tradicional, aunque en éste, en forma tímida y no de manera expresa y orgánica como se estatuye en la nueva legislación. (Reformas al Código de Instrucción Criminal, Código de Trabajo, Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito).

Se sostiene por alguno que son reglas de Sana Crítica, todas aquellas disposiciones que se encuentran diseminadas en los códigos, en las que la decisión sobre algún punto se deja "al juicio prudencial del juez" o se falla con "robustez moral de prueba", criterio con el cual no comulgamos desde luego que tal manera de apreciación no tiene ninguna base científica y mas bien son criterios de libre convicción; en cambio las reglas de Sana Crítica, son de mero derecho porque el juez tiene que examinar, valorar y admitir las pruebas que confirmen los hechos.

Pero en la nueva legislación procesal penal, ya se implanta expresamente el sistema de valoración de prueba razonada, y se dan reglas para su aplicación, aunque no en forma absoluta porque a estas alturas, quizás no sea conveniente desterrar completamente el de la prueba legal o tasada, por razones de orden práctico como lo indicamos en citas anteriores.

Para formarnos un criterio de lo que en realidad constituye la Sana Crítica como sistema de apreciación de la prueba, debemos dejar sentado como base, que se trata no de un sistema arbitrario como podría creerse a primera vista, sino que para interpretar una prueba, es menester aplicar las reglas de la lógica para lograr el recto entendimiento que -- guiará al juez a pronunciar una sentencia justa; es decir, que se deja a la prudencia de los jueces la valoración de la prueba, pero es necesario que use las máximas de la experiencia entendidas como "el conjunto de juicios formados sobre la observación de lo que ocurre comunmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio", tal como lo dice Stein.

Para Couture, la Sana Crítica es "del correcto entendimiento humano; es la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida".

Lo que significa que la convicción del juez debe ser razonada y que las razones que aduzca en sus sentencias, tengan necesariamente que causar igual convicción en cualquier otro hombre racional a quien se le propusieran las pruebas. "En otros términos, el convencimiento no debe estar fundado en apreciaciones subjetivas del juez, sino que debe ser tal, que si los hechos y pruebas sometidas a su conocimiento se propusiesen al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez".(29)

(29) Framarino Dei Malatesta, Nicola. Ob. Citada. Pag. 286.-

De tal manera, agregamos nosotros, que si el juez, aún estando convencido personalmente de la culpabilidad del reo considera que las razones contenidas en el proceso no producen la misma convicción en cualquier otro ciudadano racional y desinteresado; !tiene que absolver!. No hay que olvidar que debe tenerse en cuenta la presunción de inocencia a favor del reo.

Esta es la razón fundamental por la cual el juez debe expresar los motivos en los que funda su apreciación; esto es, exponer con toda precisión, los fundamentos que tenga para concederle o negarle valor a una prueba, pues con ello razona su convicción; por otra, hace posible que esa convicción, sea controlada por la sociedad y permite, finalmente, que en posteriores instancias se determine la exactitud de esa convicción. -

Por eso decimos que los diques de la Sana Crítica, para que no se conviertan en arbitraria decisión de los justiciables, es la motivación y la publicidad. En la primera se comprenden las razones lógicas, psicológicas y de experiencia que el juez haya tenido en cuenta para decidir en un determinado sentido, de lo que resulta que ese fallo no será arbitrario sino razonado; que no será contado sino medido el instrumento probatorio proporcionado en el proceso para su decisión. Y por otra parte esa sentencia será objeto de publicidad, lo que también constituye un dique desde luego que se presume será conocida por todas.

Si esto no bastare, creemos que el juez está en la obligación -

ineludible de absolver cuando aún estando convencido personalmente de la culpabilidad del reo, estime que las razones contenidas en la prueba no producirían el mismo valor de convicción en cualquier otro ciudadano racional y sin interés en el caso concreto.

Esta última razón, quizá la mas importante, es la más difícil de aplicar porque se necesita en el juez una preparación superior al común de las personas, para reconocer, que aunque por sí este convencido de la culpabilidad del procesado, no causará la misma impresión en otra persona que como él, fuera racional y libre, por cuanto se necesita de una probidad y moralidad exenta de toda duda, lo que constituye una dificultad un tanto insuperado porque no vamos a encontrarla en el ciudadano común y corriente, pero sí en el funcionario honesto y preparado y más que todo con una gran dosis de humildad que le permita comprender que él no es infalible y que tiene que ver la realidad con un criterio distinto, despojado de toda vanidad profesional.

Las reglas de la Sana Crítica están constituidas por el sentido común, la experiencia de la vida, la perpicacia normal de un hombre juicioso y reposado, atributos que se desprenden de la jurisprudencia nacional y extranjera, puesto que en sentido concreto no se ha establecido con criterio absoluto, cuales son esas reglas.

Para Ramiro Podeti, (30), citado por el Dr. Arce Gutiérrez, la

(30) Dr. Arce Gutiérrez. Trabajo Inédito Mencionado.-

apreciación de la prueba dependerá de la cultura general, jurídica y filosófica del juzgador y del innato sentimiento de justicia que debe animarlo si tiene vocación por su ministerio, dependerá así, fatal y necesariamente la suerte del litigio.

Hernando Devis Echandía, (31) dice que Sana Crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, son equivalentes pues significan libertad para apreciar las pruebas en armonía con la lógica y las reglas de la experiencia que según el criterio personal del juez sean aplicables al caso.

Generalmente se confunde la libre apreciación (que la hemos equiparado a la apreciación razonada) con la íntima convicción o libre convicción, que podrá ser acaso una degeneración de aquélla más nunca lo mismo, tal como lo hemos dejado explicado en párrafos anteriores y el error ha sobrevenido con la expresión "libre" que se asimila a arbitrario, como es la decisión del jurado que no razona los medios por los que llega a su convicción y puede incluso, apartarse de las pruebas del proceso.

Libre apreciación no es separarse de las reglas de la lógica, de la experiencia, y menos, de las leyes naturales; y por el contrario se trata de una valoración crítica personal de acuerdo con estas normas obvias e implícitas en todo razonamiento humano. "Cuando se agrega el calificativo de razonada u otro término similar a la libre apreciación de las pruebas

(31) Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil. Pag.295.-

—dice Echandía— se está recalcando expresamente sobre algo que debe suponerse implícito. Por otra parte, si la crítica razonada debe hacerla libremente el juez, en nada se limita su libertad al adicionar tal calificativo". (32)

El mismo criterio encontramos en Nicola Framarino Dei Malatesta (33), cuando dice que el convencimiento judicial no es más que el convencimiento racional en cuanto es necesario para juzgar.

Entonces para Echandía sólo existen dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso: Tarifa legal y libre apreciación por el juez, y le parece esta última denominación la más aconsejable.

Concluye que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología mas no arbitraria; requisitos que no es necesario exigirlos expresamente. Y finalmente, que ese proceso de convicción se explica con la motivación del fallo y con ello se cumplen los requisitos de publicidad y contradicción, constitutivos de un principio de la ley fundamental, cual es el debido proceso y el derecho de defensa, lo que equivale a Sana Crítica.

Es oportuno hacer notar, que las formalidades procesales, cuales serían para citar un caso, los requisitos para la admisión de un acusador en materia penal, no significan menoscabo en lo referente a la libre apreciación o valor de convicción, pues una cosa es la ritualidad que el derecho procesal pide para que la prueba se introduzca al proceso y --

(32) Hernando Devis Echandía. Ob. Citada.

(33) Framarino. Ob. Citada.-

otra muy distinta, es el hecho de que el juez los tenga en cuenta para su decisión. Y esto viene a cuento porque se ha creído que esta ritualidad se opone a la libertad para aducir las pruebas en el juicio, mas por el contrario, estas formalidades en todas las ramas Jurídicas, constituyen una garantía al derecho de defensa y al debido proceso que en nada se opone a la fuerza de convicción de la prueba.

También es necesario hacer constar, aunque nosotros los hemos usado como sinónimos, que para varios autores son cosas diferentes el sistema de la tarifa legal de pruebas y el sistema de prueba legal. En éste, - dicen, debe entenderse la fijación legal de los medios probatorios en el juicio. Es decir, que cuando existe prueba legal se está fijando cuales son las únicas pruebas capaces de aportarse y por consiguiente, las que no --- estén comprendidas en esta lista, serán rechazadas por el juez; en cambio en el sistema de la tarifa legal se regula el valor de convicción que debe darse a cada prueba, pero sin limitación alguna en cuanto a su aporte.

Esta diferencia nos parece un tanto sutil y por consiguiente no creemos del caso ampliar su desarrollo, especialmente en el punto que estamos tratando; pero hemos hecho notar la diferencia doctrinaria para que se comprenda que en un estricto razonamiento si son distintos los sistemas, - aunque en el campo práctico no hay divergencia, razón por la cual hemos - empleado como sinónimos el sistema de prueba legal y el de tarifa legal.

De todo lo dicho, podemos concluir, que la persuasión racional

o pruebalibre, es un sistema de apreciación de la prueba, que aplica las reglas de la Sana Crítica.

Y son reglas de Sana Crítica, aquéllas que permiten al juzgador adecuar su fallo a la prueba que reconstruya el hecho en su natural desenvolvimiento; o, al menos, se aproxime a la realidad ocurrida, basadas en la lógica, la sicología y la experiencia de la vida, ante la imposibilidad de agotar en la norma legal, toda la gama de situaciones que presenta el - acontecer delincencial.

Y será Sana Crítica en el orden penal, el criterio que sirve para calificar la prueba en base a los mismos parámetros, pero aplicados al campo del derecho procesal penal.

b)

ORIGEN DE LA SANA CRITICA

Es del conocimiento general que no se ha logrado establecer con criterio absoluto y valedero, cuales son las reglas de la Sana Crítica; -- aunque nosotros hemos intentado dar un concepto en el apartado anterior y no lo encontramos el sentido preciso porque la prueba será analizada en base a este sistema, en forma individual y no general, ya que la pena se le impondrá al delincuente de acuerdo a su participación en el singular hecho ocurrido, por manera que es imposible señalarle al juez previamente cual será su actuación concreta en cada caso, por lo que se deja esta apreciación a su sentido común, a su experiencia de la vida, a su perspicacia normal como hombre juicioso y reposado que debe ser; criterio que se desprende tanto de la jurisprudencia nacional como extranjera, lo que no es óbice para que en la ley positiva se señale un máximo y un mínimo dentro del cual pueda o deba pronunciarse.

Si, como dejamos dicho, no se ha precisado cuales son las reglas de la Sana Crítica, tampoco podemos decir con precisión matemática, cuando nacieron estas reglas de interpretación; pero sí podemos decir de donde se originaron; y es indudable que su inspiración tiene como fuente, la imposibilidad de resolver con base en el arcaico sistema de la prueba tasada. Para el caso podemos traer a colación, en referencia a la prueba testimonial, - que conforme al sistema de la prueba legal, se atribuye una fé ciega e in-

contravertible a la declaración de dos testigos contestes en lugar, tiempo y circunstancias, lo que constituye plena prueba; y se da el valor de prueba a medias, a la deposición de un solo testigo.

Esta regla es la negación de toda prueba crítica, que con razón hizo exclamar a Napoleón: "Un hombre no podrá hacer condenar a un bribón, aún con su testimonio, mientras que dos bribones podrán hacer condenar a un hombre honesto".

Los sistemas de apreciación de la prueba marchan paralelos con la evolución del Derecho, por lo que es necesario que hagamos un recorrido aunque sea brevísimo, por las diversas etapas históricas del Derecho Penal, para saber cuando se implantó un sistema de apreciación y cuando reinó otro, independiente de que el sistema de adquisición de pruebas, sea inquisitivo o dispositivo, habida cuenta que la apreciación de la prueba —libre o tasada— es compatible con cualquiera de los sistemas mencionados, tal como ha quedado demostrado en líneas anteriores.

La fuente de información que tenemos a la mano en cuanto al derecho antiguo, por ser los más y mejor organizados, son el Griego y el Romano dado que sus legislaciones ya estaban formuladas metódicamente y se podía apreciar en ellas, si se trataba de un sistema acusatorio, de uno secreto, de uno dispositivo, o en fin, de uno inquisitivo; sistemas todos que imperaron en distintas épocas y de acuerdo al vaiven de los sistemas de gobierno, puesto que lo político —ayer y hoy— es determinante en las legislaciones de los estados, por lo que parodiando pensamientos aje-

nos y refranes populares, podemos decir: "Dime que gobierno tienes y te --
diré cuales son tus leyes".

En la Grecia antigua los litigios se desarrollaban ante los --
ojos del pueblo, pública y oralmente. No era admitida la intervención de
extraños más que para asesorar los alegatos de la defensa y, puesto que --
se rendía culto a la elocuencia, el ofendido exponía de viva voz su quere
lla y en igual forma debía defenderse el imputado. La recepción de las --
pruebas y la calificación de las mismas correspondía al Arcontado y al Tri
bunal de los Heliastas. Aunque no tenemos referencias de la forma en que --
se apreciaban esas pruebas consideramos que actuaban como tribunal de con-
ciencia una vez escuchados los alegatos de las partes, y la decisión la --
comunicaban por medio de bolos blancos cuando era absolutoria y de bolos -
negros cuando la decisión implicaba una condena.

Posteriormente, Grecia fue conquistada por Roma y la cultura de
aquella fue transplantada a ésta; de consiguiente las instituciones Heléni-
cas perfeccionadas por el fino espíritu latino pasaron al foro Romano, y con
la influencia de ilustres jurisconsultos, el Derecho Romano se vió enrique
cido; en esta situación, era el arbitrio de los jueces el que apreciaba los
negocios judiciales, según su propia conciencia y sin ceñirse a reglas le-
gales, pues imperaba el juicio de tipo acusatorio, pero distinguen, eso sí,
los principios de publicidad y de oralidad.

En el ciclo inexorable de la historia este florecimiento del --

Derecho Penal tiene su decadencia con la invasión de los bárbaros; se -- abandonan los estudios del Derecho y la cultura en general se estanca y oculta en los monasterios hasta el advenimiento del régimen feudal en -- donde la férrea voluntad y omnímodo poder del señor sobre los siervos es absoluto; el señor feudal es dueño de vidas y haciendas de sus súbditos y siendo este poder tan absoluto, es comprensible como el derecho de -- castigar estaba en un todo, en la voluntad suya, por lo que no podemos - hablar en esta época de apreciación de pruebas, sino de una absoluta y - total decisión arbitraria.

Adviene a este sistema el Derecho Penal Canónico de tipo in-- quisitorio en donde estaban facultados los obispos para nombrar comisa-- rios para pesquisar y entregar a los herejes al castigo seglar. Mas tar-- de los obispos y dos personas laicas tenían la facultad de denunciar a - los herejes.

En este sistema se examinaban testigos y se inquiría por cual-- quier medio, acerca del comportamiento de los herejes, pero los acusados no podían ser asistidos por abogados en cuanto al plenario; se usabadel tormento para obtener la confesión, tenida como la reina de las pruebas, la cual, como dijimos en otro lugar, tenía por fundamento no sólo encontrar la mejor prueba, puesto que podría haberse establecido por otros -- medios, sino que lograr el arrepentimiento del acusado.

En referencia a la apreciación de la prueba, "en el proceso penal canónico el juez disfruta de amplios poderes para buscar por sí los -- elementos de convicción y está facultado para hacer uso de los procedimientos que mejor le parezcan, inclusive el tormento, los azotes y las marcas. Es el árbitro supremo de los destinos del inculcado, a quien se priva de - todo derecho y se le veda del conocimiento de los cargos que existen en su contra. Este sistema hermético en la etapa del sumario, complementado por la confesión con cargos, en que el juez interpretaba a su modo las contestaciones dadas por el inculcado en su interrogatorio, lo investía de un - poder discrecional y absoluto, aunque se pretendía dulcificarlo en la fase del plenario, reconociendo ciertos derechos de defensa al inculcado. En - realidad, el juez disponía de un ilimitado poder para formar su convicción y era la confesión la prueba por excelencia". (34)

Debe hacerse notar que incidían en el tribunal a cuyo cargo estaba el proceso, la acusación, la defensa y la decisión, y los medios de - iniciación del procedimiento eran la acusación, la delación y la pesquisa.

Posteriormente el proceso canónico tuvo dos fases: "proceso Pe-- nal común y proceso mixto, en éste se permitía, en el sumario, el sistema inquisitivo que era secreto; y en el plenario la publicidad y la oralidad.

Contenía, pues, un sistema acusatorio y otro inquisitorio, pero prevalecía éste; en cuanto al régimen de pruebas, una dualidad: Prue-- bas de conciencia y pruebas legales o tasadas.

En Alemania en 1532 y en Francia en 1670 predomina el sistema del arbitrio judicial.

El Derecho Procesal Penal moderno bebió inspiración de las magnificencias del derecho procesal antiguo, depurado y mejorado con nuevas ideas y el antecedente remoto del sistema racional lo encontramos en un famoso edicto de 8 Mayo de 1777 que derogaba la ordenanza de 1670, en cuya virtud se suprimió el tormento. Uno de los párrafos de aquel famoso edicto decía: "Nuevas reflexiones nos han convencido de los inconvenientes de este género de prueba que jamás conduce de una manera segura al conocimiento de la verdad y que, prolongando indefinidamente y sin fruto el suplicio de los acusados, puede con frecuencia inducir al error a nuestros jueces en vez de ilustrarlos". Señalaba así mismo el edicto, la obligación de los jueces, de motivar sus sentencias y de expresar los fundamentos jurídicos que tuvo en cuenta para admitir las pruebas.

En Egipto, los jueces no podían dictar sentencia condenatoria si no tenían un convencimiento de su procedencia. Entre los Hebreos, como entre los Egipcios, era permisible la prueba testifical y confesional, pero ya entre los hebreos se admitían las tachas de los testigos y el juez fallaba conforme a la libertad de conciencia. Este sistema prevalece hasta el derecho Romano como lo hemos visto, en donde a la prueba de íntima convicción se le ponen límites con ciertas normas referentes a la prueba tasada.

Vemos de este análisis, que en todos los pueblos de la anti--

güedad existió el arbitrio judicial que significaba, la libre apreciación en el sentido de libertad absoluta o arbitraria desde luego que los jueces estaban investidos de amplios poderes para sentenciar basados en su convicción personal, aunque con pequeñas medidas tendientes a evitar el abuso judicial. Por eso, creemos que la Sana Crítica, tiene su origen y nacimiento en Francia con el famoso edicto de 1777, en virtud del cual se dan los fundamentos modernos para la apreciación de la prueba mediante el sistema que estamos analizando y se exige el razonamiento de los fallos; por consiguiente, este sistema no es nuevo, excepto entre nosotros, pues en materia penal tiene más de dos siglos de haberse entronizado y en materia civil algo más de cincuenta años.-

c) FUNDAMENTO DE LA SAMA CRITICA.-

Por largo tiempo, tanto en materia civil como penal, laboral, - administrativa y de toda índole, pero especialmente en la primera, se consideró al juez, en el desenvolvimiento del proceso, como simple observador de la contienda jurídica, "convertido en una especie de árbitro de una pelea de boxeo, cuya misión es reconocer al vencedor, sin serle lícito intervenir para buscar la verdad con iniciativas propias, ni para lograr una -- justicia real"(35)

El juez no podía por su propia y real voluntad, buscar ni aún - la prueba documental para decidir en el asunto; y como si esto no fuera ya bastante asfixiante, se le fijaba previamente el valor de convicción que - debía dar a cada clase de prueba. El argumento que se esgrimía en pro de - este criterio, era que en el proceso civil especialmente privaba el inte-- rés particular, por demás egoísta por ser puramente individual.

Este criterio —es bueno hacerlo notar— era en todo justifi- cable y acorde a la época histórica. Tenía como germen la corriente libera lista que evitaba la intromisión de los poderes del soberano en asuntos -- que únicamente competían al individuo, y como dice el Dr. Arce Gutiérrez, (36), "teniendo los jueces poderes ilimitados o excesivos, podrían natural mente sus atribuciones degenerar en despotismo legal contra los mismos jus

(35) Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil.-

(36) Dr. Arce Gutiérrez, Hector Mauricio, La Nueva Ley del Proceso Penal.- Carta Forense No. 4.-

ticiables, y por ello fue necesario ponerle algunos remedios o alivios.- Esos retenes del abuso judicial del poder fueron el juicio escrito, la apelación y el sistema de la prueba legal".

Largas discusiones se suscitaron en torno a este asunto, pues mientras unos se pronunciaban porque se diera al juez una amplia facultad de investigación, otros, por el contrario, se empeñaban en querer mantener al juez maniatado. Se aseguraba que si el juez, por su real saber y entender, buscaba oficiosamente las pruebas perjudicaría a uno de los contenientes; en especial a la parte que resultara desfavorecida con la prueba adquirida oficiosamente, por lo que era conveniente, para mantener la imparcialidad y neutralidad del juez, que éste se abstuviera de toda participación oficiosa y adoptase una actitud pasiva.

Esta tesis fue archivada hace más de medio siglo (en materia civil, pues en penal mucho mas antes), gracias a las luces de grandes maestros como Chiovenda, Carnelutti, Rocco, Calamandrei, Goldsmicht, Rosenberg, Kisch y Couture, Con el advenimiento de la presente centuria, éstos perfeccionaron nuevas doctrinas, que ya bullían con antelación, en cuya virtud se estimaba, que si bien los particulares tienen interés en promover el juicio para obtener un resultado previsto por ellos, no es menos cierto que una vez iniciado el impulso procesal, encendida la chispa del motor procesal, la prosecución del juicio ya no es atributo exclusivo suyo, para convertirse en una actividad pública; en una actividad estatal -

desde luego que el Estado, necesita y propugna por una justicia real, por una justicia verdadera que se acerque, al menos, al ideal de justicia.

No obstante la claridad con que fluye el interés de implantar este nuevo sistema, existen muchos defensores del anterior que desean, - como vimos en otro lugar, mantener estático al Derecho, sin renovaciones saludables, quizás por el temor de aplicar las nuevas reglas por el peligro que necesariamente representan y por el desconocimiento de las mismas por parte de los funcionarios encargados de aplicarlas y por los colaboradores de éstos que son los abogados que intervienen en los pleitos.

Pero hay una razón más, que nos debe convencer para que aceptemos el nuevo sistema cual es, que el anterior ha contribuido a que los profanos del Derecho, desconocedores de la doctrinas de esta ciencia, se formen una falsa imagen del abogado, que distorsionen su función y que la conciban hasta repulsiva; y es que cuando el proceso civil era una contienda de caracter privado, el juez era un mero observador y era la estucia del abogado, al servicio del mejor postor, el que lograba que la balanza de la justicia se inclinara a favor de los intereses que patrocinaba, lo que se evita con el sistema racional en donde el juez interviene en forma dinámica para alcanzar el ideal de justicia o conveniencia, al menos.

Para reafirmar nuestro aserto copiamos las palabras luminosas - del gran Calamandrei: (37)

"Nadie puede negar que, históricamente, la abogacía ha surgido en servicio del interés privado: mientras el proceso fue concebido como un duelo legalizado entre dos intereses individuales, en medio de los cuales el Estado se colocaba como espectador, al modo que lo hace en un torneo el juez de campo, encargado solamente de hacer respetar las reglas del juego, los defensores de los dos adversarios entraban en liza como soldados de ventura prontos a vender al mejor postor las armas de su experiencia técnica y de su astucia. Así como en el combate verdadero vence el más fuerte, así también en ese combate simulado, que era el proceso, vencía el más astuto y el más experto; y esto era lícito, porque el Estado, con tal de que quedase garantido que los combatientes luchaban con armas iguales, se desinteresaba del resultado de la contienda".

La función del abogado aparece, por el contrario, profundamente cambiada y elevada, cuando en el Estado constitucional, que reivindica para sí la función jurisdiccional como complemento indispensable de la legislativa, se comienza a sentir que el resultado del proceso no es extraño al -- interés público, ya que en todo proceso se encuentra en juego la aplicación de la ley, es decir, el respeto a la voluntad colectiva. Y esto no sólo en el proceso penal, que se construye hoy totalmente sobre el derecho subjetivo de castigar, que pertenece al Estado, sino también en el proceso civil, en el cual el interés individual de los litigantes aparece cada vez más como el instrumento inconsciente del interés público, que se sirve de

la iniciativa privada para reafirmar en los casos controvertidos la volun
tad concreta de la ley".

Visto desde este ángulo la problemática del proceso, es compre
nsible, y más que comprensible, necesario, que el Estado intervenga de ofi-
cio en la búsqueda de las probanzas, pues no de otro modo se explica, cómo
el representante del Estado, el Juez para el caso, en un momento dado, a -
sabiendas de la existencia de una prueba no propuesta, o con el conocimien
to de la falsedad de las aportadas, muchas veces por la malicia del liti--
gante, no tenga la facultad de investigar por su propia iniciativa las que
crea convenientes y pertinentes y hacerlas concurrir al juicio para poder
resolver con toda imparcialidad y basado en los principios de equidad y --
justicia.

Pero para que exista esa armonía entre el hecho real investiga-
do y su prueba, es necesario que el juez tenga libertad absoluta en el ma-
neje del proceso, tanto en la apreciación de las probanzas como en la ad--
quisición de ellas: debe aceptar o rechazar con criterio valadero las prue
bas que aporten los litigantes y las que introduzca de oficio, lo que signi-
fica libre apreciación y facultad inquisitiva.

Si esto es indispensable y cierto en materia civil, como no ha
de serlo en el campo penal en el cual se ve, con diáfana claridad, la pu--
blicitad del proceso; porque la legislación que no introduzca este siste--
ma, "estará empleando el caduco e inservible criterio de la absoluta liberu

tad individual, por fortuna superado ya en los campos económicos y sociales".

"El Derecho Procesal ha de progresar sobre la base de liberalismo o no ha de hacerlo en absoluto. Liberalismo en cuanto se otorguen al juez esas preciosas e indispensables libertades. Por eso observa con razón Sentis Melendo, que la prueba es la zona neurálgica del proceso pues le da un carácter más o menos autoritario, según la libertad o el autoritarismo que dominen la materia de la prueba. Autoritarismo de la ley o libertad del juez, aclaramos nosotros". (38)

38) Hernando Devis Echandia. Ob. Citada. Pag. 242.-

D) UBICACION DE LA SANA CRITICA Y SU CAMPO DE APLICACION.-

En la división tripartita de Montesquieu, encontramos la ubicación de la actividad procesal encomendada al poder judicial con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil - penal, etc.

Pero en esa función se comprende tanto al derecho sustantivo como al derecho adjetivo, por lo que es necesario que ubiquemos en alguna de esas ramas la actividad procesal.

En materia penal y algunas veces en materia civil, la prueba es de carácter formal estrictamente, especialmente en la primera en donde para la investigación del hecho, el convencimiento del juez se forma libremente, aunque no debemos olvidar que tiene grandes interferencias - en el derecho material del cual afluyen porque en éste se establecen los delitos, su constitución y demás circunstancias.

Sentado lo anterior debemos indicar, como lo dijimos al principio que la prueba constituye la culminación del proceso porque de ella depende necesariamente el resultado de la sentencia; la absolución o la condena; la ineptitud o el sobreseimiento; en fin, el resultado del juicio.

Procesalmente hablando, son las pruebas las que determinan la existencia o inexistencia de un delito, aunque en la realidad el hecho delictivo puede tener una vida real sin que sea dable al juez encontrar

la verdad del mismo por falta de prueba necesaria; por el contrario, puede no haber ocurrido el delito y procesalmente hablando, tener existencia legal.

Las pruebas van encaminadas a formar en la convicción del juez la realidad de un hecho que constituye infracción penal, por lo que podemos dividir el procedimiento penal en dos fases: primero, eminentemente material, cual es la introducción de la prueba en el proceso y segundo, la valoración de la misma, valoración que puede hacerse según lo determine la ley, mediante cualquiera de los sistemas estudiados.

Pero cuando el Legislador introduce el sistema de la prueba razonada, el examen de las pruebas se realiza mediante la Sana Crítica.

El examen crítico comprende el estudio razonado del conjunto de pruebas aducidas en el proceso, que tiene por corolario una sentencia, que debe estar fundada en consideraciones de buen sentido y razón natural en primer lugar; pero esas consideraciones no deben guardarse en la conciencia del juez sino que por el contrario, tiene que expresarlas en su decisión; es decir, señalar en cada caso, cuáles son los motivos que lo indujeron a tener por establecido un hecho y cuáles los que lo llevaron a desechar otras pruebas aunque fueran en mayor número, porque para que produzcan una convicción las pruebas de cualquier índole, tienen que guardar concordancia natural con el hecho ocurrido, lo que se descubre usando la sicología y la experiencia de la vida, las cuales, poderosos auxiliares

deben indicarle que las cosas ocurren y se desarrollan normalmente tal como las pruebas se lo indican.

A esto es a lo que se llama la motivación; es decir, señalar -- los motivos, las causas, las circunstancias que lo llevaron a formarse -- aquella convicción, porque esa convicción confirma a la realidad y esta -- motivación constituye una garantía en la aplicación correcta de la Sana -- Crítica, habida cuenta que ella entraña una finalidad, un dique, desde luego que incide en lo que se ha dado en llamar la conciencia social, formada por el conglomerado social, por la sociedad misma, la cual puede ejercer un control en las decisiones judiciales a través de los distintos órganos con que cuenta.

La finalidad del sistema es reproducir con meridiana claridad el hecho ocurrido, no solo en su aspecto material sino en su aspecto formal; es decir que exista plena concordancia entre el hecho y las pruebas, lo que constituye o implica un examen crítico del juez.

La aportación de la prueba tiende a formar la historia del delito o su reconstrucción; se trata de una actividad tanto del funcionario judicial como de las partes que intervienen en el proceso; pero aquí también hay que hacer una distinción: el juez, encargado de buscar la verdad tiene que ser absolutamente imparcial, puesto que si trasciende los límites de la imparcialidad deja de ser un juzgador para convertirse en parte.

Por el contrario, las partes como su nombre lo indica, constitu-

yen una fracción del todo y defienden un interés individual y egoísta; su actividad está encaminada a aportar las que crea necesarias y convenientes al beneficio de su patrocinado; si bien es cierto, que las partes son auxiliares del juez para encontrar la verdad, no es menor cierto que defienden y representan una parte, lo cual no es en nada criticable, puesto que actúan en favor de su representado, y por el contrario, si no lo hicieran de esa manera, estarían pisando los linderos del delito.

Pues bien, el juez hace acopio de los elementos indispensables para la comprobación de la existencia o inexistencia del delito, acto puramente material que implica un examen crítico que tiene por finalidad -- producir la prueba, lo que constituye Derecho Procesal estrictamente y -- jamás Derecho Sustantivo porque no se refiere a la determinación de la existencia de los delitos y de las penas sino a la comprobación de los primeros y a la aplicación de las segundas, por manera que tanto la adquisición como la valoración de las pruebas está encuadrada fatalmente en el amplio campo del Derecho Procesal.

La adquisición de las pruebas y el valor que se asigne a ellas, varía según el sistema que la Legislación adopte. La ley puede indicarle al juez en cada caso, cuales son las que debe admitir o buscar por cuenta propia y a su vez puede indicarle el valor que tiene que atribuirles, según las circunstancias de cada caso, es decir, alcanzar un grado de certeza tal que quede al margen todo género de duda, ahora bien, como esto no

siempre es posible, dada la imperfección del hombre, debe pretenderse que las pruebas reflejen una aproximación que linde con la realidad.

Pero en algunas ocasiones esta pretensión se vuelve una quimera; por varias razones: el sistema que estudiamos implica una novedad y por lo mismo, no estamos acostumbrados a él; no tenemos la preparación suficiente para el manejo de tan poderosa y delicada arma y además, lo repetimos, por la misma imperfección humana. Una cosa sí es indiscutible: la buena administración de justicia no depende tanto del sistema que se aplique cuanto del elemento humano al que se le encomienda esa tarea, pues como dice Echandía: "no existen, en nuestra opinion, más posibilidades de arbitrariedad ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fe, encontrará fácilmente la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas. Esto lo prueba la experiencia de siglos. Podrían contarse por millares, en cada país, las personas que han sufrido la mala justicia y el atropello judicial, o que se han beneficiado de la indulgencia ilícita de los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal". (39)

(39) Hernando Davis Echandia. Obra Citada.-

CAPITULO III

- A) SISTEMA DE VALORACION DE LA PRUEBA EN LA ANTERIOR LEGISLACION.
- B) SISTEMA DE LA VALORACION DE LA PRUEBA EN LA NUEVA LEGISLACION.
 - 1) Criterio Fundamental
 - 2) La Carrera Judicial en relacion con la Sana Crítica
 - 3) Crítica a la Sana Crítica

A) SISTEMA DE VALORACION DE LA PRUEBA EN LA ANTERIOR LEGISLACION.

Nuestros Legisladores, que siempre han tenido la "visión" de calcar otras legislaciones, siguieron el sistema de valoración de la prueba que estaba en boga, conocido como sistema de la prueba legal o tasada, el cual si bien no es el ideal a estas alturas, tiene muchas ventajas, tal como lo hemos demostrado, entre las que no debemos olvidar éstas: la seguridad con que el juez puede decidir en un momento dado, desde luego que cualquiera sabe de antemano, con bastante precisión cuál es la sentencia que deba pronunciarse, conocidas que sean las pruebas aducidas, y puede saberse, con gran facilidad, cuándo la sentencia es legal o ilegal, para efectos de deducirle responsabilidades al juez, pues éste sólo tiene la obligación de contar las pruebas.

Toda nuestra legislación procesal está inclinada hacia este sistema de valoración de la prueba. Para demostrarlo, basta recordar y revisar los distintos cuerpos de leyes desde el llamado "Código de Procedimientos Judiciales y Fórmulas" del Padre de la Legislación Salvadoreña Presbitero y Dr. Isidro Menéndez, de 1857, hasta el actual Código de Procedimientos Civiles y Los derogados ya: Código de Instrucción Criminal y Código Penal, en donde se palpa el tradicional y predominante sistema de valoración que señalamos, aunque con tímidos atisbos de libre apreciación, como aquéllas providencias "para mejor pro -

veer"; pero aún con esos avances — si se les puede llamar así — nuestras leyes están lejos de encuadrarse dentro de las corrientes modernas, específicamente en lo referente a materias civil, porque en los otros campos: Penal, Laboral y de Tránsito, ya se aceptaron dichas corrientes innovadoras.-

En el campo civil, el sistema de valoración de la prueba legal tasada es más pronunciado, desde luego que nuestro venerable código de Procedimientos Civiles data de más de un siglo y los nuevos aires innovadores en esta materia, se aceptaron en los últimos cincuenta años.-

Largas discusiones se suscitaron en relación a este tema: se argumentaba, esencialmente, que este sistema es el que mejor se aviene a la naturaleza de las relaciones, de caracter eminentemente privadas; — que el juicio civil compete única y exclusivamente a las partes contendientes; que la función del juez no es más que la de un moderador; y — que, puesto que sólo a los contendores interesa el resultado de la contienda, las pruebas únicamente los interesados pueden proporcionarlas, ya que sólo ellos tienen la titularidad de los derechos que se discuten.-

Esta argumentación fue la base en que se asentó el sistema de la tarifa legal en todas las legislaciones y la nuestra no podía ser la excepción; de ahí que nuestro Código Procesal Civil, siga un marcado y predominante sistema de prueba tasada.-

Los modernos tratadistas demostraron hasta la saciedad lo incongruente e ilógico del sistema, por cuanto que en todo proceso(civil,

penal, laboral, etc.), la obligación del Estado, es velar porque se cumpla el ideal de justicia, para lo cual debe tener absoluta facultad para analizar cada caso; es decir, debe individualizarlo, debe tener facultad para aplicar la prueba que más se ajuste a la situación concreta, y debe, en fin, tener la misma facultad para buscar las pruebas de oficio cuando las estime necesarias y convenientes, ya que la función del proceso es la de regular una situación jurídica de carácter público, Tendrán derecho los particulares para iniciar un juicio o para abstenerse, más nunca para disponer de él a su arbitrio, porque iniciada la función procesal, toda la prosecución del juicio, toda su secuela, constituye una función pública en la cual el Estado y los particulares tienen interés.-

Sin embargo, nuestro clásico sistema procesal civil es de tarifa legal. El juez — mero observador — no obstante el conocimiento y conciencia que tenga de la falsedad de una prueba, no puede, se pena de incurrir en violación de ley, más que resolver con base a esa prueba falsa; no puede sino atribuirle el valor que previa y expresamente le asigne la ley positiva; no puede, pues, hacer concurrir más probanzas que las propuestas por las partes: "Los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces...." Ninguna providencia judicial se dictará de oficio por los jueces y tribunales, sino a solicitud de parte, excepto aquellas que la ley ordena expresamente."

Diversas disposiciones del Código restringen la actividad judicial: la encierran en un círculo de cuya circunscripción no puede esca

par; le señalan, pues, el valor que debe dar a las pruebas.- Veamos:

- Art. 321. 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". Y el dicho de un solo testigo, constituye semiplena prueba.-
- Art. 322. Es necesaria la PRUEBA PLENA y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión.-
- Art. 324. Si el número de testigos fuere desigual y concurrieren en ellos las circunstancias citadas en el artículo precedente, el juez atenderá al mayor número.-

En lo que corresponde a la confesión, nuestro legislador, después de definirla, la divide en judicial y extrajudicial y ésta a su vez, en verbal y escrita.-

A renglón seguido, en el Artículo 374, se lee en el inciso segundo:

"La confesión judicial y la extrajudicial escrita hacen PLENA PRUEBA contra el que la hecho, siendo sobre cosa cierta, mayor de edad el que la hace y no interviniendo fuerza ni error".-

La disposición transcrita en el párrafo anterior nos demuestra, en relación con el artículo 415, que contiene el catálogo de la prelación de las pruebas, que a la confesión se le sigue considerando, a estas alturas de la civilización, como "La Reina de las Pruebas", puesto que la coloca en primer lugar; y es tan poderoso su reinado, que contra ella no se admite prueba de testigos: Art. 327. Sobre los hechos probados por confesión judicial no se podrá, el que los haya confesado, rendir prueba de testigos".-

En la confesión — huelga decirlo — se comprende a la denomina

da presunta, confesión provocada o posiciones.-

En lo atinente a la prueba instrumental:

Art. 258. Las escrituras públicas y los testimonios hacen
PLENA PRUEBA.

Art. 260. Hacen PLENA PRUEBA, salvo los casos expresamente
exceptuados, los instrumentos auténticos.

Estamos en un todo de acuerdo en que se le de valor de prueba completa a los instrumentos, lo que no significa que no puedan redargüirse de falsos que es una situación muy distinta, sobre la cual no vamos a entrar en detalles.

EN EL CAMPO PENAL.

En materia penal nuestro Código de Instrucción Criminal, es el que probablemente ha sufrido más reformas y por lo mismo, ha perdido toda su armonía y coherencia (algunos opinan que esa desarticulación se debe al afán de nuestro legislador de introducir reformas sin tomar en cuenta la debida hilación que debe existir), Sin embargo nosotros, talvez más benevolentes, consideramos que dichas reformas han tenido por finalidad resolver los casos prácticos que se han presentado en el diario acontecer de la vida delincencial.

Veamos como se valoraba la prueba antes de las reformas de mil novecientos cincuenta y siete.

Art. 403: En materia criminal sólo son admisibles las pruebas siguientes:

1a.- La confesión del reo:

2a.- La testimonial:

3a.- La instrumental:

4a.- La inspección personal:

5a.- La de Presunciones:

6a.- El informe de peritos.

Nótese que a la confesión, siempre se le daba el valor de "reina", porque además de colocársela en primer lugar en el orden de prelación, el Art. 404 I. mandaba: La confesión espontánea, clara y terminante hecha personalmente por el reo en su indagatoria ante el juez competente, de haber cometido el delito o falta, forma PLENA PRUEBA contra él aunque sea MENOR DE EDAD.-

La prueba testimonial la contenía el Art. 407.

Art. 407. En cuanto a la habilidad e inhabilidad de los testigos, NUMERO que hace PLENA o semiplena - prueba y manera de proceder cuando haya testigos en pro y en contra del reo, se estará en TODO a lo prescrito en el Código de Procedimientos Civiles.-

Se refiere esta disposición a los testigos que hacen fe en determinados delitos, más nunca al valor por el número de ellos.-

Art. 409. Dos testigos singulares en determinada clase de delitos o faltas, que puede repetirse varias veces porque consiste en el género y no en la especie, como la embriaguez, el juego, el adulterio y otros semejantes, hacen PLENA PRUEBA siempre que tres depongan al menos de tres actos diversos.-

Sobre la prueba instrumental, se observará lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles, tal como lo estatuye el Art. 410, por lo que los instrumentos constituyen PLENA PRUEBA en materia penal.-

En cuanto a la inspección, el Art. 411, expresa que constituye PLENA PRUEBA, cuando el juez la realiza asociado de peritos, también constituye PLENA PRUEBA el informe de éstos.-

Art. 414: 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.-

En esta última disposición, por lo menos, ya se deja al juicio prudencial del juez, la calificación de "persona sospechosa".-

Art. 416:

Será PLENA PRUEBA contra todo reo de hurto o robo, además de las que establece este código, cualquier prueba semiplena que concorra con alguna de las circunstancias siguientes:

1a. La justificación de otro hurto o robo que no es té juzgado o prescrito:

2a. La de los hechos anteriores de la misma naturaleza, aunque estén juzgados o prescritos.-

3a. La fama pública comprobada por el dicho unánime de DOS TESTIGOS IDONEOS.-

4a. Ser el culpable ebrio habitual o tahur de profesión o haber sido condenado como vago o por hurto o robo.-

Pero aún las presunciones tenían en la legislación anterior asignado un valor previo, no obstante que es aquí, donde mejor encaja la valoración a través de la apreciación racional crítica, al grado que los espositores son conformes y contestes en afirmar que prueba por presunciones y sana crítica, constituyen la misma cosa. "La enumeración de las presunciones judiciales no constituye sino una serie de máximas de experiencia, que ponen en guardia -- frente a errores comunes del razonamiento. Son preceptos de higiene mental -- tendientes a depurar la reflexión de muy frecuentes equívocos".-

El artículo del código de instrucción que se refería a las presunciones, rezaba así:

Art. 412: Dos o más presunciones que no dependan una de otra, y que concurren al hecho principal, harán

BA, si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado.-

Art. 413:

Una presunción unida con otra semiplena prueba o dos o más pruebas semi plenas, formarán PLENA PRUEBA , si de su unión resulta que no pudo menos de haber cometido el reo aquél delito, o de ser la coma como la prueba anuncia.-

En lo que hace al valor de la inspección, la legislación estatúa lo siguiente:

Art. 411:

La inspección personal del juez asociado de peritos o el informe de éstos, hacen PLENA PRUEBA sobre la existencia de los delitos que dejan señales como el homicidio, lesiones, incendios, fracturas, rompimientos, etc., con tal que se practiquen con las formalidades legales.-

Hasta aquí el valor que se asignaba a las pruebas antes de mil novecientos cincuenta y siete, pero en este año, se decretaron varias reformas que tuvieron por motivo, y dicho sea de paso, un problema de incompetencia de jurisdicción—negativa, por supuesto—que se suscitó entre dos jueces de Primera Instancia: hubo un homicidio cometido por una mujer, en la ciudad de Mejicanos y el cadáver lo trajo ella personalmente a San Salvador: como no estaba claro en la ley quien era el juez competente, se promulgó la reforma del Art. 13 I., que zanjó toda duda en materia de competencia por razón del territorio. Esta coyuntura fue aprovechada por el legislador para reformar otras disposiciones del Código.-

En lo que al punto que tratamos se refiere, las reformas fueron éstas:

Art. 403. En materia criminal sólo son admisibles las pruebas siguientes:

- 1a. La instrumental,
- 2a. La inspección personal,
- 3a. El informe de peritos,
- 4a. La testimonial,
- 5a. La de presunciones,
- 6a. La confesión del reo,
- 7a. Las relaciones en los Arts. 414 y 416 de este -
Código.-

Nótese que en esta reforma, por una parte, varió el orden de prelación de las pruebas; pero por otra, de manera expresa se le dijo al juez que ese orden debía tomar en cuenta para apreciarlas. Mayor enclaustramiento!

En cuanto a la confesión extrajudicial, se logró un triunfo, efímero eso sí, pero triunfo al fin: la confesión extrajudicial, no rendida ante agentes de la autoridad, probada por dos testigos, y el cotejo de letras, forman semi plena prueba.-

Pero se siguió considerando a los menores como delinquentes con capacidad para decir la verdad en su confesión.-

Veamos:

Art. 404,
La confesión espontánea, clara y terminante hecha personalmente por un reo de QUINCE AÑOS o más, de haber cometido un delito o falta, forma PLENA PRUEBA contra él, si reúne los requisitos siguientes:

- 1o. Que la haya rendido ante el juez competente y en el juicio respectivo;
- 2o. Que el confesante esté en pleno uso de su razón;
- 3a. Que verse sobre hechos posibles y verosímiles atendiendo las circunstancias y condiciones personales del reo.-

La confesión de un reo menor de quince años de edad, pero mayor de diez años, forma PLENA PRUEBA contra él, siempre que, además de los requisitos anteriores, el juez se cerciöre y así lo haga constar en autos, de que el menor se da cuenta de lo delictuoso del acto.-

En materia criminal la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable cuando en los autos no exista prueba preferente: en tal caso la confesión es indivisible.-

Al menos por mandato de la reforma, se permite al Juez cerciorarse de que el menor de quince años se da cuenta de lo delictuosos de su acto.

Además, en virtud de la misma reforma, a la confesión ya no se le coloca en el primer orden de prelación.

En cuanto al valor de la prueba testimonial, también se incluyen innovaciones. Si bien es cierto que el legislador se remitió al Código de Procedimientos Civiles para calificar al "testigo", esa misma disposición en el último inciso o más bien numeral, señala las reglas de apreciación para esta clase de prueba. El artículo que comentamos dice textualmente:

Art. 407:

Sobre la prueba testimonial se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles con las modificaciones que siguen:

1a.- La declaración del testigo tachable hará fe para los efectos de interrogar al jurado;

2a.- En los delitos cometidos en el campo, en las cárceles y en las tabernas, cuando la causa no sea del conocimiento del jurado, hará fe la declaración del testigo tachable, siempre que no haya declaraciones de testigos idóneos que la contraríen. Se exceptúan de la disposición contenida en este número los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil o afines dentro del segundo y el enemigo capital de cualquiera de éstos.

3a.- Son incapaces como testigos el ofendido y el coautor, cómplice o encubridor. Se considerarán como ofendidos todos aquellos que de un mismo hecho hubieren resultado perjudicados por la acción criminosa.

4a.- El juez para la apreciación de la prueba testimonial, en aquellos casos que falle conforme la prueba --

de autos, no se estará al número ni a la calidad de los testigos, sino que tomará en cuenta aquellas declaraciones que resulten más concordes -- con la prueba relativa al cuerpo del delito y con la prueba obtenida mediante la inspección personal o dictamen de peritos."

Los Art. 409 y 411 que se refieren, en su orden, a testigos sin gulares, prueba instrumental e inspección personal del juez, no experimentaron reforma alguna.

Si reparamos en la redacción del Art. 407 en sus dos modalidades, nos damos cuenta que antes de 1957, la disposición era de clásica, tradicional y total prueba tasada; en cambio a partir de su reforma, esa taxatividad sufre el embate de las nuevas tendencias, que si bien no logran penetrar completamente, dejan una señal indeleble que servirá de guía para nuevas incursiones. En adelante el juez "no se estará al número ni a la calidad de los testigos, sino que tomará en cuenta aquellas declaraciones que resulten más concordes con la prueba relativa al cuerpo del delito y con la prueba obtenida mediante la inspección personal o dictamen de peritos".

Adviértase que por primera vez y para siempre, ha llegado a formar parte del Derecho Procesal Salvadoreño, un sistema de valoración de la prueba acorde con las doctrinas que pregonan los expositores de avanzada - en cuya virtud, y en lo sucesivo, los jueces estarán facultados y obligados a razonar, analizar, comprender, comparar, pesar y decidir, que testigos son "más acordes" para el adecuado fallo.

Pero para bien o para mal, sigue soportando enmiendas nuestro -

Código. En 1958 y 1959, se introducen otras, de las cuales pasamos a examinar las atinentes:

El Art. 403 experimenta un cambio. En efecto, después de enumerarse, las pruebas válidas para decidir en el proceso, el legislador suprime el inciso final que ordenaba que para la apreciación de la prueba el juez se estará al orden establecido en este artículo, la cual es contentiva de una prohibición y por lo mismo, coarta la libertad del juez para apreciar las pruebas libremente, que no arbitrariamente; así que desde entonces el juez no estará obligado a seguir el orden estricto y riguroso que la ley anterior le asignaba, y aunque la nueva disposición calla en cuanto a la forma de apreciación, por hermenéutica jurídica y por la intención claramente manifestada por el legislador en todo el contexto de la ley, debemos entender que esa fue su intención al suprimir aquella frase. Por eso el juez tiene la facultad y el deber de apreciar las probanzas en base a otro sistema, el de persuasión racional, en cuya virtud mediante un razonamiento de orden lógico y natural se llega a la verdad.

Lo que hace a la prueba confesional y testimonial no experimentan reforma alguna, excepto la confesión extrajudicial que adquiere otra vez su validez perdida un año antes, pues nuevamente, cuando se rinde -- "espontáneamente" -- ante agentes de los cuerpos de seguridad, esa declaración así, constituye prueba.

Ahora veamos lo que ocurre con la prueba documental, la cual había permanecido al margen de todo cambio. En esta ocasión sufre una sustan

cial reforma, que ha sido fuente de controversias y de encontradas opiniones, por la forma de su aplicación: aquí nacieron los famosos reconocimientos en "rueda de fotos", de la cual más adelante hablaremos.-

La reforma reza así:

Art. 410: La prueba documental comprende: la prueba instrumental y, además, toda clase de documentos tales como planos, copias fotostáticas, copias dactiloscópicas, fotografías películas cinematográficas, fonografía y todo medio de prueba de laboratorio, ya sea químico o biológico o de cualquiera otra índole que sirva para esclarecer el -- cuerpo del delito o la delincuencia.-
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 Procedimientos Civiles.-

La reforma introduce con claridad la diferencia entre prueba documental e instrumental, pues ésta (género), contiene a aquélla (especie) pero no es eso lo que nos interesa en este momento de la reforma, sino el hecho que de manera expresa y precisa se introduce, aunque no en el lugar oportuno, como tendremos ocasión de ver más adelante, el sistema racional en la valoración de la prueba.-

Es necesario que indiquemos, que las reglas de La Sana Crítica, no sólo han llenado de nuevos bríos a los viejos códigos, sino que también han penetrado en otros cuerpos de leyes, tales como el modificado Código de Trabajo y la Ley de Procedimientos Especiales sobre accidentes de Tránsito.-

Fue en ésta, con vigencia desde mil novecientos sesenta y ocho,

cuando por primera vez, en forma armónica, se introdujo el Sistema de la SANA CRITICA, mas al sistema se le rel-eva a segundo término, desde el momento que el Art. 31 establece que en la apreciación de la prueba se estará a lo prescrito en el Código de Instrucción Criminal, con las modificaciones que en dicha disposición se señalan así: A) La imprudencia consistente en el hecho de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se tendrá por establecida con la apreciación personal de juez instructor, consignada en el acta respectiva, o por el correspondiente examen de laboratorio. En ausencia de dichas pruebas, tal imprudencia podrá establecerse mediante la prueba testimonial y presuncional, estimadas de acuerdo a las reglas de la SANA CRITICA. --D) La confesión será apreciada por el juez siempre que sea lógica y congruente con la forma en que el hecho se produjo y que verse sobre hechos posibles y verosímiles, atendiendo las circunstancias y condiciones personales del procesado.-

En lo que al Código de Trabajo se refiere, también el sistema ha entrado en forma expresa: art. 461. "Al valorar la prueba el juez usará la SANA CRITICA, siempre que no haya norma que establezcan un modo diferente".-

Pero en ambos cuerpos de leyes, al decir de Arce Gutiérrez, se han cometido yerros, y como en lo esencial estamos de acuerdo con su posición, copiamos in extenso el argumento esgrimido por él. "La Sana Crítica, está aceptada expresamente por la ley de Procedimientos Especiales sobre accidentes de tránsito, para la apreciación de la prueba testimonial y pre

suncional, de la imprudencia según el artículo 31. Es, dijéramos, el primer avance expreso de nuestra legislación en materia de Sana Crítica. Pero como ya es costumbre en nuestro medio, se ha cometido un yerro tremendo al decir que la prueba presuncional debe ser estimada de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica. El error consite en no haber refundido la llamada prueba de presunciones con la Sana Crítica. Es decir, que presunciones y Sana Crítica son una misma cosa. "La enumeración de las presunciones judiciales no constituyen sino una serie de máximas de experiencia, que ponen en guardia frente a errores comunes del razonamiento. Son preceptos de higiene mental tendientes a depurar la reflexión de muy frecuentes equívocos."

"El Art. 461 del Código de Trabajo expresamente dispone que el juez al valorar la prueba usará la Sana Crítica, siempre que no haya una norma que establezca un modo diferente, con lo cual se ha dado un paso más amplio que el de la ley de Tránsito mencionada. Siempre hay un pero y el pero consiste en una contradicción cuando por un lado se establece el sistema de la Sana Crítica y por otro, en el artículo se ponen límites injustificables al sistema. El Art. 401 no solo es un límite sino que constituye una negación a la Sana Crítica, pues la confesión y la prueba testimonial son los medios probatorios que más necesitan de la Sana Crítica.-

La salvedad del Art. 461 se justifica indudablemente para otros medios de prueba, nunca para la confesión.. Y la excepción o salvedad del Art. 401 del Código Laboral lo que ha hecho simplemente es reconocer legalmente el quebradero de cabeza que siempre ha presentado la confesión sim--

ple, la confesión calificada o compleja indivisible y compleja divisible; realmente no me explico cómo es posible que se haya regulado en una disposición las divisiones o formas de la confesión y en otra se haya reconocido el sistema de la Sana Crítica. Quizá la única dispensa consite en la falta de coordinación de los conceptos e ideas por parte del legislador, lo cual ya se ha hecho notorio en el ambiente nacional."

La confesión desde el punto de vista de la Sana Crítica es una declaración de parte que no admite las divisiones o definiciones que ha hecho el Art. 401 indicado. En otras palabras, a mi entender, para ser congruentes con las nuevas ideas, debe suprimirse el Art. 401 y hablarse únicamente de declaración de parte que debe ser valorada conforme a la Sana Crítica". (40)

(40) Arce Gutiérrez Héctor M. Trabajo inédito mencionado.-

B) SISTEMA DE VALORACION DE LA PRUEBA EN LA NUEVA LEGISLACION.-

En la Legislación Procesal Penal de pronta derogación, se sigue esencialmente, como lo hemos demostrado, el sistema de prueba legal o tasada; porque le señala al juez, Prima facie, el valor de convicción que ha de atribuir a cada una de las diferentes pruebas, cual si fuera posible comprender en las disposiciones legales, la inmensa gama de situaciones que se presentan en el hacer delincencial.

Este sistema obliga al juez a realizar un enorme esfuerzo para adecuar cada caso que se le presenta a la disposición legal rígidamente establecida; y, como por otro lado, tiene la obligación de seguir un orden de prelación de pruebas, puesto que se le dice que hay unas pruebas mejores que otras, debe tratar de verificar las de mayor valor y entre éstas, la que tiene un situual de honor, es la confesión del reo; de tal suerte que comprobada ésta, ya no tiene obligación de buscar otras, pues que con élla le basta para formular su decisión final.

La tarea es, pues, la de contar las pruebas, no de medirlas y analizarlas. Si la cantidad es suficiente para constituir PLENA PRUEBA, está obligado a tener por verificado el hecho delictivo, aún cuando personalmente su conciencia y razón le indiquen que ese hecho, lógicamente considerado no puede haber ocurrido en la forma como lo señalan las pruebas. Por el contrario, si el número de pruebas no alcanza para cubrir la

cifra necesaria que se exige para tener por verificado un hecho, tiene que absolver, aún cuando su conciencia y razón le indique que, lógicamente, ese hecho ocurrió tal como consta de la prueba insuficiente.

Lentamente y con un atraso de varios años, nuestro Legislador comprendió que era necesario variar ese criterio rígido, por lo que se vió precisado —con diferentes reformas de distintas épocas— a variar aquella rigidez de siglos para dar paso a un nuevo criterio, mediante el cual fuera posible resolver con verdadera justicia.

Porque toda la Legislación Procesal Penal adolecía de un mal endémico, cuya curación era imposible con los remedios aplicados; esos paliativos no llegaban a desterrar el mal que estaba en su origen mismo, en su fundamento o raíz.

Al analizar las disposiciones pertinentes del Código de Instrucción Criminal, antes de sus reformas, palpamos la rigidez del sistema: absoluta y asfixiante. Dos testigos hacen PLENA PRUEBA. La confesión del reo constituye PLENA PRUEBA, un número de presunciones forman PLENA PRUEBA. Los documentos hacen PLENA PRUEBA, etc., A continuación se le indicaba el orden de prelación de que hemos hablado.

Con las reformas introducidas, el panorama fue cambiando y poco a poco, casi a hurtadillas, el sistema que informaban las nuevas técnicas se fue adentrando, y ya con las últimas modificaciones al Código de Instrucción Criminal, se le dijo al juez expresamente: En esta clase de -

prueba, debes aplicar las reglas de la Sana Crítica; mas sin embargo, como el juez desconocía el contenido y alcance de esas dos palabras, siguió usando el tradicional sistema que imperaba desde largos años.

Finalmente se promulgaron los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal en los cuales se introdujo, de manera expresa y ordenada, el sistema de la Sana Crítica, porque como dijera la "Comisión", en su exposición de motivos, "ya es hora de ensayar en El Salvador el amplio arbitrio judicial para poder administrar una pronta y cumplida justicia", aún cuando no se dejó una total y absoluta libertad de apreciación.

Era necesario ser prudentes en la admisión y aplicación de las nuevas doctrinas, a fin de que fuera la experiencia la que nos indicara, con el correr de los años, si debemos adoptar en definitiva y con toda amplitud, la prueba razonada. Porque una cosa son los bellos principios teóricos y otra, muy distinta, la factibilidad de aplicación, tarea que requiere de jueces con mentalidad diferente y de material científico necesario y adecuado de lo que, por desgracia, se carece en estos momentos.

Por eso tiene razón Arce Gutiérrez, cuando dice "quizas hoy -- por hoy debemos ser muy prudentes aceptando un sistema mixto combinado, de prueba legal al mínimo y Sana Crítica al máximo. Cuando el sistema de formación profesional de nuestros funcionarios judiciales tenga una estructura diferente a la que actualmente tiene, será oportuno ensayar exclusivamente la Sana Crítica en todo su expansión. Y como la experiencia

del hacer judicial será el barómetro de los aciertos o desaciertos del nuevo sistema, guardemos calma que ya luego vendrán los resultados, que esperamos sean de positivo beneficio (41)

Veamos ahora concretamente, como se concibe el sistema de apreciación de la prueba en la nueva legislación.

Creemos que lo correcto y conveniente es que en una sola norma se ordene que en cuanto a la apreciación de las pruebas en general, deben aplicarse las reglas de la SANA CRITICA, tal como quieren Couture, Ramiro Podetti, Alcalá Zamora y otros, y así los establece el Art. 488:

Las pruebas sobre delincuencia serán apreciadas según las reglas de la Sana Crítica, utilizando un sistema racional de deducciones que guarde concordancia con las demás pruebas del proceso, con facultad de fijar, en cada caso, los hechos que deben tenerse por establecidos, mediante el examen y valoración de las mismas, cualquiera que sea su número y entidad".

No obstante lo anterior, cuando se analiza en particular cada clase de prueba, la ley señala el valor que debe darse a cada una o la forma de apreciación de la misma, lo que en definitiva no constituye más que rigidez en su apreciación. Lo conveniente hubiera sido que se usara de expresiones o vocablos tales como "podrá" o "podrán", ya que en esa forma -- se libera al juzgador de la subordinación total a la prueba tasada, y le permite usar en toda su expansión el sistema de la Sana Crítica. Para hacer el análisis de la prueba, debemos partir de una base: la presunción de inocencia del reo que debe estar por encima de toda disposición legal. No debemos perder de vista esta sentencia y recordemos que "en materia penal -

(41) Arce Gutiérrez, Hector Mauricio, Trabajo Inédito, Citado.-

existe una presunción que aunque no esté escrita en la ley, es de importancia fundamental: la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba incumbe al acusador, la duda beneficia al acusado, y éste debe ser considerado inocente hasta que se produzca su condena definitiva".

La única excusa que puede tener el legislador, por haber redactado las disposiciones, con un valor preestablecido, es por la novedad del sistema, que implica un desconocimiento o impreparación de los organismos encargados de aplicar la ley, de lo cual ya hemos hablado en otro lugar.

Lo importante es que la legislación ya está aprobada y nuestra obligación es señalar, cual es el alcance e interpretación que debemos -- dar a las disposiciones legales pertinentes.

I N S P E C C I O N

Art. 490.- La inspección personal practicada por el juez, -- constituye prueba suficiente en cuanto a los hechos y circunstancias que el juez haya podido apreciar -- en el acto como resultado de su propia observación.

La fuerza de convencimiento que el juez se forme por su observación directa en la inspección personal o en la reconstrucción del hecho, prevalece sobre -- otros elementos probatorios, salvo que se trate de -- cuestiones que requieran conocimientos técnicos o -- científicos, cuya apreciación deba hacerse por peritos.

La reconstrucción a que se refiere el artículo 175 no es prueba autónoma, sino de confirmación, ratificación o rectificación de pruebas ya existentes en -- autos.

La disposición comprende dos situaciones:

1a.- La Inspección propiamente dicha; y

2a.- La Reconstrucción.-

La inspección, dice la ley, constituye prueba suficiente para tener por acreditado el cuerpo del delito, como resultado de la observación y apreciación directa del juez.

Efectivamente, constituye una de las pruebas más seguras y -- certeras, porque el funcionario judicial reproduce en su mente la materialidad del delito, Recuérdese que la observación directa es base de toda ciencia.

Por ser de una eficacia indiscutible es necesario que se le rodee de todas las garantías y demás requisitos indispensables:

a) Que se practique en tiempo oportuno, pues las huellas y -- otras piezas de convicción desaparecen o se transforman. "El tiempo que pasa es la verdad que huye".

b) Que el juez la verifique con el celo más escrupuloso, y -- cuando fuere necesario, auxiliado de peritos, aún cuando él mismo fuere personalmente técnico en la materia sobre la que versa la diligencia; y --

c) Que sea objetiva, es decir, que el juez no se haya formado previamente una convicción, porque en tal evento, aún inconscientemente se inclinará en un determinado sentido. Téngase presente que en el acta de -- inspección, muchas veces consta el fallo; por ejemplo, no en pocas inspecciones relativas a accidentes de tránsito se dice: "De la observación realizada por el suscrito juez -- algunas veces ni siquiera está presente -- se concluye que el motorista Pedro Pérez, es el culpable del accidente. --

En la inspección, de eficacia e importancia extraordinarias, debe hacerse constar, con toda minuciosidad, la descripción del lugar, con todo los accidentes del terreno; el estado en que se encuentren los objetos de la observación, y en fin, los detalles que sean necesarios tanto a la defensa como a la acusación; y, de ser posible, debe asistirse de las personas inmediatas al lugar de los hechos. Sólo cuando se cumplan con estos requisitos, la inspección y la reconstrucción prevalecerán sobre otros elementos probatorios, lo que no es óbice para que esta prueba, sea analizada bajo el sistema de persuasión racional, en posteriores instancias.

LA RECONSTRUCCION

Constituye en la legislación, una novedad como disposición expresa, porque en la práctica ya se venía empleando en vigencia del Código de Instrucción Criminal, como ampliación de la inspección.

El experimento judicial, que así le llama Manzini y los ¹italianos a esta clase de prueba, es también de igual importancia que la anterior por lo que con razón decía Gross, que se conoce un buen juez de instrucción por sus verificaciones.

Pues bien, la reconstrucción al decir de Clariá Olmedo (42) consiste en "una compleja operación, artificialmente provocada cuya más genuina modalidad consiste en ubicar y hacer actuar en el lugar del hecho a todas las cosas y personas que aparezcan como habiendo estado en el momento

(42) Clariá Olmedo. La Actividad Procesal. Tomo V. Pag. 172.-

de cometerse el delito buscando ver reproducir las conductas y cambios operados, simulando los resultados; el imputado y los testigos irán ratificando, rectificando o aclarando sus dichos; los peritos explicando los resultados en función de las observaciones operadas, y el juez haciendo constar todo cuanto ocurre para la debida documentación del acto y su validez para el futuro del proceso".

Por su parte, para Leone (43) "experimento judicial, es el medio de que se sirve el juez para comprobar si un hecho ha ocurrido o podido ocurrir de un determinado modo".

Para nosotros, la reconstrucción constituye prueba mixta, porque para que se reproduzca fielmente el hecho delictivo, para que se repita lo más aproximadamente posible el delito, se necesita de la concurrencia de varios elementos: Peritos, testigos, protagonistas, verificación -- del juez, etc., con el fin de repetir la escena del delito. En consecuencia, estimamos que en esta clase de pruebas, es donde se necesita de la -- prudencia y buen sentido del juez, para admitirla o rechazarla; es donde -- con mayor fuerza cabe la valoración racional, Vale decir, las normas de la Sana Crítica, al menos en ulteriores instancias.

Se trata, como vemos, de una prueba que le informa al juez de cómo ocurrieron los hechos y por otra parte, como no es una prueba autónoma, sino supletoria (aún cuando en el resultado y eficacia si goza de auto

(43) Leone Giovanni Ob. Citada. Pag. 228.-

nomía), le sirve al juzgador para comprobar si el hecho investigado ocurrió tal y cual aparece de las demás pruebas aportadas, en cuya situación está realizando una ratificación o confirmación (que para nosotros es lo mismo en el campo práctico); o le sirve para rectificar y comprender por vía directa que los hechos investigados, no tuvieron el desencadenamiento y resultado que las otras pruebas señalan en los autos.

Pero lo importante, lo repetimos, es que para practicar estas diligencias, se deben tomar en cuenta la concurrencia de las mismas condiciones de oportunidad y minuciosidad de que hicimos mención cuando hablamos de las inspecciones, porque es bien sabido, que de esta clase de pruebas, desgraciadamente, se ha abusado en demasía por lo que es aconsejable ser prudente en su admisión y valoración, pues como dijera el Dr. Luis Domínguez Parada, en una conferencia pronunciada en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, con ocasión de comentar algunas instituciones de la nueva Legislación Penal", "la reconstrucción muchas veces nos conduce a una de las más grandes monstruosidades del Poder Judicial, como es el hecho de que una de las partes obtenga partido de las vacilaciones lógicas del testigo, quien ante la presencia del aparato judicial del que se haya rodeado, empieza a dudar al reconstruir los hechos, lo que luego se viene a exponer ante el tribunal de conciencia, para lograr un veredicto acorde con sus intereses".

Insistimos: el juez debe ser parco en la admisión de esta clase

de diligencias y cuando las admita, que sea para constatar personalmente la realidad de los hechos y no para que se aprovechen maliciosamente de ella las partes; debe darle mayor confianza, tanto a los testigos, como a los protagonistas o demás personas objeto de comprobación, para que su demostración la hagan sin ningún temor ni vacilación, y evitar en lo posible, la intervencción amañada de las partes, especialmente si éstas van encaminadas, de propósito, a confundir al relator.

La reconstrucción sólo debe tener por fundamento ratificar o rectificar los hechos.

Por ejemplo, si un reo declara que disparó contra un hombre -- causándole la muerte, porque éste lo atacó primero, a tal grado que se vió compelido a repelar el ataque tirado en el suelo en donde se hallaba a consecuencia de la agresión, la reconstrucción tendrá por finalidad establecer si la versión del reo concuerda con las otras pruebas, especialmente la balística y el reconocimiento médico legal que indica la trayectoria de la bala. Si existe concordancia se habrá producido la confirmación o ratificación.

Y habrá rectificaccción, si el experimento judicial, claro y -- convincente, contradice las demás pruebas que obran en la causa, por ejemplo, si los testigos situán al reo en una posición distinta al momento de disparar, a como se comprobó en la reconstrucción.

Por esta razón el experimento judicial es de enorme valía, y -

aunque la ley no le confiera la categoría de prueba autónoma sino supletoria, la verdad es que puede hacer variar el criterio del funcionario judicial, porque sus resultados son certeros, eficaces y determinantes, especialmente cuando se constata que las otras pruebas son falsas.

Creemos que esta clase de prueba necesita de valoración crítica en combinación con el resto de pruebas —favorables y desfavorables— acumuladas en el juicio.

INSTRUMENTOS

Art.- 491. Los instrumentos públicos o los auténticos que se refieran directamente al hecho delictivo, constituyen prueba suficiente en cuando a la existencia del mismo. Si el instrumento público o auténtico no fuere por si mismo la prueba suficiente y directa del delito, no tendrá sino valor probatorio presuncional.

En cuanto a la delincuencia, los instrumentos referidos en el inciso anterior, serán apreciados como prueba suficiente o insuficiente, según las circunstancias de cada caso, conforme a las normas de la Sana Crítica, en relación con las demás pruebas del proceso.

La impugnación de falsedad de los instrumentos públicos o los auténticos, así como la verificación de documentos privados, se hará en el mismo proceso penal. El juez recibirá la prueba pertinente en el curso de la instrucción o en el término probatorio y si éste ya hubiera transcurrido, concederá un término especial y perentorio de ocho días.

Los instrumentos públicos al igual que la inspección, constituyen una prueba de enorme valor por la seguridad y validez que representan muy por encima de la prueba oral, de suyo discutible y dudosa.

Empero, debemos tomar en cuenta que los instrumentos, como la inspección, están encaminados, cuando son pertinentes, a establecer uno de los extremos de la acción delictiva, o al menos a completarlo: El cuerpo del delito. Con la sola presencia de un instrumento se tiene por acreditado un determinado hecho; pero de él se pueden examinar circunstancias distintas: su forma y su contenido. Su forma, que es un acto material, no ofrece dificultad alguna, desde luego que por la naturaleza de los mismos merecen toda fe, por lo que se les admite sin discusión alguna, aunque ocasionalmente pueden redargüirse de falsos, lo que constituye un incidente distinto, que se resuelve dentro del mismo juicio según la Nueva Legislación. No ocurre igual con el segundo elemento: el contenido, en donde sí puede haber duda respecto a la verdad de lo consignado, lo que daría por resultado una comprobación.

Si se quiere establecer por ejemplo, el delito de bigamia(Art. 268 Pn.) basta con presentar las certificaciones de las dos partidas de matrimonio no disueltos, y con esa prueba instrumental preconstituida, se tiene por establecido el delito. Si la difamación, basta la presencia del escrito difamatorio en el cual constan los dos extremos: El cuerpo del delito y la delincuencia.

Los instrumentos, pues, o prueban intrinsecamente el delito o no lo prueban por completo. En el primer caso, tienen valor de prueba suficiente; en el segundo tienen valor probatorio presuncional.

Si una persona, con la certificación de la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento definitivo, (Art. 460 y 461 Pn.) —documentos auténticos— se presenta ante el juez respectivo a denunciar a su --acusador falso, el juez debe atribuirle valor probatorio presuncional a --ese documento, habida cuenta que sólo él, no configura el delito de acusación o denuncia calumniosa; se necesita de otros elementos para tipificar el delito, tales como que el denunciante y el acusador falso, sabían de la inocencia del falsamente acusado. Por manera que, en presencia de esa --situación, el juez tiene que valorar y apreciar el documento, en armonía con el resto de las pruebas que obren en el proceso.

Lo mismo podemos decir de otros delitos como el libramiento de cheques sin provisión de fondos, en donde no es suficiente la sóla presencia del documento protestado, sino que es necesario que se establezcan --otros extremos; igual situación se presenta en la venta simulada, la quiebra dolosa o culposa, y en fin, en todos aquellos casos en que el instrumento, no constituye por si mismo prueba suficiente sino que se necesita --de otras, para completarlo.

Estas reglas de apreciación fijas, sirven para comprobar y establecer el cuerpo del delito, pues cuando con ellos se deba acreditar la delincuencia, siempre será necesario apreciarlos como prueba suficiente o insuficiente conforme a las normas de la Sana Crítica.

DOCUMENTOS

Art. 492.- La prueba documental consistente en planos, copias fotostáticas, dactiloscópicas, fonográficas, fotografías y películas cinematográficas del hecho o su resultado y todo otro medio de prueba de laboratorio ya sea químico o biológico o de cualquier otra índole, presentada por las partes, será apreciada por el juez, de acuerdo a las normas de la Sana Crítica, en relación con otras pruebas que tiendan a establecer las circunstancias de lugar, tiempo y persona a que correspondan.

Si dichas pruebas hubieren sido ordenadas por el juez deberán contener una razón que indique la causa a que correspondan y la fecha en que fueron presentadas, razón que debe estar firmada por el juez, su secretario y el perito que las practicó.

La ley diferencia los instrumentos de los documentos. Los primeros son los que emanan de un funcionario público en el ejercicio de su cargo y los segundos, los que se enumeren en esta disposición, pero por la dificultad de comprenderlos a todos, agrega el artículo, que se consideran tales a los "de cualquier otra índole".

Significa entonces que son documentos, la grabación, la fotografía y todas aquellos enumerados en la disposición, con visos de veracidad, de existencia material previa; pero la dificultad se presenta cuando quiere comprenderse a otros análogos a los mencionados expresamente.

Veamos un ejemplo de diaria frecuencia en nuestro tribunales, antes de la vigencia de los nuevos Códigos, pero que actualmente ya esta expresamente aceptado en éstos (Art. 328 P.º Pn.) Es el famoso reconoci-

miento en rueda de fotos.

Resultaba que cuando un reo estaba ausente, y podía ser reconocido por el testigo u ofendido, se formaba "una rueda" de ocho o diez fotografías, en donde estaba la del reo, y entonces el declarante lo identificaba, y ya estaba concebida la prueba.

Sería correcto y legal este procedimiento?

Estimamos con el Dr. Domínguez Parada, (44) que ese procedimiento era arbitrario y divorciado de toda lógica, por varias razones:

El asiento de las cédulas de identidad personal e incluso las mismas cédulas, son documentos públicos y en consecuencia, prueba preferencial y preconstruida, por cuya razón se les puede admitir dentro del procedimiento, pero como prueba en sí, es decir, que ellas mismas, sean un medio directo de prueba.

Algunos jueces argumentaban en otra forma. El Art. 410 I, (hoy 210 Pr. Pn.) ordenaba que cuando el reo no estuviera detenido, y fuere persona desconocida del testigo, se le preguntaba también sobre la filiación y sobre lo demás que el juez estimare conducente para establecer la identidad personal del inculpado; y el Art. 157 I, (hoy 233 Pr. Pn.) que complementaba al anterior, expresaba que cuando se imputara la perpetración de un hecho punible a persona que se supone culpable y no detenida y cuyo nombre se ignorara y no se hubiese sabido después por ningún medio, pero si afirmase poderla reconocer al serle presentada, el juez ordenaría el -

(44) Dr. Luis Domínguez Parada. Conferencia Citada.-

reconocimiento por quien hubiera hecho la imputación.

Ahora bien, como el Art. 410 I, después de enumerar los diversos documentos, agregaba al final, que lo serían también aquellos "de cualquier otra índole", concluían per se que el reconocimiento en rueda de fotografías, estaba comprendida en esta frase analógica.

De ahí que los jueces tomaran diez fotografías (ahora serán --- cinco) entre las que aparecía la del inculcado; formaban "una rueda" con ella como en el caso de reo presente y ponían al testigo a que lo identificara, y entonces quedaba perfectamente comprobada la participación del inculcado.

Nada más falso e ilógico: La prueba documental es prueba preconstituida, de estricto derecho, esencialmente tasada y por consecuencia, esta disposición no se compaginaba, no armonisaba en manera alguna, con la que se refería al reconocimiento. Lo que quería la disposición es que se admitieran como prueba, los documentos de toda clase, las fotografías, las grabaciones, las películas etc., es, todas aquéllas que por sí sean las portadoras de la prueba.

Además existe otra razón de orden práctico, cual es el hecho de que cuando se realiza "el reconocimiento en rueda de fotos", ya la del inculcado es harto conocida del público y, con mayor razón, del que pretende reconocerlo, por la difusión que de ella se ha hecho en todos los medios de información escrita.

Sin embargo no sólo esta práctica llegó a ser admitida por nuestros tribunales sino que se ha llegado al extremo de identificar al reo, - por medio de una sola fotografía: la del indiciado! Aunque ignoramos cuál fue el argumento que se trajo a cuenta para admitir y consentir ese hecho, creemos que por elemental lógica, no debió aceptarse y menos darle validez.

Más insistimos, en la nueva legislación ya se admite en forma tajante, el reconocimiento "en rueda de fotografías", pero por disposición expresa de la ley, y no antes, cuya situación no estaba regulada. Como ya se admitió esta práctica sólo debemos recomendar, que cuando un juez tenga que practicar este reconocimiento, lo haga con todas las precauciones necesarias e indispensables; cerciorándose de la autenticidad de los fotografías y debe denegar esa diligencia cuando no se cumpla con esos requisitos, especialmente cuando el reo sea conocido de todos o su fotografía haya sido publicada en los medios informativos.

Creemos que entre los documentos "de cualquier otro índole" están todos aquellos de igual o semejante entidad a los que se enumeran; en los que perfectamente caben los papeles privados tal como la correspondencia epistolar.

La historia delincencial es pródiga en ejemplos que demuestran que la correspondencia ha sido, algunas veces, el vehículo que ha llevado al crimen a numerosas personas, y se han descubierto muchos de ellos, a -

través de las cartas intercambiadas. Se ha podido seguir el camino del delito, puesto que la correspondencia puede constituir un indicio externo -- del mismo, tanto más evidente cuanto menos huella haya dejado el hecho delictivo.

Por ejemplo, en el caso de adulterio, se puede extraer elementos de su conformación, mediante la imprudencia de los amantes, exteriorizada en su correspondencia privada. Por eso dice Gorphe: (45)

"En una correspondencia amorosa también puede descubrirse la prueba de una disposición o pensamiento criminal, tendiente por ejemplo a desembarazarse de un marido molesto; el amante experimenta cada vez mayor dificultad para soportarlo o la mujer expresa su odio e insinúa poco a poco el homicidio".

Puede entonces, por medio de la correspondencia persuadirse a una persona a que cometa un delito, a veces con insinuaciones sutiles que sólo un buen sicólogo ha llegado a descubrir, con el estudio de las cartas intercambiadas.

Creemos por eso, que la correspondencia, en ciertos y determinados casos, puede constituir prueba tan segura como la instrumental e incidir de una manera eficaz en la decisión del juez, formando en él una convicción que por otros medios hubiera sido difícil adquirir.

PERITAJE

Art. 493.- El dictamen unánime de dos peritos o de uno solo - en los casos previstos por la ley, será apreciada por

(45) Gorphe Ob. Citada Pag. 194.-

el juez como prueba suficiente en la parte facultativa o profesional, si reúne los siguientes requisitos:
1o.-) Que sea practicado por facultativos o técnicos - en la materia objeto del dictamen;
2o.-) Que sea preciso y afirme con seguridad la existencia del hecho objeto del dictamen; y
3o.-) Que el dictamen concuerde en sus conclusiones con las demás pruebas o elementos de juicio que existan en el proceso.

El dictamen pericial que no reúna alguno de los requisitos señalados anteriormente, será apreciado por el juez como base para una presunción, según sea la competencia de los peritos, la concordancia de las normas de la Sana Crítica y las demás pruebas o elementos de juicio existentes en el proceso.

En todas las legislaciones antiguas, el dictamen pericial tenía -- el caracter de prueba tasada porque obligaba al juez a aceptarla sin ningún razonamiento, con caracter de convicción previa. Contra esta teoría, - la doctrina procesal reaccionó fuertemente, a tal grado que obligó al legislador a modificarla en el sentido de que también puede y debe ser objeto de apreciación racional.

La legislación patria establece que el dictamen de peritos tiene carácter de prueba suficiente cuando reúne determinados requisitos: que se practique por técnicos en la materia sobre la cual dictaminan, que sean -- categóricos en cuanto a lo que se analiza y congruente con el resto de pruebas habidas en el proceso.

Esta posición es lógica y correcta, desde luego que el perito - no aporta pruebas, sino que aclara y confirma las que ya existen; dictamina sobre hechos posteriores a la realización del acto delictivo y auxilia

al juez para descubrir la verdad, en base a su ciencia, arte, industria o técnica que profesa. En síntesis afirma y comprueba un hecho desconocido del juzgador.

El peritaje no introduce una nueva prueba, puesto que ya existe desde el momento en que el hecho se produjo y lo que debe contener su dictamen, es una explicación clara y técnica de ella, porque el juez no la -- conoce, no está obligado a conocerla ya que no se refiere a puntos de de-- recho, sino diferentes a esta ciencia; consecuentemente, los peritos le sirven de obligados auxiliares para desentrañar la verdad de la prueba y -- exponérsela en forma nítida, pues que estaba dudosa e imperceptible para -- él.

Esta es la razón por la que se afirma que el perito no es órgano de prueba; es un asesor o auxiliar valioso e indispensable en muchos casos, para la justicia, porque contribuye a descubrir la verdad y a formar el -- criterio de los jueces en materia que desconocen; por eso mismo, los peritos están excluidos de dictaminar en cuestiones jurídicas, materia que sí es del dominio de los juzgadores, aunque ignora otras que no son de su incumbencia, desconocimiento que suple con el dictamen pericial.

Consecuente con el criterio apuntado, afirmamos que la perita-- ción no constituye prueba en si misma, es un medio subsidiario de descu-- brirla, afirmación que está en armonía con una jurisprudencia italiana -- contenida en sentencia de casación de veintidós de abril de mil novecien-

tos sesenta y tres, que expresa: "En el ordenamiento jurídico del proceso penal, la peritación no es sustancialmente una prueba aunque sólo fuese - porque la adquisición por parte del perito de las circunstancias que constituye objeto de indagación subsiguiente al hecho delictuoso, está condicionada al poder discrecional del juez, que elige por sí, el testimonio pericial en consideración a la esperada contribución personal de naturaleza -- técnica del perito en la comprobación de la verdad y de ahí que la peritación, no siendo en sí una prueba, sino una apreciación que sirve para aclarar una fuente de prueba, al exclusivo fin de hacer por dicho medio (subsidiario) más fácil la valoración, no vincula al juez cuya libre convicción no lo dispensa, sin embargo, de la obligación de dar una razón motivada en su juicio discrepante, oponiendo los motivos que, a su libre elección, aunque inmunes del vicio lógico de contradicción y de errores jurídicos, no - técnicos, conceptúe él suficientes para rehusar el subsidio de las conclusiones periciales". (46)

De la jurisprudencia trascrita, se obtienen las siguientes conclusiones: a) para los Italianos, el dictamen pericial no constituye prueba en sí, sino prueba supletoria; b) no es de obligada concurrencia, antes bien, del poder discrecional del juez; c) pero admitido que sea, es potestativo del juzgador adherirse al dictamen, porque goza de libre convicción, desde luego que la peritación tiene por finalidad, aclarar, una fuente de

prueba, mas no crearla; y d) el juez puede discrepar del peritaje, pero en tal evento, está obligado a explicar la razón que tiene para apartarse del dictamen, con la saludable finalidad de controlar el fallo y evitar la arbitrariedad.

Sin embargo entre nosotros no ocurre lo mismo, ya que es obligatorio el peritaje en los casos que la ley lo determine, aún cuando el juez sea técnico en la materia sobre la cual debe dictaminarse. La ley no le excluye de esa obligación, por el contrario, se lo exige imperativamente en todos aquellos casos en que para comprobar la existencia del delito, se necesite de conocimientos especiales.

Algunos de esos casos son: el de muerte violenta (Art.160) el de presuntivo envenenamiento, en donde es necesario el examen de laboratorio (Art.166), en el aborto (Art.171), en la violación, estupro o rapto (Art.172), en los delitos contra el patrimonio para el a valúo de los daños (Art.174), en el cotejo de letras (Art.230), en fin, en todos los casos en que para descubrir o valorar un elemento de prueba, se necesite de esa técnica.

A contrario sensu, estamos de acuerdo con el criterio unánime, de que no es objeto de peritaje lo referente a la habitualidad, la profesionalidad, la tendencia a delinquir, el carácter y la personalidad del imputado, y en general, a las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas.

No obstante esa disposición de carácter imperativo, creemos que el juez, perfectamente puede abstenerse del auxilio del dictamen pericial, cuando el conocimiento de determinadas ciencias o artes, entren en el patrimonio cultural común, esto es, en las máximas de experiencia, en cuya virtud el juzgador, con su cultura general, puede dictaminar por siguismo, con criterio propio, cual es la justa solución al problema planteado; mas sin embargo, debe hacer la debida diferencia, porque si se trata de una ciencia que no es del acervo común, por ejemplo, la ciencia médica, el juez no puede suplir al perito, ni aún cuando en él concurren las profesiones de médico y abogado, y en tal situación debe, necesariamente, auxiliarse de los técnicos.

Opinamos que la disposición que obliga al juez a que concurren los peritos en su dictamen (Art.160), debiera estar concebido en forma potestativa, para dejar al juez una amplia facultad para admitirlos, desde luego que en no pocos casos, la adquisición de esos dictámenes, no tienen mas finalidad que la de retardar el trámite de las causas, en perjuicio de la pronta y cumplida administración de justicia, ya que a veces se puede suplir ese auxilio, con las máximas de experiencia, que deben concurrir en todo buen funcionario, quien, por otra parte, tiene la obligación de motivar sus fallos, que constituye un dique a la arbitrariedad, pues que con tal motivación se ejerce el debido control, a través de la revisión o impugnación que tiene el debido cumplimiento en la subsiguiente instancia o

en casación, con lo que se logra el debido proceso.

Se podría argumentar —y ya lo han expresado algunos— que a estas alturas, no es conveniente dejar al juez la absoluta libertad para la apreciación de las pruebas, con lo cual hemos comulgado, como ha quedado expuesto en líneas anteriores, pero en el punto concreto que tratamos, la situación es distinta, porque se trata de una confirmación de pruebas, como creemos haberlo demostrado y el juez con criterio sano sabrá hasta -- donde llegan sus límites para resolver por si solo el problema y cuando le será indispensable el auxilio de los peritos.

Volviendo a la disposición concreta que comentamos, hemos de -- decir, que en términos generales, estamos de acuerdo con la forma en que -- está concebida, como se ha expresado antes, desde luego que cuando el dic-- tamen reúne los requisitos que establece el artículo, no es que los peri-- tos estén proporcionando otra prueba; es la misma que ya consta en autos y los peritos, lo único que han hecho es una clarificación de ella, para pre-- sentársela al juez en forma nítida e indubitable. Se confirma este aserto con la disposición contenida en el Art.229, que expresa y terminantemente -- Faculta al juez, para desestimar el dictamen pericial, cuando contradiga los hechos que él (el juez), haya constatado personalmente en la inspección, -- siempre que los peritos persistan en su dictamen contrario al del juzgador, no obstante que se les comunique esa discrepancia, si éstos no lo modifi-- can o no dan explicaciones que satisfagan al juez. De donde se concluye que

si el juez obtiene en forma diáfana la prueba, no necesita del dictamen pericial.

Por eso, también el Art. 493, en su inciso final ordena que cuando el peritaje no reuna las condiciones de precisión y seguridad, no debe admitírsele como prueba suficiente, habida cuenta que con él, no se ha confirmado y aclarado la prueba. Si decimos que la peritación no es más que la confirmación de una prueba que el juez no está en capacidad de conocer, por ser lego en la materia objeto del dictamen, debemos afirmar que la peritación no debe tener más finalidad que la de aclarar las dudas del juzgador; por eso es congruente la disposición cuando determina los requisitos que -- debe reunir para tenérsele como prueba suficiente y es lógica porque faculta al juez, para que al dictamen pericial, ayuno de esas condiciones, no le asigne el caracter de suficiente, antes bien, lo faculta para tenerla como simple información, la cual puede servirle de base para apreciarla, como -- presunción; vale decir, en concordancia con las reglas de la Sana Crítica.

CONFESION JUDICIAL

Art. 494.- La confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido un delito o falta, hará prueba suficiente contra el confesante, si reúne las condiciones siguientes:

- 1a) Que se hubiere producido personalmente por el imputado ante juez competente y en el juicio respectivo;
- 2a) Que no medie error evidente, violencia o intimidación;

- 3a.) Que el confesante hubiere estado en el pleno goce - de sus facultades mentales;
- 4a.) Que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del imputado y la naturaleza misma de la infracción; y
- 5a.) Que sea lógica y congruente con la forma en que el hecho se produjo.

La confesión que reúna las condiciones anteriores se presume verídica mientras no se pruebe lo contrario.

El reconocimiento que hiciera el imputado ante el -- juez, de cartas, papeles u otros documentos privados tendrá la misma fuerza probatoria que su confesión respecto de los puntos que aquellos comprendan.

Toda la Legislación antigua, conceptuaba la confesión judicial y extrajudicial como prueba legal o tasada, colocada en el pináculo en orden de prelación (*Regina Probationum*), de cuyo criterio, naturalmente, participaba nuestra ley, a tal grado que, aún cuando el jurado pronunciara veredicto absolutorio a favor del confeso, el juez estaba obligado siempre, a condenarlo en la sentencia.

Pero este criterio de apreciación sufrió total y absoluto cambio y se llegó al extremo, inclusive, de considerar la confesión, contraria a la naturaleza humana (*Pina*, entre otras).

Mas como este trabajo no tiene por finalidad investigar y analizar las diferentes teorías que sobre el particular se han expuesto, desde luego que nos llevaría a diversas e interminables digresiones que rebasarían los límites de esta tesis, nos concretaremos a señalar aquí, los alcances de este medio de prueba de acuerdo al contenido de la misma legislación.

Expresa el Art. que nos ocupa, que para que la confesión tenga -

el caracter de prueba suficiente, es necesario que sea clara, espontánea y terminante; no obstante, la naturaleza humana es tan variada y caprichosa que es posible que se cumplan estas exigencias formales y sin embargo la lógica y la razón se resisten a admitirla como prueba suficiente. Veamos algunos casos:

10.-) En no pocas ocasiones el imputado confiesa espontáneamente (judicial o extrajudicial), más lo hace con evidente cinismo y lujo de barbarie que nos induce a pensar que el afán que persigue es el de notoriedad. En presencia de esta confesión, no existe duda en cuanto a la suficiencia de la misma a menos de comprobarse, por otros medios, que se trata de un caso patológico; lo único que habría que determinarse en la primera hipótesis en la procedencia o improcedencia de la atenuante o disminuyente; estamos por que lejos de concedérsela habría que agravársela. La Jurisprudencia se ha limitado a declarar improcedente la atenuación.-

20.-) Un reo confiesa clara y espontáneamente su delito, pero lo hace porque en el proceso existe tal número de pruebas, está tan acorralado por ellas, que no tiene mas alternativa que acomodarse a las pruebas y confesar, tal vez para buscar la atenuante. Ante esta situación el juez debe darle a la confesión el valor de suficiencia, frente al caso concreto, y en base a las normas de la Sana Crítica, determinar si merece el beneficio de la atenuación.

30.-) Este es un caso de diaria frecuencia y propio de nuestro -

ambiente: la defraudación al fisco mediante el contrabando de aguardiente clandestino, Muchas veces al humilde campesino se le acusa falsamente de haber cometido esa infracción y con la prueba de los agentes captores y la presencia del aguardiente, puesta de propósito por ellos mismos, se comprueba plenamente el delito, ante tal circunstancia el reo se ve obligado, porque así se le aconseja, a confesar, con el fin de lograr una -- disminución de la pena, en especial, de caracter pecuniario, pues la multa será menor. Aquí es donde el juez debe hacer mayor acopio del análisis razonado, crítico, y resolver con verdadera justicia y equidad.

4o.-) Existe también la confesión en manifiesto fraude de -- ley, que así le llama el Dr. Arturo Argumero h, en su tesis doctoral "La Revisión en Materia Penal": cuando un reo está condenado por un delito - que sólo puede ser cometido por una sola persona, se presenta otro a con fesar que él, es el único y verdadero autor de aquel delito, por lo que el jurado también lo condena.

Y aquí se han presentado situaciones muy interesantes y paradójicas, cual es el hecho de que ante el tribunal de conciencia, el defensor pide la condena de su defendido y la acusación fiscal la absolución. Cuando se logra la 2a.- condena, se pide la revisión de los dos fallos.

5a.- Un reo agobiado por el peso de su atormentado conciencia y sinceramente arrepentido de su mala acción, confiesa clara y espontáneamente su delito. Ante tal situación creemos que, aún cuando su versión tu-----

viera puntos de divergencia con el resto de las pruebas, debe tenerse a ésta como verdadera y concederle el beneficio de la disminución.

Por toda esta gama de situaciones, en donde es posible distinguir la confesión simple, la calificada, etc., es que muchos autores se pronuncian porque a la confesión se le estime como prueba indiciaria, lo que según Alcalá Zamora, tampoco es conveniente, pues que representa un enorme salto de la prueba tasada a la indiciaria; por eso, quiere él, que a la declaración de parte —que así debe considerársela— tiene que ser apreciada, en cada caso, con auxilio de las reglas de la Sana Crítica, en relación y armonía con todas las demás, ya que sólo así se logra eliminar de un solo golpe, los quebraderos de cabeza a que ella da lugar.

El munerál lo.- de la disposición comentada, exige estas condiciones: a) que se produzca personalmente; b) ante el juez competente (Judicialidad), y c) en el juicio respectivo.

En materia penal no se puede delegar la facultad de declarar y con mayor razón la de confesar; por eso no lo puede hacer ni el representante legal ni el apoderado del reo, ni aún con poder especialmente constituido.

En materia civil, y en algunas legislaciones, se permite la confesión por medio de apoderado especial, siempre que se cumplan determinados y especiales requisitos.

Para muchos, la legislación nuestra, en ningun caso permite la confesión ni siquiera por medio de posiciones y así argumentan: "el Art.-378 Pr. ordena que la parte está obligada a absolver personalmente las posiciones cuando así lo exija el que las pida, aunque tenga apoderado con poder especial", lo que necesariamente incluye la confesión ficta; es decir la presunta, que acontece cuando el reo no se presenta a absolver posiciones.

Por nuestra parte (y valga la disgresión), si tiene cabida la confesión por medio de apoderado, por las siguientes razones: lo.) La confesión en lo civil no sólo es la manifestación expresa que hace el reo, -- sino que se tiene por tal al hecho de allanarse a la demanda, ya sea en persona o por representante legal, así para el caso, puede decirse: "En mi caracter de apoderado del demandado, vengo a contestar la demanda en sentido afirmativo..."; y 2o.-) Porque el Art. 113 Pr. numero 7o.- reza: Los procuradores necesitan de poder conclásula especial"... 7o.) Para absolver posiciones...". A su vez el Art. 378 Pr. (comprendido en la sección" De la Prueba por Confesión), ya transcrito dice que la parte esta obligada a absolver personalmente las posiciones CUANDO ASI LO EXIGA EL QUE LAS PIDA, aunque tenga apoderado con poder especial. De tal manera que si quien pide la absolución, no exige que el demandado absuelva personalmente las posiciones, es decir, que confiese un determinado hecho, puede hacerlo por medio de apoderado especial. Pero si la delegación se permite en materia -

civil, no ocurre lo mismo en el campo penal ni siquiera para el reclamo de la acción civil que se derive del delito o falta.

Continúa la disposición comentada: la confesión debe vertirse ante el juez competente. La que se hace ante otro no vale, y menos, en -- distinto juicio, por manera que no es permitido compulsar de otro proceso alguna clase de confesión.

Si la declaración se rindiera ante un juez que luego se declara incompetente, por razón de territorio, la confesión vale en virtud de lo estipulado en el inciso último del Art. 27; "La declaratoria de incompetencia por razón del territorio no producirá nulidad de los actos de instrucción ya practicados".

Cabe advertir que es un contrasentido que por un lado se niegue todo valor a la confesión rendida ante el juez incompetente y por otro, se le esté dando validez a la confesión extrajudicial, la cual ni siquiera se vierte ante funcionario judicial; y es más grave todavía, cuando se obtiene en los cuerpos de seguridad o ante sus agentes, que por sólo ese hecho se desnaturaliza completamente la confesión, ya que es casi imposible que exista espontaneidad, y si en algún caso hubiere, no será esta la regla -- general, que es lo que persigue toda legislación, más nunca los casos aislados que son la excepción porque no es lógico que un reo confiese de manera espontánea en presencia de estas condiciones y luego se retracte ante el

juez.

Que no medie error evidente, significa que coincida la expresión libremente manifestada por el reo, con lo escrito materialmente en el acta respectiva; dicho error puede ser provocado en forma voluntaria e involuntaria bien por el dicho del confesante, ora por la forma en que se le interroga haciéndole preguntas capciosas o sugestivas; la violencia judicial es prácticamente imposible en nuestros tribunales, pero si puede haber intimidación, amenazándolo con que se agravará su situación si no confiesa haber participado en el delito, puede finalmente, o en otra forma similar, provenir esa amenaza bien del ofendido o de un tercero.

Es requisito indispensable además, que el confesante esté en el pleno goce de sus facultades mentales al momento de declarar.

La capacidad del reo puede estar disminuida por su edad o por deficiencia intelectual. Los menores de dieciocho años están definitivamente fuera del ámbito penal; en cuanto al retraso mental, no es necesario que exista una verdadera locura, la cual es imposible dividirla en grados, es suficiente con que se encuentre disminuido el entendimiento por cualquiera causa psicológica.

Lo difícil, cuando no imposible (según criterio de los técnicos en siquiatria) es establecer con posterioridad, que el reo adolecía de incapacidad mental al momento de confesar, porque sólo se podría rebatir esa confesión pasada con el dictamen de peritos y éstos no pueden, en ningun -

momento pronunciarse en este sentido.

Los peritos pueden dictaminar que un individuo en el momento actual, está sufriendo de trastorno mental, transitorio o permanente, más no les es dable, sin el auxilio de otros elementos de juicio, dictaminar sobre esa disminución intelectual en un determinado momento del pasado.

Que el hecho confesado sea posible significa, que dada las -- circunstancias especiales del delito y del delincuente pudiera haberlo -- cometido, que sea verosímil significa que el reo esté capacitado para cometerlo, pues bien puede confesar con el ánimo de ocultar al responsable, por ejemplo, si en un delito de malversación de fondos manifiesta que se -- apropió de dineros, cuando no tiene acceso a ellos ni la capacidad intelectual necesaria, y sólo lo hace, con el objeto de encubrir al verdadero culpable.

Para que sea lógica y congruente es necesario que exista concordancia con el resto de pruebas, en consideración a las circunstancias del cuerpo del delito, a fin de establecer que se trata del mismo hecho delictivo y no de otro. Esto nos demuestra que la confesión doctrinariamente no es autónoma, sino que debe estar en relación y armonía con el resto de pruebas. Sin embargo nuestra legislación la acepta como prueba suficiente, habida cuenta que cumplidos los requisitos se le debe aceptar sin discusión.-

PRUEBA TESTIMONIAL

- Art. 497.- Para que merezca entera fe el dicho de los testigos, el juez tomará en cuenta las condiciones y circunstancias siguientes:
- 1a.- La capacidad necesaria del testigo para apreciar los hechos, según su edad e instrucción;
 - 2a.- La imparcialidad deducida de la probidad, independencia de posición, desvinculación con las partes y antecedentes del testigo;
 - 3a.- Que los hechos sobre los que declare hayan podido ser susceptibles de apreciación por los testigos y que el testigo los conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otras personas;
 - 4a.- Que las declaraciones sean claras, precisas y coherentes, exentas de fuerza, temor o miedo, y que no sean impulsadas por error, engaño o soborno;
 - 5a.- Que expliquen circunstanciadamente los hechos sobre que declaren y den razón de sus dichos, expresando de qué manera saben lo afirmado; y
 - 6a.- La oportunidad en que declare el testigo, o sea el tiempo que medie entre la fecha del testimonio y aquélla en que se produjo el hecho a que se refiere, así como si fue mencionado en la instrucción, en diligencia realizada de oficio o a mención de algunas de las partes.
- Las anteriores condiciones serán apreciadas prudencialmente por el juez, sin necesidad de prueba sobre las mismas.

VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO

- Art. 498.- Corresponde al juez apreciar de acuerdo con las normas de la Sana Crítica, el valor de la prueba testimonial sin hacer depender tal apreciación del número de testigos, sino que utilizando un sistema racional de deducciones teniendo en cuenta además de las condiciones consignadas en el artículo anterior, las siguientes:
- 1a.- Las condiciones personales y sociales del tes

- tigo;
- 2a.- La naturaleza del hecho, el lugar y hora de ejecución; y
- 3a.- Las circunstancias en que haya sido percibido.
La sola declaración de un testigo presencial del hecho investigado, podrá ser apreciada por el juez como prueba suficiente de la delincuencia.

El objeto de la prueba en general es obtener la verdad o certeza de un hecho.

En materia procesal, tal cual quedó demostrado, la mejor prueba es la directa por cuanto informa personalmente al juez, constata por sí mismo y obtiene en forma inmediata la verdad del hecho ocurrido a través de sus propios sentidos, exenta de todo vicio y error.

No ocurre otro tanto con la prueba indirecta, porque por medio de ella el juez no adquiere la vivencia en sí y la verdad la recaba mediante el relato de un tercero que reproduce con su declaración la historia de un hecho delictivo que desapareció en el tiempo y que sólo es posible reconstruirlo con el auxilio de la memoria del testigo, que desde luego, no es enteramente fiel. Por manera que en presencia de un testimonio, el juez no puede tener una visión exacta de la transformación del mundo exterior, sobre todo cuando no existen señales externas que corroboren aquel testimonio, en razón de lo cual se ve constreñido a dudar de su veracidad, dada la falibilidad del hombre, por lo que es necesario que analice la versión a la luz de la experiencia, de la sicología, de la lógica y de --

otros auxiliares que lo conduzcan a una conclusión certera.

El fundamento para admitir la prueba testimonial es la presunción de veracidad en el hombre, presunción que tuvo plena vigencia en épocas pretéritas, en donde las costumbres eran sencillas y los sentimientos morales y religiosos bien cimentados; pero a estas alturas, cuando se precisa de conminar al testigo con juramentos, con promesa de decir verdad o con sanciones por su falso testimonio, no es posible atribuirle una fé -- ciega a su relato, más que todo, cuando se descubre en él alguna clase de interés que lo induce a inclinarse en determinado sentido.

Sin embargo, no debemos ser pesimistas en extremo, porque siempre existen y habrá personas de honradez acrisolada, incapaces de faltar voluntariamente a la verdad, aunque los tiempos sean distintos, por cuya virtud su declaración puede y debe ser decisiva para acreditar un hecho y por consiguiente, en su presencia, el juez está obligado a resolver acomodándose a ella en favor o en contra del reo, según la justicia se lo indique.

Por otra parte, no debemos perder de vista que este medio de prueba proporciona amplias posibilidades para conocer la verdad, siempre y cuando se regule adecuadamente, y será misión del legislador indicar -- las reglas indispensables para rodearlo de los mecanismos apropiados con el objeto de lograr la pureza y seguridad en ella, y así podrá atribuirle el valor de prueba legal o dejar al juez completamente libre para apreciar

la con la ayuda de la Sana Crítica racional, a fin de que en cumplimiento de esa labor crítica se produzca la esperada y pretendida eficacia del testimonio.

Estamos porque este último sea el sistema de apreciación correcto, pues es aquí, en donde caben en toda su extensión las reglas de la Sana Crítica en igual medida que en las presunciones.

Porque el juez para valorar esta clase de prueba, no sólo tomará en cuenta el testimonio falso por intereses mezquinos, por amor, odio o rencor, sino el del testigo que de buena fe falta a la verdad por la mala apreciación de los hechos.

Diversos experimentos han demostrado la inseguridad de esta clase de prueba, aún recogida inmediatamente; ante un hecho objetivo y sin la concurrencia de sentimientos naturales de amor o rencor. Por ejemplo, si de propósito se reúnen en una sala a varios individuos, sin que ellos tengan el conocimiento previo del experimento, y repentinamente penetra una persona desconocida y dispara varias veces contra la supuesta víctima, los testigos, todos presenciales, todos veraces y todos exentos de vicios, declaran en distinta forma, con detalles contradictorios y disímiles, en cuanto a la filiación del indiciado, al número de detonaciones, a la distancia en que se produce, a la posición en que lo hace, a la forma del arma, a la mano en que la empuña etc., y si esto ocurre cuando no median intereses de ninguna clase, cómo no ha de ser el testimonio de personas in--

teresadas; cómo puede ser posible estar seguro del relato de un testigo en presencia de un hecho real y verdadero en donde afluyen sentimientos síquicos que turban su conciencia y lo inclinan en uno o otro sentido, voluntaria o involuntariamente.

Y el problema se agrava más, cuando el juez cuenta con el testimonio de un sólo testigo, del testigo único que decían los antiguos expositores, y que con fundamento dió por resultado al apoteagma, "testigo único, testigo nulo" (testis unus, testies nullus).

Estimamos al respecto que al testigo único no se le puede tomar en cuenta, y menos ser decisivo para tener por acreditado un hecho, pero sólo en tanto y en cuanto se trate precisamente de la única prueba que --- obre en el proceso; esto es, que no haya otra ni para acreditar la existencia del delito ni para establecer la delincuencia, porque en tal supuesto, no habría medio de corroborar el testimonio único y en consecuencia, no sería posible deducir mediante el raciocinio el desencadenamiento de las -- pruebas para establecer el posible resultado. Así, para el caso — y se presenta en el diario acontecer— cuando una persona nos relata un hecho cualquiera que dice haber presenciado, le preguntamos en el acto, cuáles son - las pruebas que tienes para formular semejante afirmación. Más por el contrario, si esa afirmación del relato único se corroborara por la materialidad del suceso o por otros medios, ese testimonio puede apreciarse como veraz.

Por ese nuestra ley positiva faculta al juez para que atribuya pleno valor a la declaración de un solo testigo cuando es presencial y -- reúne todas las condiciones que la norma exige, aún en contra del testimonio de otros, pero que por ausencia de cualquiera de dichos requisitos, - sus relatos no merezcan plena fe, y es tan completa la libertad del juez, que está facultado para adquirir esa convicción aunque el testigo individual este en contradicción con el resto de los demás declarantes, más es necesario que su versión sea consecuente con el resto de las pruebas que establezcan la existencia del delito, desde luego que la validez y suficiencia de ese solo testigo, lejos de ser prueba única, complementa y -- configura plenamente el hecho.

Nótese que cuando afirmamos que el juez es libre para apreciar como prueba suficiente el dicho de un solo testigo, no queremos indicar - que su decisión sea arbitraria; por el contrario, es razonada, puesto que llega a su convicción a través de un razonamiento que le permite desechar las pruebas que no armonicen con la configuración total del delito, que - es precisamente el criterio sano del que ha de estar provisto todo juzgador. El término libre se opone en este caso, al encadenamiento a la prueba tasada en cuyo sistema cuenta el número y no la medida, la cantidad mas no la calidad.

La norma legal, quizás por el desconocimiento del nuevo sistema le indica con claridad y precisión, cuáles son los elementos de juicio

que debe tomar en cuenta para realizar su examen crítico, lo que no es necesario puesto que lo faculta para aplicar la Sana Crítica.

Esa es la base para que la ley determine los dos momentos por los que atraviesa la prueba: su introducción y su valoración. En el Capítulo IV.- Título III del Libro Segundo, se establecen las reglas para la admisión de esta prueba, se faculta al juez a limitar el número de testigos al indispensable para el esclarecimiento de los hechos; se le enseña la forma de identificarlos y se le obliga a recibirles juramento o promesa de decir verdad bajo su palabra de honor, y se le aconseja que tome todas las precauciones y providencias necesarias a efecto de lograr la fidelidad del relato; y en el Capítulo II, Título I, Tercera Parte del Libro Segundo, se reglamenta la forma en que ha de apreciar el testimonio y se le indica como llegar a la correcta apreciación de esa prueba.

Estas reglas que en conjunto configuran el sistema de apreciación racional, no son más que consejos de higiene procesal, confirmadas por la experiencia de la vida y que la naturaleza nos señala como indispensables para creer en un testigo. Por consiguiente, no será valedero el testimonio de una persona, en donde falte cualquiera de los requisitos que la ley exige, y que sin embargo no precisaba de su mención, desde luego que deben formar parte del acervo cultural del juez, como es el hecho de la capacidad e imparcialidad, necesarias en el testigo, de que su declaración sea susceptible de apreciación sensorial, de vista y no por referencias; que sea clara,

exacta, armónica y que se produzca sin presiones de ninguna; -
clase; que explique pormenorizadamente el hecho y que esté en concordancia con la realidad del mismo y además, que el relato sea oportuno, puesto que la inmediata declaración representa mayor seguridad en cuanto a su fidelidad.

PRESUNCIONES

VALOR PROBATORIO DE LAS PRESUNCIONES

- Art. 502.- Las presunciones podrán ser tomadas en cuenta por el juez para tener por probadas determinados extremos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:
- 1a.- Que el cuerpo del delito se haya establecido por medio de prueba directa, salvo el caso de que su -- perpetración no dejare huellas visibles o de que la - prueba de su comisión se confundiere con la de la delincuencia;
 - 2a.- Que sean precisas, es decir que conduzcan lógica y naturalmente al hecho de que se trata y no a conclusiones diversas;
 - 3a.- Que se relacionen con hechos anteriores, concomitantes o posteriores a la ejecución del delito;
 - 4a.- Que sean concordantes las unas con las otras, de manera que tengan íntima conexión entre sí; y
 - 5a.- Que no se funden en otras presunciones y que guarden la debida armonía cuando concurren con otros medios de prueba.

El Código de Instrucción Criminal no decía qué eran las presunciones, por lo que había que remitirse al Código de Procedimientos Civiles, el cual en el Art. 408 Pr, las define así: "Presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes y circunstan--

cias conocidas para averiguar un hecho desconocido."

Por su parte el Proyecto de Código Procesal Penal, en el Art. 413, traía un concepto, al decir que las presunciones en el juicio criminal son deducciones de ciertos antecedentes conocidos que, teniendo relación con el delito, puede razonablemente fundar una opinión sobre su existencia o sobre la culpabilidad de una persona, inclusive de los hechos aceptados por el reo en su indagatoria.-

De lo anterior se concluye que la presunción tiene como antecedente un razonamiento lógico, que partiendo de un hecho conocido se llega, mediante el raciocinio, a uno desconocido, obtenido el cual, servirá de base para dar por sentada una opinión relativa a la culpabilidad del reo.-

En cuanto a la denominación del término, a su ubicación y a su apreciación, los criterios, en doctrina han variado. Mientras unos le llaman prueba indirecta, otros prefieren circunstancial; hay algunos que la equiparan con la prueba indiciaria, entre estos últimos está Carnelutti, - quien afirma que "las pruebas críticas materiales, llamadas con preferencia presunciones en el campo civilista, reciben en materia penal el nombre de indicios".-Finalmente están los que no las comprenden entre los medios de prueba sino que, dicen, ayudan a ponerlas en evidencia, es decir, que son auxiliares de las pruebas, a las cuales esclarecen.-

Sea cual fuere la denominación aceptada, la verdad es que esta clase de pruebas ha sido admitida y valorada desde tiempos antiguos y es más, tuvo gran importancia en los primeros tiempos, en donde se le clasificó como prueba tasada estrictamente. Luego, durante el florecimiento del

Derecho romano, su valoración se dejó por completo al arbitrio de los jueces, por cuyo motivo se las vio desde entonces con recelo y desconfianza, en especial porque se llegó a considerar culpable a una persona, por el sólo hecho de haber permitido que se sospechara de ella, a lo que se dio el nombre de condenas graciosas.-

Por estas razones la prueba presuncional en el derecho antiguo, paulatinamente fue cayendo en desuso, a medida que disminuyó su importancia, mas que todo por el abuso que de ella se hacía. Pero en la actualidad la prueba presuncional ha resurgido con gran fuerza y pujanza y ha contribuido a este resurgimiento, el advenimientos de los últimos descubrimientos científicos que han permitido establecer con meridiana claridad ciertos hechos que antaño quedaban sujetos a juicios puramente conjeturales. Así, para el caso, hoy es posible determinar que una persona ha disparado un arma de fuego en un tiempo anterior relativamente corto; que las manchas a parecidas en la ropa de una persona son de sangre humana; que la escritura de un documento o su firma, pertenecen a una persona determinada; todo lo cual tuvo por consecuencia que esta clase de prueba, recuperara la importancia perdida en períodos anteriores.'

La nueva ley positiva admite en forma expresa las presunciones, pero para que el juzgador las tenga en cuenta, es requisito indispensable que cumpla con determinadas reglas, a las cuales nos referiremos, más antes habremos de hacer una clasificación de ellas.-

Las presunciones pueden ser legales o presunciones juris et de jures y presunciones naturales o de hombre o juris tantum. La disposición

comentada se refiere a éstas.-

Para que exista una presunción legal se requiere que el legislador le dé el valor de tal, sin tomar en cuenta el convencimiento del juzgador o la validez lógica en la realidad. Por ejemplo, el Art. 3 Pn. estatuye que el desconocimiento de la ley penal no excluye su responsabilidad penal; que los menores de dieciocho años son inimputables ante la ley penal (Art. 16 Pn.). Ante estas presunciones, aún cuando al juezle conste lo contrario o esté convencido de la falsedad de la presunción, está obligado a tener por establecido el hecho, conocidos que sean sus antecedentes.-

En cambio a las presunciones q que se refiere el artículo en comento, es a las presunciones simples, las cuales el juez las obtiene mediante razonamientos y deducciones lógicas que con base a un hecho conocido, se infiere otro desconocido. Y siendo esa deducción estrictamente lógica, puesto que se trata del desarrollo de un raciocinio, estas conclusiones tienen que ser más certeras y de mayor valor para el juez, pues causa en él una seguridad aún superior a la misma inspección, la que sí podría estar sujeta a equivocaciones por la falsa apreciación de los detalles, lo que no ocurre en el razonamiento lógico, cuando el análisis es correcto, cuando las premisas en que se funda son verdaderas, cuando se basa en hechos plenamente comprobados, porque entonces el resultado, producto del -- raciocinio puro, tiene que coincidir exactamente con la realidad. De aquí que las presunciones o son Sana crítica estrictamente o producto de ella.-

Es más fácil—y de hecho así ocurre—que se cometan más errores

en la valoración de la prueba natural (confesional y testimonial), que -- con las presunciones. En efecto, los testigos pueden estar amañados, la confesión puede ser producto de diversas presiones, por ejemplo, para encu
brir al verdadero culpable o por otros motivos que señaláramos cuando nos - referimos a esta clase de prueba. Por eso, en la vida práctica, se ha visto que en no pocas ocasiones causan mayor impresión la prueba presuncional - en la conciencia del jurado popular que la llamada prueba directa, por -- cuanto que la presunción, deduce un hecho desconocido basado en uno conoci
do, de tal suerte que conocido la causa productora, el resultado es eviden
te en sí mismo, por lo cual este razonamiento nos lleva a formarnos una id
dea exacta del delito y su atribución a una determinada persona.-

Si encontramos a una persona lesionada por arma de fuego y ve
mos que huye un hombre con una pistola en la mano, a quien la víctima seña
la como su victimario, aunque no exista prueba directa de la perpetración
del delito, concluimos lógicamente que la persona que huye, es la respon
sable del delito; y si a esta presunción se agregan otras u otros elemen
tos de juicio, como la prueba de la parafina, el decomiso del arma homici
da, el examen de laboratorio de las manchas de sangre que aparecen en sus
ropas, el examen de un pedazo de tela arrancado a la camisa del presunto -
victimario que quedó en las manos del moribundo; o el hallazgo en poder del
presunto victimario de un objeto que pertenecía a la víctima y que le fue
robado, etc., estaremos en presencia de varias presunciones, que se comple
mentan y que nos llevan a una sola convicción: la de que el hombre que huy

a es el único culpable del hecho delictivo. Esto sin perjuicio de otra -- clase de prueba, que al complementarla, destruya su culpabilidad, puesto que con aquélla podría estarse comprobando una fase del delito o de la delincuencia, lo que en nada se opone a la veracidad de la presunción.-

Por eso decimos que ahora los términos se han invertido, las - pruebas naturales son las que han perdido crédito; que han ganado las presunciones, pues los testigos podrían ser interesados o preparados para que declaren en determinada forma, o bien, podrían no haber apreciado los hechos, por las razones que señalamos cuando hablamos de esta clase de prueba, la cual se encuentra muy desacreditada. En cambio, en determinados casos, la prueba presuncional es tan eficaz para llevar convicción en un determinado sentido, o para probar algunas de las fases del delito, que en la conciencia del juez, no cabe duda respecto al hecho deducido.-

Entre los requisitos que la ley exige para que se tenga por acreditada la presunción, y para tener por establecidos ciertos extremos de - la delincuencia, es la de haber prueba directa en la comprobación del hecho delictivo, excepto cuando el delito por su naturaleza sea de los que no dejan señales visibles, esto es, en los delitos formales como le llaman - algunos, o que la misma prueba sirviera para establecer los dos elementos del delito: su cuerpo y la atribución a un determinado sujeto, pues en tales casos la misma prueba presuncional serviría para acreditar ambos extremos. En el homicidio debe establecerse el cuerpo del delito con el reconocimiento pericial, la inspección, etc.-

Que las presunciones sean precisas, significa que no sean equívocas, porque si lo son, con el razonamiento lógico, llegaremos a conclusiones diversas y falsas y no podrían en esa forma llevar al convencimiento natural de que el reo tuvo participación en el hecho que se le atribuye.-

Que tengan relación directa con los hechos anteriores, concomitantes o posteriores a la comisión del delito, significa que debe existir una concatenación lógica en todos los hechos o circunstancias que rodeen al delito, para que lo configuren plenamente en toda su extensión.-

En el ejemplo que al principio de este apartado mencionamos, los hechos anteriores se podrían establecer con la enemistad entre los protagonistas; las amenazas que con anterioridad había proferido el victimario a la víctima, un atentado anterior, etc; los concomitantes, serían el señalamiento del presunto hechor por parte de la víctima; el hallazgo de un objeto perteneciente al indiciado, en el lugar del crimen, etc; y los posteriores, las manchas de sangre en las ropas del reo y que pertenecen, al menos, al tipo sanguíneo del ofendido; la huída del inculpado, etc.

Se exige además, que las presunciones sean concordantes entre sí, es decir, que todas, en conjunto y armoniosamente, nos lleven a la misma conclusión: que el inculpado, es el responsable directo del hecho delictuoso.-

Finalmente se requiere que la presunción no se apoye en otras,-- desde luego que la presunción no obstante la seguridad que muchas veces representa, no es más que una probabilidad, una conjetura, por lo que se le

llama también prueba conjetural, de donde se tiene que una probabilidad - no puede depender de otra probabilidad, lo cual sería absurdo, ya que si la misma presunción no es prueba suficiente, menos será la que dependa de ésta. Si la presunción es aceptada por el juez mediante su inteligencia, no podría por lo mismo, darle validez a otra cuyo origen fuera otra presunción, la que no llevaría, en esas condiciones la certeza absoluta que la ley exige, para poder pronunciar sentencia condenatoria, no llevaría a su espíritu la certeza de la verdad sobre la participación del imputado en la infracción penal.-

Si se llenan todos estos requisitos, el juez puede tener por establecidos algunos de los extremos de la delincuencia, lo cual constituye una facultad y no un mandato, toda vez que el juzgador goza de libertad - en este caso, para apreciar las pruebas, en especial porque es aquí donde cabe con mayor fuerza—y lo repetimos—el análisis razonado de las probanzas, el análisis crítico racional, por lo que reafirmamos que prueba presuncional y sana crítica son una misma cosa.-

Por eso es necesario que se admita esta clase de prueba y que se aprecie su valor en base a un razonamiento lógico, porque lo lógico y natural es que el delito no se anuncie, es decir, no se anticipe su comisión, por lo que en no raras ocasiones no deja señales visibles, de su perpetración, más que todo, cuando de propósito se busca ocultarlo, ocurre lo contrario con el acto civil, en donde lo normal es que exista prueba preconstituida, que serviría de base para decidir en caso de controversia.- Sin embargo, una cosa si es verdad, y es que todo hecho delictivo representa un

cambio en el mundo exterior, que deja señales, aunque esas señales por si mismas no constituyan prueba; para el caso, existen huellas digitales, tatuajes de pólvora, manchas de sangre etc; todos, hechos ciertos de los cuales obtendremos el apoyo para llegar a conclusiones certeras y eficaces. Por tanto, es necesario la comprobación del cuerpo del delito por otros medios, por prueba directa y sólo en su defecto, por prueba presuncional.-

Para concluir diremos que en los Arts. 503 y 504, se establecen presunciones legales equivalentes a prueba tasada, pero como no se trata de una presunción de derecho, admiten prueba de descargo, por lo que conviene que los juzgadores, sepan aquilatar y valorar esta clase de prueba - en base a razonamientos críticos y no se encierren en la norma legal, como ocurre en la práctica muchas veces, en que en presencia de la prueba presuncional, los jueces ni siquiera aceptan la prueba de descargo, y cuando la admiten no la toman en cuenta en la decisión o la desestiman, lo cual va contra el valor que el derecho asigna a las presunciones cualquiera que sea su especie y más aún, contra las reglas de la Sana Crítica.-

1)

CRITERIO FUNDAMENTAL

El Código de Instrucción Críminal, como sabemos, ha sufrido a lo largo de su vida, diversas reformas que tuvieron por consecuencia, la perdida completa de su unidad, pues "la reformas parciales de los Códigos, por cuidadosas que sean, introducen siempre desarmonías que afean el conjunto", al decir de la "comisión" encargado de la elaboración del proyecto del Código Penal.

Pues bien, ese Código en cuánto a la apreciación de las pruebas, es eminentemente clásico, de prueba extrictamente tasada, como se ha demostrado en el presente trabajo, mas con las reformas de diversas épocas, ese enclaustramiento se fue aminorando, hasta que por fin, en virtud de las últimas modificaciones, se admitió expresamente el sistema moderno de apreciación crítico racional, aunque en forma embrionaria, -- por que siempre se continuó apreciándolas conforme al sistema tradicional, sea por desconocimiento de los encargados de aplicarlo, bien por decidia, ora por la imprecisión de los términos.

Por manera que nuestro venerable Código, en lo que al punto que tratamos se refiere, atravieza los siguientes etapas:

1o.- Desde sus origenes hasta 1957, la prueba es de tarifa legal con un orden de prelación, que el juez está obligado a seguir, pa-

ra tener por acreditado un hecho delictivo.

2o.- Con las reformas de ese año la prueba tasada sigue dominando, pero el orden de prelación, sufre un cambio sustancial; se determina que la preferente será la instrumental, luego le seguirán otras, - hasta situar a la confesión en el sexto lugar dentro del nuevo catálogo; sin embargo como ha quedado visto, siempre tuvo esta clase de prueba un lugar de preminencia.

3o.- A partir de 1958 desaparece completamente el orden de preferencia y se introduce de manera expresa, el sistema de la pruebas libres para - algunas, pero como lo indicáramos, se siguió usando, por costumbre, el - mismo caduco y tradicional, que imperaba desde luengos años, lo que se - confirma con la escasa jurisprudencia.

En consecuencia, durante la vida del Código de Instrucción -- Críminal, en términos generales, predominó el sistema de la prueba tasada, con designación de un orden preferencial establecido de antemano pero con ligeras modificaciones, que no cumplieron a cabalidad la intención que se pretendía.

CRITERIO DE LA NUEVA LEGISLACION

La prueba tasada tuvo plena justificación en épocas pretéritas y la razón de su paso por el campo procesal, la encontramos avalada por - las conquistas del Derecho Liberal que estremecía los fundamentos del --- derecho antiguo, en especial lo referente al arbitrio judicial y al abuso

de poder.

Pero ese enclaustramiento de la voluntad del juez, desaparece con las nuevas doctrinas, ante la imposibilidad de comprenderse en disposiciones legales de ese tipo, la inmensidad de situaciones que la vida delincencial presenta a través de sus variados matices, por eso fue necesario idear otro sistema que compaginara con la realidad.

Fue así como las legislaciones de todas partes, sufrieron el embate de las corrientes renovadoras y con la seguridad que traían aparejada, se logró su admisión definitiva, por que sólo mediante esa forma de apreciación, era posible resolver con criterio valedero, la maraña de facetas que representa la infracción penal, dejando al juez plena libertad para apreciar-las con criterio razonado.

Pero esta libertad no significa, en manera alguna, criterio arbitrario, criterio despojado de razonamiento; no representa liberación de las pruebas sino adecuación a las normas legales, pues lo faculta para que tome en cuenta aquéllas que de manera integral demuestren certeramente la ocurrencia de la infracción y su atribución a un determinado sujeto. No es libertad en el sentido absoluto de la palabra, no es libertad sin control, porque si así lo fuera, se convertiría en veredicto de conciencia el cual no siempre se ajusta al ideal de justicia porque para ello, se requiere en el juez, una condición de infalibilidad, que no es lógico encontrar en toda las personas, ni siquiera en los juzgadores.

*Sistema
racional*
↓

Lo que significa la persuasión racional es una crítica a las pruebas, de manera que en presencia de las mismas, algunas veces con -- aparente igual valor, el juez acepta las que mediante la elaboración -- del raciocinio, lo conduzcan a discurrir la verdad; que tome en cuenta sólo aquellas que ratifiquen a la experiencia, que concuerden con la -- forma como suelen ocurrir las cosas naturalmente; que aprecie las pruebas lógicas y deseche las ilógicas, porque éstas no pueden estar de acuerdo con el desenvolvimiento natural de los acontecimientos. En fin, no se le ordena que desestime las pruebas, sino que se adapte a ellas, pero sólo - a las que configuran la existencia del delito y la participación del delincuente; es decir que entre todas las pruebas, acepte las mejores, tomando en cuenta el hecho en forma integral, de donde resulta que en algunos casos no será una prueba la que lo lleve a decidirse, ya que sólo ella, no constituye certeza, pero analizándolas en su conjunto y con sentido crítico se forma en la conciencia del juez la convicción de la existencia delincinencial.

Naturalmente que ante un sistema de esta naturaleza, el juez llevará mayor responsabilidad, porque no tendrá que ver las pruebas en su aspecto frío y estático únicamente, sino que deberá analizar previamente el hecho real y adecuar a él, las pruebas por lo que se le exige una preparación superior e integral; se le exige que conozca las reglas de la lógica, para elaborar correctamente el raciocinio, pero además, habrá

de bajar del pedestal en que se encuentra en virtud de su cargo y volver la mirada al ambiente de la vida ordinaria, para escuchar las respuestas de la lógica modesta y con base a esa experiencia, se dará cuenta que los hechos tienen un desencadenamiento natural, por lo cual las pruebas tendrán que acomodarse a esos hechos y no a la inversa. En esa forma las -- pruebas serán de palpitante realidad; por eso también habrá de conocer -- las reglas de la sicología, de la sociología y en general, las reglas -- sociales, para comprender cual es la manera como normalmente se comporta el hombre en determinadas situaciones, lo que solamente podrá saber si -- él mismo, se vuelve profundamente humano.

Este será el problema mas difícil de resolver en las nueva legislación: la preparación del material humano adecuado para cumplir plenamente, con la teleología de las nuevas doctrinas, porque unacosa es la disposición legal vista fríamente, y otra, muy distinta, la manera de -- apreciarla en presencia del caso concreto y despojado de todo prejuicio.

(2) LA CARRERA JUDICIAL EN RELACION CON LA SANA CRITICA.-

Una de las mas grandes conquistas de la humanidad en el campo social, fue lograr la división tripartita de los poderes del Estado, que tuvo su culminación en la Revolución Francesa, ya que con anterioridad, el poder estaba concentrado en el soberano, dueño y señor de vidas y haciendas de sus súbditos, con poderes ilimitados y omnímodos.-

Desde entonces, el Poder Judicial tuvo la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con independencia y sin intromisión de fuerzas extrañas y con facultades indelegables.

Esas conquistas, llegaron a nosotros y es aspiración del pueblo Salvadoreño, mantener esa independencia que constituye fiel reflejo de una verdadera democracia, pues desea que los funcionarios del poder judicial, actúen libremente, divorciados del influjo de otros, sin presiones de ninguna especie, ni de los mismos funcionarios judiciales y menos de otros; se espira aque los juzgadores actúen sólo en beneficio de la colectividad, para que la justicia irradie su pleno esplendor, porque es necesario en nuestra epoca actual... que la justicia, esa dilecta dama que todavía la imaginamos con su venda bien ceñida y su implacable tajo, la coloquemos en el sitio que merece, con su balanza siempre, pero que su fiel sea efectivamente fiel". (47)

Se pretende que esta buena y sana administración de justicia -

se logre plenamente, para cuyo efecto es necesario que sus funcionarios gocen de amplias garantías, no sólo en cuanto a su estabilidad sino también en cuanto a libertad de criterio.

En los considerandos de la Ley Reglamentaria de la Carrera Judicial, se expresa que su finalidad es la de reconocer la garantía de estabilidad a los funcionarios del Poder Judicial, para que el servicio de la administración de justicia se preste con la máxima eficiencia y moralidad.

Los lineamientos generales y pertinentes, son estos:

1o.- Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los de las Cámaras de Segunda Instancia y los Jueces de Primera Instancia, serán elegidos para un período de tres años;

2o.- Estos funcionarios, podrán ser reelegidos;

3o.- Si un magistrado o juez mereciera una tercera elección sucesiva, será considerado magistrado o juez vitalicio;

4o.- Durante estos períodos, ningún magistrado o juez podrá ser destituido, suspendido o trasladado.

La Constitución Política a su vez, determina que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, se requiere gozar de moralidad y competencia notorias, mismo -- que se exige para ser Juez de Primera Instancia; por su parte, la Ley Orgánica de Poder Judicial ordena que para ser Juez de Paz es necesario reunir la condición de moralidad e instrucción notorias.

Pues bien, si hemos dicho que el nuevo juez debe contar con una

amplia preparación científica y humanística, para cumplir las exigencias de las doctrinas contenidas en el Código Procesal Penal, en lo concerniente a la apreciación de las pruebas, la pregunta que nos formulamos es: está comprendida esta exigencia dentro de la ley?. Oigamos al respecto al Dr. Arce Gutiérrez. (48)

"En efecto, para ser Juez de Primera Instancia del ramo Civil o Penal, se requiere entre otros requisitos, tener competencia notoria (Art. 88 C.P.); en cambio para los efectos de ser Juez de Paz, se exige instrucción notoria (Art. 38 L.O.P.J.) Qué se ha querido significar con los términos de "competencia" e "instrucción notorias? Dudamos con esa terminología se haya pensado resumir toda la preparación científica y humanística de que más arriba hemos hecho mérito. La prueba está en que nuestros jueces no son científicos, y así lo acredita el diario hacer judicial.

La Ley Reglamentaria de la Carrera Judicial en su Art. 2, a los fines de elegir a los jueces de Primera Instancia de Primera Categoría — que sólo un mejor sueldo tienen —, en virtud del escalafón legal, exige el ejercicio de la judicatura de Segunda Categoría por lo menos durante un año, o haber ejercido cualquier judicatura o magistratura antes de la vigencia de la ley o ejercido la profesión de abogado por un término no menor de tres años. Están las prescripciones del Art. 2 orientadas a demandar de los jueces una formación científica suficiente para administrar justicia? La respuesta por sí sola se impone.

Repitamos una vez más lo que antes se dijo: el estado actual de nuestra judicatura es bastante deficiente y no mucho puede exigírsele -- porque poco se le da y pocos derechos tiene".-

En lo que hace alderecho de inamovilidad, erigido a la categoría de principio constitucional, creemos que su finalidad es la de estimular al magistrado o juez con vocación para servir elcargo, por lo que debe cumplirse con tal exigencia legal, independientemente de cualquier otro criterio.

Debe propiciarse a la especialización del funcionario judicial, - desde luego que no le será dable conocer todas lasramas del Derecho, por eso no estamos de acuerdo con los cambios que continuamente se realizan - sin aparente motivo. Hoy se es juez de lo civil, mañana de lo Penal, luego de lo Laboral, en seguida de Tránsito, etc., a menos que se creyera a un funcionario judicial con capacidad tal de reunir en su mente, todo el conocimiento de las diversas ramas Jurídicas.

No debemos perder de vista que son los intereses de la colectivi - dad los que están en juego, en todo género de causa, es lasociedad que de manda una efectiva, eficiente, verdadera y pronta justicia y por lo mismo, no se puede estar improvisando funcionarios.

La justicia es una e igual en todos los rumbos de la República, a - lo largo y ancho del territorio, por eso no creemos que deba mandarse al - juez nuevo a que aprenda o impartir justicia a los más remotos y aparta - dos lugares, para luego a medida que vaya adquiriendo experiencia se le a cerque a la capital, como si nada más aquí en San Salvador, se necesitara

impartir eficiente justicia. La solución a este problema puede encontrarse como dicen algunos, en la creación de una Escuela de funcionarios Judiciales, reglamentada de tal manera, que intervengan los distintos sectores que conocen del problema.

Así y no de otra forma, se logrará que el nombramiento y reelección de funcionarios judiciales tenga por fundamento su capacidad y moralidad, sin que converjan en su persona otras cualidades a las que muchas veces se recurre.-

Estas condiciones de capacidad y moralidad deben estar antes y por encima de cualquier otro interés, especialmente de tipo político o económico porque ante tal situación el juzgado tendrá compromisos previos que no comulgan con la buena administración de justicia. Lo importante entonces, es buscar "los sistemas para poner a salvo a los jueces de las intrusiones políticas que puedan venir desde afuera, y para garantizar a los mismos la independencia necesaria a fin de que puedan reconquistar en su interior la serenidad de conciencia", pues " que se ha visto en estos últimos años, jueces que en sus sentencias se dejaron arrastrar por la pasión política fuera del terreno de la controversia, para introducir en la motivación de las sentencias apreciaciones de orden general sobre personas políticas o sobre acontecimientos históricos que no formaban parte -- del ámbito de su juicio, trasformando así el sitio de la justicia en tribunal electoral ".- (49)

3) CRITICA A LA SANA CRITICA

La crítica que en este apartado haremos —que no es destrutiva sino que aspira a ser constructiva— no está dirigida al sistema de apreciación de las pruebas a través de la Sana Crítica, cuyas bondades hemos pregonado a lo largo de este trabajo, con fundamentos racionales -- que creemos son valederos e irrefutables.

Sin embargo como todo producto de la mente, por ser tal, siempre está sujeto a imperfecciones, no faltan quienes y precisamente de grandes quilates, que descubren esas imperfecciones o creen hallarlos, y el profesor Kisch, es uno de ellos, cuando criticando al sistema en el campo civil, señala "que la dificultad se presenta porque las partes jamás pueden calcular con certeza absoluta 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" (50)

Pero esa dificultad se resuelve —decimos nosotros— con la motivación de la sentencia a la cual está obligado el juez en el sistema de apreciación racional, con la publicidad que debe darse a los fallos y con la impugnación a que tienen derecho los que resulten afectados con ellos o que crean haber sufrido algún perjuicio, porque no estamos frente al sistema de prueba libre en el cual el juez no tiene que cumplir -- con esas exigencias desde luego que resuelve con base a su conciencia a

su íntima convicción y por eso no está obligado a razonar su decisión.

Reiteramos, pues, que nuestra crítica, no irá encaminada a atacar al sistema propiamente sino contra uno de los ingredientes que necesariamente concurren en esta conjugación procesal: el elemento humano encargado de aplicar las nuevas reglas, tal como lo hemos indicado en este trabajo en especial cuando hablamos de la carrera judicial en relación con la Sana Crítica.

En cuanto al elemento humano, ya lo señaló Alcalá Zamora, - (51) al respecto de explicar lo que para él es la Sana Crítica: "por nuestra parte — dice — ningún inconveniente vemos en asociar junto al elemento común (ciencia), los dos distintos (experiencia y conciencia) que Couture, y Jofré les señalan. La Sana Crítica sumaría así a la mera libre convicción (conciencia sólo), la experiencia y la ciencia, y a ello obedece que sea instrumento inadecuado para ser puesto en manos de jueces legos. Más adelante agrega el mismo autor, "la sana crítica tiene en su propia perfección su enemigo. Es como esos mecanismos que sólo a manos expertas se puede confiar. "O sea que la implantación de tal sistema, tal útil para valorar las pruebas, supone necesariamente contar de antemano con el elemento suficientemente preparado para aplicarlo".

Al respecto también el Dr. Domínguez Parada (52) tiene una -- opinion: "El Código Procesal Penal, en manos impreparadas, es como poner

(51) Alcalá Zamora, y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Penal Pag.52

(52) Dr. Domínguez Parada, Luis, Conferencia Citada.-

a armar un delicado rompecabezas a una persona con guantes de boxeo en las manos y en una noche muy oscura, como oscura en la justicia que se da por acá... Pero señala también la medicina: lo primero que ha de buscarse es que los jueces sean sanos; que sean humildes con la humildad que da la escuela de la vida, pues que es en la Universidad de la vida, donde los jueces deben aprender a ser humildes, previa su capacidad científica, porque —se lamenta— no hay cosa más horrible que un juez, que viendo la claridad del proceso, sabiendo cuál es el fallo obligado, tenga que someter su criterio al que otro le señale quizá desde la estratósfera.

Para nosotros esta clase de compromisos son de otra índole por lo que sólo nos referiremos a defectos en cuanto a la mala aplicación de la ley, por desconocimiento del sistema o por indicaciones naturales y hasta inconscientes, pues como dijera Calamandrei, (53) "Dejemos de lado las desviaciones dolosas y delictuosas; dejemos de lado la hipótisis del juez corrompido, o del juez que al decidir se deja guiar conscientemente por la amistad o por el odio. Pero es cierto que, fuera de estos casos patológicos, actúa siempre, hasta sobre el juez que cree hacer justicia o sobre el jurista que da un parecer inspirado sólo en la verdad, el influjo de razones no confesadas ni siquiera asimismo, de simpatía o repugnancia inconsciente, que lo orientan anticipadamente, casi por intuición, a elegir, entre varias soluciones jurídicas que comparta el caso, -

la que corresponde a este oculto sentimiento suyo. En la práctica de los juicios, como todos saben, es raro que la motivación preceda históricamente a la disposición y que ésta sea el ingenuo descubrimiento derivado al final por las premisas fijadas en la motivación: en cambio -- esta última es con bastante frecuencia una justificación lógica adaptada a posteriori a una decisión ya tomada, a una elección ya hecha anticipadamente, por motivos sentimentales antes que lógicos. La experiencia forense, cuanto más envejezca el abogado en la profesión, le demuestra que el éxito en los procesos es siempre imprevisible. "Habent Suasidera Litis" (También las litis tienen sus estrellas.)

Insistimos: el problema está en el material humano y creemos que se solucionará a medida que se adquiera la experiencia necesaria -- con la vivencia de los años, porque cuesta desacostumbrarse a un sistema de apreciación distinto y de rancio abolengo, además todos, con parsimoniosa pasividad, seguimos pensando y actuando conforme a los moldes clásicos casi por inercia; la solución no es otra que la preparación del personal encargado de la administración de justicia, y en lograr cambiarle esa mentalidad tradicional y ponerlo al corriente del nuevo "humus".-

CAPITULO IV.-

- a) JURISPRUDENCIA
- b) CONCLUSIONES

JURISPRUDENCIA

No obstante que el sistema de la Sana Crítica se implantó en nuestro sistema legal desde hace varios años, aunque no en forma ordenada y científica, no existe jurisprudencia al respecto, especialmente en donde se decida que una sentencia es casable, por haberse desestimado las reglas de la Sana Crítica porque todas los que hallamos, expresan que sólo cuando se desestimen esas reglas —que no las mencionan— será atacado en casación el fallo. A continuación transcribimos la pertinente:

- 1 DOCTRINA.... Cuando se trata de prueba testimonial, si -- bien ésta es de la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, el recurso es procedente cuando el Tribunal sentenciador, de modo flagrante, haya faltado a las reglas de la Sana Crítica, estimando la prueba dicha con un criterio irracional, arbitrario y absurdo.
Revista Judicial Tomo LXIX Números 1 a 12 de enero a diciembre 1964 Pag. 107 Sentencia de la Sala Civil; casación.
- 2 DOCTRINA.... II... La apreciación de la prueba testimonial, es de la exclusiva soberanía a los Tribunales de instancia y unicamente es tachable en casación, cuando dichos Tribunales han infringido un precepto regulador de la fuerza, valor, eficacia o procedencia de determinado medio probatorio, o cuando lo hacen contra las reglas de la Sana Crítica, o sea haciéndolo de una manera arbitraria, abusiva y absurda".- La misma revista Pag. 155.-

- 3 DOCTRINA.....V. Conforme abundante jurisprudencia, la apreciación de la prueba testimonial, es de la exclusiva soberanía de los Tribunales de Instancia, admitiéndose casación únicamente cuando se interprete en una forma abusiva, irracional y que atente contra las reglas de la Sana Crítica; por lo que no hay lugar a casación cuando el comentario del Tribunal recurrido sobre esa prueba, sea la simple manifestación, no valorativa, de una omisión de los testigos en cuanto a un punto".
(Revista Judicial - 1971)
- 4 DOCTRINA..... Las apreciaciones de si los testigos son contestes en hechos, tiempos y lugares o si son varios o contradictorios en sus deposiciones, constituyen cuestiones de hecho cuyo estudio y decisión están librados a la soberanía de los tribunales de instancia, sobre todo cuando el defecto o defectos puntualizados no están contra la sana crítica.
(Revista Judicial 1970 Pag. 530.-)

CONCLUSIONES

El hombre en su largo peregrinaje por la historia del derecho, ha tratado de justificarse para castigar a sus semejantes; y en esa lucha constante y denodada, ha llegado a formular interminables teorías encaminadas a ese fin; pero también en esa desesperante labor, ha cometido interminables yerros en perjuicio de los desposeídos de privilegios, Item más, en ese afán justificativo se han contemplado todas las posibilidades, elementos y circunstancias que concurren en la conformación del delito, siendo uno de esos elementos primordiales, el de la comprobación - del hecho y el de la atribución del mismo a determinada persona, o sea, la participación delincinencial, con el objeto de que sufra las consecuencias de su mala acción.

De ahí se ha derivado la importancia de la teoría de las pruebas para saber cual será el criterio que nos iluminará la senda que nos lleve a una decisión correcta.

Las pruebas son las puertas por donde penetra el entendimiento y la razón para llegar a la verdad del juicio y decidir con sano sentido; en esa forma, a través de las distintas etapas de la historia y - con las vaivenes de los tiempos en combinación con los regímenes imperantes, se han formulado distintos criterios de apreciación de las pruebas.

Pero de todo ese maremagnum de ideas, emergen triunfantes dos sistemas antagónicos: sistema de la prueba legal y sistema de la prueba libre. Ambos han dejado en el tiempo hondas y imborables huellas en el territorio del derecho procesal, por donde penetraron las bondades y -- errores que dejaron dulces y amargos sabores en el destino del hombre.

La prueba legal, como es sabido, contiene una barrera infranquiable que enclaustra a la facultad de razonar y constriñe al juez a -- acomodarse al número de pruebas que la ley le determina previamente como valederas. Por su parte, el sistema de la prueba libre es en un todo -- opuesto al anterior, pues que con él, el juzgador goza de un poder ilimitado y absoluto para apreciar las pruebas, en los términos, forma y condiciones que su conciencia le indique; en su acatamiento, puede no tomar las en cuenta, puede darles un valor relativo o distinto, puede creer o no creer en ellas, puede, en fin, hacerlo con su íntima convencimiento -- le señale. Resuelve, como dice Couture, "con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aún contra la prueba de autos"; por eso la resolución es de conciencia, por eso el juez no está obligado a razonar su fallo, -- toda vez que es su conciencia la determinante en su decisión. El sistema no le exige que explique cuáles son los medios o motivos que lo llevaron a pronunciarse en un determinado sentido; cual fue el valor que les atribuyó a las pruebas o porque las desistió. Es decir, que se trata de --

un sistema propio de los tribunales llamados precisamente de conciencia o jurados populares.

Alcalá Zamora dice que si tomamos la prueba legal como tesis y la prueba libre como antítesis, la prueba razonada podría representar la síntesis. Y no puede ser de otra manera porque si en aquélla la restricción es absoluta y asfixiante y en ésta se retiran esos valladares opresivos, dejando sin ningún control la valoración de la prueba, es indudable, decimos, que el sistema que se impone no es otro que el razonado que -- tiene su fundamento en la lógica puesto que con él, "ya no basta con que el juez se convenza, o así lo manifieste, sino que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción es decir, tanto a las partes en concreto, como a la comunidad de los justiciables en abstracto"; pero no sólo eso - basta, agregamos nosotros, sino que si ese convencimiento es general, puede aún desaparecer en el mismo juzgador, y entonces, creemos, está obligado a fallar de acuerdo al consenso de la colectividad.

SE PUEDE AFIRMAR EN CONCLUSION:

10.- La Sana Crítica, no constituye un sistema arbitrario, antes bien, representa una decisión que se acomoda a las reglas lógicas las cuales acata, tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso, es decir individualizando en todo cuanto le fuere posible; no es que el juez desestime o acepte las pruebas arbitrariamente, más bien -

es el fiel cumplimiento de ellas por cuanto se adecúa a las pruebas en tanto que éstas sean la expresión de la realidad, por eso se aparta de las que pugnan con esa realidad que indudablemente son falsas. El hecho es el que se acomoda a las pruebas y no las pruebas al hecho, como en la prueba tasada.

2o.- Es contenido de la obligación de motivar los fallos, esto es, de explicar cuáles fueron las razones que lo impulsaron a tomar en cuenta una determinada prueba o clase de prueba, y cuales es, la que lo llevó a desistimar otras, que en apariencia son de mayor o igual fuerza, pero que no resistieron el análisis crítico basado en reglas lógicas y de experiencia.

3o.- La motivación es el sello de garantía del sistema, porque el juez está obligado a explicar en su fallo, la razón de la validez de las pruebas, que por otra parte es objeto de impugnación, cuando se divorcie de las reglas lógicas y de la experiencia.

4o.- Es conveniente no olvidar que como el sistema exige el acatamiento de las pruebas buenas, no se puede tomar en cuenta otras circunstancias que no sean esas pruebas, por lo que no debe confundirse el sistema, ni con la robustez moral de prueba ni con el juicio prudencial, que aunque podrían tener semejanzas, las diferencias son harto con ocidas

5o.- No olvidemos que por la perfección que le hemos atribuido al sistema, deja de estar exento de malas interpretaciones, pues que -

ese defecto también lo hallamos en los otros, sea en el de prueba libre, bien en el de prueba tasada, porque la mala interpretación estará en relación directa con la ignorancia del juez o su mala fe. Siempre el juez desconocedor del derecho y de las ciencias que lo informan, o el corrompido, encontrará motivos y subterfugios para torcer la buena interpretación, para motivar el fallo a su capricho, como los halló durante el imperio de la prueba tasada, del cual, desgraciadamente, dan triste testimonio infinidad de desamparados que sufrieron esos desaciertos. Ojalá este sistema no legalice el PREVARICATO!

6o.- Por eso hemos recomendado que para la buena administración de justicia, en especial en el cumplimiento de la nueva legislación, se seleccione al personal encargado de aplicarla, con base tan solo, en su capacidad y honradez; que se le prepare previa y adecuadamente; que se le estimule con suficiencia y se le den todas las garantías que fuere menester, como son las de estabilidad, libertad de criterio (que no se le indique cómo debe resolver y cuando, etc.)

Despojados de todas esas barreras, ya el juez puede pronunciar su fallo, con sano criterio, con serenidad de conciencia, buscando sólo el espíritu de la ley y su lógico alcance y enarblando lleno de entusiasmo el estandarte de la justicia.

Más en esta tarea debemos colaborar todos, en armoniosa conjugación (jueces, litigantes y demás partícipes), para que el resultado, si bien no alcanza plenamente el ideal de justicia, al menos nos aproxime a él.

EL JUEZ, ante todo, DEBE SER JUEZ.-

BIBLIOGRAFIA BASICA

- Pruebas legales y libre apreciación
- Lógica de las pruebas en materia Criminal.-Vol. I y II
- Diccionario de Derecho Usual
- Fundamentos del Derecho Procesal Civil
- La Apreciación Judicial de las Pruebas
- Principios de Derecho Procesal Penal
- Lecciones Sobre el Derecho Penal,
- De las Pruebas Penales
dos tomos
- Elementos de Derecho Procesal Civil
- Tratado de Derecho Procesal Civil
- Trabajo Inédito presentado a la Segunda Convención de Abogados de El Salv.ix-73
Crisis del Derecho.
- La Nueva Ley del Proceso Penal, Carta Forense No. 4.
- Demaciados Abogados.
- La Actividad Procesal. Tomo I al V
- Tratado de Derecho Procesal Penal.I y II
- La Radicación ..Tesis Doctoral.
- Nuevo Derecho Procesal Penal. T. I al III
Conferencia.
- "La Revisión en Materia Penal, Tesis Doct.
- Picado Sotela, Sonia
- Bei Malatesta, Nicola
Framarino.-
G. Cabanellas.-
- Couture J. Eduardo.-
- Gorphe, F.
- Gonzalez Bustamante,
Juan José.-
- Carnelutti Francesco
- Florian,Eugenio
- Kisch, W.
- Echandía, Hernando Davis.-
- Arce Gutiérrez, Héctor M.
- Ripert, Georges.
- Arce Gutiérrez, M.
- Calamandrei,Piero
- Claria Olmedo.-
- Leone Giovanni.
- Domínguez Parada, Luis
- Alcalá Zamora y Castillo N.
- Domínguez Parada,Luis.
- Argumedo h., Arturo

LEGISLACION.-

CONSTITUCION POLITICA

Código de Procedimientos Civiles

Código de Instrucción Criminal

Código Penal (Derogado y vigente)

Código Procesal Penal

Código Fiscal.-