

Por el Sr. Luis Gerardo Gallegos

DE LAS PRUEBAS



ANALISIS DE LA SECCION SEGUNDA DEL TITULO
SEGUNDO DEL CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN
MATERIA CRIMINAL

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Tesis previa al grado de Doctor en Jurisprudencia

INFORME

Señor Decano:

La Tesis del señor Licenciado don Luis Gerardo Gallegos versa sobre la importantísima materia de las Pruebas, estudiándola en relación con el Título Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal. En la primera parte el autor expone la noción del delito, el concepto de la prueba, su especial importancia en lo penal, y examina cuestiones tan fundamentales como la obligación de probar, los límites que en el espacio y el tiempo tienen las leyes que las reglan, etc. En la segunda parte entra en el análisis y crítica de la legislación positiva, así como de las reformas introducidas en los últimos años.

La Tesis revela trabajo prolijo, sólida investigación, ilustración en variada bibliografía y criterio jurídico acertado en la apreciación de las múltiples cuestiones de la fecunda materia de las pruebas.

La Comisión juzga de verdadero mérito la Tesis del señor Gallegos, la califica con la más alta votación, y recomienda que se la publique en los Anales de la Universidad, como merecido estímulo al autor y para aumento de la bibliografía en lo que a las pruebas se refiere.

Quito, a 16 de marzo de 1935.

f.) Alejandro Ponce Borja.

f.) Alberto Arroyo.

f.) Carlos Salazar Flor.

PALABRAS LIMINARES

Señores Profesores:

Demasiado es ponderar la vital importancia que en el campo del Derecho, tiene la Ciencia Procesal en Materia Criminal, y si esto se puede afirmar contemplando el problema desde el aspecto doctrinario, resalta con toda claridad, que esta importancia sube de punto, cuando nos referimos a nuestra legislación tan plagada; desgraciadamente, de múltiples errores, de deficiencias notables, de desorientaciones doctrinarias.

Las disposiciones legales que prescriben al estudiante de Derecho la presentación de una Tesis, previa al Grado Doctoral, me obligan, venciendo el natural temor de quien se inicia en la ardua Ciencia del Derecho, a presentar este pequeño trabajo sobre el difícil problema de las pruebas, tratando de hacer el análisis de la *Sección Segunda del Título Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal*, con el objeto de ver de dilucidar sus fundamentos científicos y filosóficos, y tratar de anotar sus faltas y sustanciales defectos, para a la luz de los nuevos adelantos de la Ciencia, puntualizar las reformas que ha menester a fin de que nuestro Código Adjetivo llegue a armonizar con los más recientes progresos de la Ciencia Procesal.

Y es una necesidad impostergable en el Ecuador la de reformar nuestra legislación, pues de algunos años a esta parte, un gran clamor de justicia se escucha en todos los ámbitos del territorio. La criminalidad, cada vez más amenazadora, va arrollándolo todo, sin encontrar vallas que la detengan.

Y nuestra actitud ante el avance del crimen es pasiva, como si careciéramos de lo que Carrara llamaría *sentimiento de seguridad* y, sin embargo, nada se hace para adoptar me-

didadas de profilaxis social que detengan, por lo menos, el avance del mal. Por esto la criminalidad sube de punto; y es que, como dice Lacassagne, «las sociedades no tienen más criminales que los que merecen». Quizás la apatía, la falta de vigor y de fe, de entusiasmo y de constancia para la lucha contra el crimen, haya hecho que Annibal Viteri Lafronte exclamara: «Las sociedades no tienen todos los criminales que merecen». De ahí que al citar esta frase el doctor Manuel María Sánchez advierte: «Terrible y dura es la frase, pero exacta. Cuidémonos de que pueda aplicársenos y, tomando en cuenta que *el progreso social da por resultado la celeración y adaptación del hombre al medio y del medio al hombre*, sembraremos el bien para cosechar el bien, y no cometa nuestra sociedad el delito de formar generaciones desventuradas que sean carne de presidio y carne de patíbulo, es decir, carne de infamia». (1)

Para cumplir las finalidades que competen a la sociedad, frente al delito, se requiere una revisión completa de nuestras leyes procesales en Materia Criminal, con el objeto de conseguir con ellas una rápida y acertada administración de justicia, garantizando la defensa social con la represión de los delincuentes, y la defensa individual de los que se hallan bajo la acción de la justicia, indiciados o acusados de un hecho punible.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Sólo llevando a cabo una reforma sustancial en nuestra legislación penal, sustantiva y adjetiva, habrá de conseguirse que el Juez ecuatoriano, dentro de un derecho amplio de legislación, sea el agente reflexivo de la justicia, y no un instrumento mecánico de la Ley.

Nuestros Códigos y Leyes requieren un estudio meditado e integral, para introducir en ellos las innovaciones indispensables que exigen las nuevas orientaciones del Derecho, las nuevas necesidades individuales y sociales, porque sólo con un examen completo de la legislación se podrá reglar y armonizar de la mejor manera las relaciones jurídicas de los asociados.

Y esta labor paciente de revisión total de Leyes y Códigos, de catalogación y clasificación y de las sanciones que deben imponerse; de organización del trámite adecuado para

(1) Manuel María Sánchez.—«La delincuencia en el Ecuador».

un buen sistema penal, y de armonización, sistematización y regularización de nuestra vida jurídica, sólo podrá hacerse mediante una Comisión Permanente de Legislación integrada por los más competentes jurisconsultos del Foro ecuatoriano.

Por esto, el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, dirigiéndose a la Asamblea Constituyente de 1928, dijo: «Es ya tiempo, Honorables Diputados, de que tengamos una legislación propia en materias jurídicas, pues la experiencia de los años que han regido nuestros Códigos y Leyes inspirados, por lo general, en legislaciones extranjeras, permite apreciar perfectamente la parte del derecho escrito que ha tenido vida en nuestra práctica forense, que se ha asimilado completamente a nuestro medio, como también aquella que ha permanecido relegada, por no haber encontrado ambiente favorable para su aplicabilidad práctica. La Jurisprudencia abundante que tenemos sobre dichos cuerpos y leyes, y las doctrinas que fundamentadas en dicha Jurisprudencia han venido acumulándose en el decurso del tiempo, nos están indicando cómo debe resolverse el imperativo de esta reforma vasta, real y concorde con la vida jurídica de un pueblo, todo lo que debe hacerse para levantar el monumento de la legislación que se adapte ampliamente a la idiosincracia, costumbres y fisonomía espiritual de la legislación ecuatoriana. (1)

Si bien el objeto de esta *Tesis* no es el de hacer un estudio doctrinario de las Pruebas en Materia Criminal, me permito presentar una ligera exposición doctrinaria, a que nos sirva de pauta para entrar en el análisis, objeto de este trabajo, e ir, en cuanto sea dable, aplicando a nuestra crítica los principios que hemos de presentar en forma sintética y solamente sobre aquellos puntos básicos que creamos de más interés para nuestro trabajo. Y en el aspecto doctrinario hemos de contemplar solamente algunos puntos, pues, los estrechos límites de esta *Tesis* no pueden permitirnos hacer un estudio general y amplio.

El análisis y la crítica, aún cuando sea de un solo *Título*, requieren un trabajo intelectual, de interpretación y sistematización, muy superior a mis escasas fuerzas; sin embargo, el fervoroso anhelo que me inspira, sea el motivo que disculpe mi osadía.

f.) Luis Gerardo Gallegos.

(1) Manuel Eduardo Escudero. «Informe» a la Asamblea de 1928.

PRIMERA PARTE

Apuntes Doctrinarios

EL DELITO

Tratando el Derecho Adjetivo Penal de regular la forma en que ha de procederse para restaurar el orden social violado por la comisión de un delito, veamos de señalar, previamente, algunas ideas sobre el delito y sobre la pena, que como consecuencia de la violación del Derecho, se requiere para cumplir la finalidad que con ella se aspira a conseguir, la cual ha variado sustancialmente en los actuales tiempos, con relación a épocas remotas, por los distintos conceptos que han informado a las variadísimas escuelas criminalológicas, en su floración maravillosa a través de los siglos.

Encontramos en Carrara que considera al delito «como una infracción y no como una acción»; (1) en Pessina simplemente, «como una negación del derecho»; (2) en Von Listz, que el delito es considerado como una acción determinada por móviles individuales antisociales que turban las condiciones de la vida y que contravienen a la moralidad media de un pueblo, en un momento dado (3). En Ingenieros, robusto pensador y portaestandarte del positivismo en

-
- (1) Carrara.—«Teoría de la tentativa y de la complicidad».
(2) Pessina.—«Elementos de Derecho Penal».
(3) Von Listz.—«Tratado de Derecho Penal».

América, encontramos definido el delito como «una transgresión de las limitaciones impuestas por la sociedad al individuo, en la lucha por la existencia» (1).

Por lo expuesto, podemos comprender cuan variadas han sido las interpretaciones que se han dado al mismo problema. Desde los criterios que están en armonía con la creencia en el libre albedrío, hasta la escuela positivista, que fundamenta sus postulados en la negación de éste y en la aceptación de la responsabilidad social y de la experimentación como método de la observación, y que llega a definir el delito como «un fenómeno nacido de factores físicos, antropológicos y sociales, y que considera a la pena tan sólo como un proceso de defensa social» (2).

Vemos, pues, que el problema de la determinación del significado y contenido del delito, es uno de los que más dispares opiniones ha producido, y opuestas polémicas ha suscitado.

Luis Jiménez de Azúa, distinguido penalista español, nos señala un problema trascendental: «Los penalistas, afirma, nos vemos ya libres de la peligrosa valla de doctrinas, pero ante nosotros se levanta, al tratar de legislar, un problema político de superlativa trascendencia. Las modernas orientaciones del derecho punitivo chocan con las garantías de los derechos individuales que la Revolución Francesa cimentó tras enconadas y cruentas luchas. Al proclamar la necesidad de ejercer la defensa social mirando al estado peligroso del sujeto—que exige un amplio arbitrio de los juzgadores y la sentencia indeterminada que es el arbitrio penitenciario—se pone en riesgo el derecho individual en la libertad, que con los viejos Códigos y las antiguas normas procesales se hallaba perfectamente defendido. El moderno legislador tendrá que cumplir la difícil tarea de hallar normas legislativas que, dando satisfacción a las recientes exigencias del Derecho Penal, garanticen lo bastante los derechos del hombre». (3).

Esta oposición tenía naturalmente que presentarse. Toda la política preventiva se ve forzada, por su naturaleza

(1) Ingenieros.—«Criminología».

(2) «Revista de Filosofía», Buenos Aires, año 9º. N° 6.

(3) L. Jiménez de Azúa.—«El Nuevo Derecho Penal».

misma, a contrariar la realidad del hecho punible, anticipándose a la realización del delito; tenía indiscutiblemente que interponerse como un polizonte ante el delincuente en potencia. Indudablemente se verifica un semi-ataque a las garantías que han logrado, después de cruentas y sangrientas luchas, constar en Códigos y Leyes, pero más alto y más sagrado derecho que el que tiene el individuo, para su propia defensa, es aquel que tiene la sociedad que le considera como célula del gran tejido colectivo, como hombre vínculo, eslabón de la cadena humana. Y si bien los convencionales del 89 habían derribado, en honor al libre albedrío y a la integridad moral, la Bastilla que simboliza la tiranía feudal, ellos mismos encerrándose en una torre más tenebrosa que las feudales y más audaz que las religiones, la torre del individualismo, saturada de una atmósfera desconcertante de prejuicios, a cuya sombra milenaria ha surgido el torpe despotismo de los ricos sobre los pobres y del nuevo privilegiado, heredero de todas las prebendas feudales.

Más, como este aspecto de la responsabilidad, implica un atentado contra las garantías individuales, no podía fructificar en la conciencia social la escuela positivista, así como no pudo supervivir el clasicismo penal, sino hasta cuando fue admitido el principio expiatorio de la pena. De ahí que ha surgido el problema que trata de investigar cuál será el sistema llamado a implantar, en la legislación penal positiva, los principios criminológicos modernos, sin atentar a la libertad del hombre y salvando sus más caros derechos.

Y este es el problema contemplado en el IX Congreso Pan-Ruso de los Soviets y que se ha pretendido resolver con la fuerza fecunda de la Revolución, cuyas ideas en Materia Criminal, fueron cristalizadas en el Código Penal de la Unión, si bien sufriendo, como no podía menos que ser, ciertas desviaciones que desvirtúan el sentido clasista del movimiento leninista; desviaciones que naturalmente tenían que operarse en las ideas del Nuevo Evangelio Social, al tener que aplicarse al orden de cosas surgido después del derrocamiento violento del régimen zarista. Estas alteraciones que daban la posibilidad de aplicar al medio las ideas marxistas, que condensadas en Códigos y Leyes, han conseguido estabilizar la nueva sociedad que desde noviembre

de 1917 (1), se ha formado en el vasto territorio de los zares, con nuevas modalidades jurídicas, brotadas desde el Kremlin, la antigua morada de los zares, hoy residencia del Gobierno de los Trabajadores, desde donde han sido elaboradas Leyes que han hecho temblar al mundo, por los revolucionarios más audaces.

DEFINICION DE LA PRUEBA

El Diccionario de la Real Academia Española, define así: «Probar.—Justificar, manifestar y hacer patente la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos», tal es la acepción filológica del término; ahora veamos el concepto filosófico que nos da Escriche: «Prueba.—La averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa. O bien, el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa». (2)

También define la antigua Ley de Partidas la prueba, como: «La averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa».

Bonnier dice: «Las Pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad» (3).

Risopatrón, en su Diccionario Razonado: «Prueba es aquello con que se muestra la verdad de un juicio».

Ricci: «Probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho ha existido y existe de un modo determinado y no de otro». (4)

López Moreno, después de manifestar qué se entiende por prueba en general, expone que la prueba judicial «es la acción de evidenciar un hecho o un derecho por los medios que la Ley prescribe».

(1) El 25 de octubre, cómputo antiguo, o sea el 7 de noviembre, cómputo moderno, estalló la Revolución Bolchevique.

(2) Escriche.—«Diccionario de Legislación y Jurisprudencia».

(3) Bonnier.—«Tratado de las pruebas en Derecho Civil».

(4) Ricci.—«Tratado de las Pruebas».

El doctor Víctor Manuel Peñaherrera dice: «Las pruebas son los elementos de convicción aptos, según derecho, para hacer constar los hechos que en el Juicio se investigan». (1)

Esta es la definición más exacta. Estudiémosla: se ha dicho que el juicio, ya sea civil o penal, es como un silogismo, en el cual el Juez, comparando las premisas de los hechos con la Ley, hace la deducción en la sentencia. El símil es más que aceptable, y siendo esto así, es natural que en la prueba se elaboran los elementos que han de producir en el ánimo del Juez la convicción de que los hechos se han realizado de tal manera, y con las circunstancias y pormenores que de la prueba aparezcan.

El estudio de la prueba reviste mayor importancia en lo penal que en lo civil. En ésta lo que presenta mayor dificultad es la aplicación de la Ley, y en aquélla la formación y apreciación de la prueba, pues que en lo civil, ambas partes tienen interés en la existencia de la prueba y es preocupación general que haya aún de antemano para presentarla al Juez en caso de litigio, pero, por el contrario, en lo penal el reo tiene interés en que no existan pruebas de ningún género, y, si las hay, procura destruirlas.

Por lo expuesto se comprende que el objeto de la prueba es llevar al ánimo del Juez el convencimiento de que aquello que se reclama es justo, o existe el hecho que se afirma, en forma tal que el uno o el otro sean reconocidos como evidentes, por esto afirma Laurent que, «La prueba es la demostración de la verdad legal de un hecho, o también, el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutible». (2)

En las cuestiones judiciales puede versar la discusión sobre un punto de *hecho* o de *derecho*. Mas, cuando se trata de la teoría de las pruebas, no se entiende que se trata de la prueba de derecho, se trata de la investigación de los medios más apropiados para comprobar los hechos que se debaten en las contiendas judiciales, sin que esto signifique que la prueba del derecho, sea completamente extraña al debate judicial, pero es cierto también que esta prueba compete al capítulo referente a la interpretación, no quedando comprendi-

(1) Víctor M. Peñaherrera.—«Revista Forense N°. 50».

(2) Laurent.—«De la Prueba».

da, por lo mismo, en el estudio de la prueba que contemplamos, ya que, en tratándose de la prueba del hecho, es indispensable llegar a una demostración positiva o abstenerse de fallar.

Aplicando así al hecho la teoría de las pruebas, se refiere dicha teoría a la ejecución o aplicación del derecho. Debe tenerse presente sobre este punto, que el derecho encierra dos elementos muy distintos: los principios de fondo, que son el objeto de la Ley y los medios de aplicación; distinción que hizo que Bentham formulara la división de las Leyes en *sustantivas* y *adjetivas*. La materia de las pruebas entra en las Leyes adjetivas, puesto que no se trata de saber cuáles serán las consecuencias legales de tales o cuales hechos, sino más bien de consignar su existencia. Bonnier distingue la prueba de hecho de la prueba de derecho y dice: «Probar el hecho es consignar ciertas acciones del hombre, o ciertos acontecimientos de orden físico, de naturaleza propia para provocar el ejercicio de la justicia social. Probar el derecho es establecer que si se consignan tales hechos, es aplicable a ellos, tal o cual prescripción de la Ley». (1)

Debemos distinguir entre los medios de prueba y la prueba misma, o sea con la prueba adquirida, porque bien puede haberse acumulado toda clase de pruebas, es decir, todos los *medios de prueba*, sin que exista en el ánimo del Juez *prueba*, esto es, sin que se haya formado convicción en su ánimo. Las pruebas son, pues, el resultado de los medios de prueba, esto es, de los elementos adecuados para producir la evidencia en la demostración de la realidad de un hecho.

Se confunden fácilmente las pruebas con los medios de prueba, por esto Bentham dice: «Esta palabra tiene algo engañador, pues parece que lo que se llama así tiene una fuerza suficiente para determinar una creencia, pero no debe entenderse por ello, más que un medio de que servirnos para probar la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto». (2)

La Ley señala determinadas penas a los infractores del derecho y para que éstas recaigan en los indiciados de la realización de un hecho punible, la condena debe estar basada

(1) Bonnier.—Obra citada.

(2) Bentham.—«Tratado de las Pruebas Judiciales».

en la convicción producida en el ánimo del Juez. Esta íntima convicción, esta certeza ha de ser producida por la suma de motivos que constituyen la prueba.

En la certeza adquirida por el Juez ante el examen de los distintos medios probatorios descansa la justicia de la sentencia condenatoria o absolutoria y la garantía de las libertades más preciadas.

«En esta investigación de la verdad, dice Mittermayer, el espíritu humano puede compararse a una balanza puesta en movimiento por circunstancias externas y por las impresiones que del mundo exterior recibe el hombre, en quien residen siempre las fuerzas necesarias para pesar los hechos».

«El impulso producido en nosotros en vista de la prueba, y que comunica el movimiento a lo que llamaríamos la aguja de la balanza de la conciencia; este impulso, repetimos, puede ser más o menos poderoso. Cuando tiene menos vigor sólo produce una sospecha, sólo envuelve en sí una presunción pura y simple; cuando es rápido e irresistible hace descender y mantiene inclinado el platillo; la certeza es la que viene a obrar con todo su peso». (1)

Cada prueba, cada hecho de que se deduce la prueba, da origen a cierto proceso en la conciencia humana, proceso psicológico que varía de intensidad según el psiquismo individual de cada uno, pero si las diversas pruebas presentadas guardan una mayor armonía entre sí, si no puede admitirse ni por un momento ninguna otra conclusión, evidente que la conciencia del Juez se sentirá satisfecha y el raciocinio producirá la convicción.

En este sentido la prueba es la irradiación de la verdad en la conciencia; bajo la eficacia persuasiva de la prueba es como el espíritu humano se siente en la consciente posesión de la verdad y se apoya en el convencimiento racional. En esta forma la relación entre el espíritu convencido y la verdad se individualiza por intermedio de la prueba.

Framarino define la prueba como: «La relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad», (2) de donde se desprende que en la relación existente entre la prueba y la consideración de la verdad objetiva y del subjetivo

(1) Mittermayer.—«Prueba en Materia Criminal».

(2) Framarino.—«Lógica de las Pruebas en Materia Criminal».

convencimiento, es en donde se hallan los principios supremos de la prueba en general.

LA PRUEBA EN LO CIVIL Y EN LO PENAL

Después de haber dado las anteriores nociones generales sobre la *prueba*, pasemos a analizar las relaciones, analogías y diferencias existentes entre la prueba en Materia Civil y la prueba en Materia Criminal.

El hecho de que entre el proceso civil y el criminal existan ciertas analogías generales, y que la ciencia se haya preocupado mucho antes de lo civil que de lo penal y, finalmente, el hecho de que la Ley romana haya confundido en algunos pasajes, ambos campos en sus disposiciones, ha originado el que se hayan hecho extensivos los principios de las pruebas en materia civil a las pruebas en materia criminal. Al tratar de una manera genérica, sin particularizar los diversos casos que pueden presentarse, es indispensable hacer una distinción científica, en cuanto al modo como se producen la prueba civil y la penal y los diversos móviles u objetivos que tienden a conseguir.

Bonnier, dice: «La *marcha del procedimiento criminal* es muy diferente. En general al Ministerio público es a quien pertenece, no a las partes perjudicadas la iniciativa en la persecución del delito, pero esta persecución no es necesaria para poner en movimiento la acción de la justicia penal: cada uno de los agentes de la policía judicial hace constar según su competencia, los crímenes, los delitos y las contravenciones de oficio, y de oficio también reúne el Juez del sumario las pruebas». (1)

Pero es verdad que en ambos existen ciertos puntos de contacto, que Mittermayer concreta en estos dos: 1º. en lo civil como en lo criminal, un proceso es siempre un proceso y en el uno como en el otro deben dejarse ver algunos caracteres genéricos comunes; 2º. en ambos el objeto que se trata de conseguir es igualmente la manifestación de la verdad; sin em-

(1) Bonnier.—Obra citada.

bargo no dejan de encontrarse diferencias fundamentales: en primer lugar, el proceso civil se entabla por una persona determinada contra otra persona igualmente determinada; en tanto que en la acción criminal rara vez se entabla contra determinada persona; además, la naturaleza del delito no está tan especificada como el acto o contrato civil. En lo civil se discuten intereses contrapuestos de individuos particulares sobre un asunto concreto y cuyas consecuencias quedan limitadas a un núcleo determinado de personas. Por tanto, las partes deben suministrar las pruebas, y no el Juez, buscarlas de oficio (excepción del Art. 148 del Código de Enjuiciamiento Civil, que dice: «Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio»). En cambio, en lo penal, pueden las partes presentar pruebas, pero el Juez también debe buscarlas por interés social; porque, como dice Carrara: «el daño mediato es el que imprime un carácter social a todos los delitos y el que hace que, a causa de un atentado ejecutado *inmediatamente* contra la seguridad de uno solo, todos los demás sufran *mediatamente* por la disminución del sentimiento de su propia seguridad». (1)

En lo penal hay perturbación del orden jurídico, y no sólo daña el delincuente a un individuo determinado, sino que, por su carácter peligroso, afecta a la seguridad pública y al Estado.

En lo civil se tratan y se discuten intereses personales y limitados, que han de tener una consecuencia limitada también; en lo penal se tiende a conseguir la sanción de hechos que, si de carácter privado en sus consecuencias inmediatas, tienen trascendentalísimos efectos en la sociedad, por el escándalo y la alarma que despiertan a medida que es mayor su gravedad. En síntesis, hechos que tienen origen, desarrollo y consecuencias diversas debieran tener indiscutiblemente diversa clase o diverso modo de prueba.

Es evidente, además, que no todas las pruebas pueden utilizarse igualmente en Materia Civil y en Materia Penal, pues si bien, la mayor parte de las pruebas pueden servir

(1) Carrara.—«Programa de Derecho Criminal».

para la investigación de la verdad, tanto en lo civil como en lo penal, es evidente, también, que haya algunas que, por garantía constitucional o atendiendo al impulso de propia conservación, no puedan aceptarse en lo penal.

En el proceso civil el debate se divide en dos fases distintas: en la una las pretensiones recíprocas de las partes se encuentran, por así decirlo, frente a frente, la otra se completa por las pruebas aducidas; en tanto que en el criminal tan pronto como se entabla la querella o se dicta el auto cabeza de proceso, pueden adoptarse ciertas medidas contra el acusado, que aún comprometa su libertad, dependiendo ésto únicamente de los mayores o menores fundamentos que tengan la querella o el auto ya indicado, y de las probabilidades que, por su peso, justifiquen esta actitud del Juez.

También acontece que el hecho mismo llega al conocimiento del Juez instructor por la denuncia, o en el momento en que reúne la prueba por las declaraciones, en tanto que en el proceso civil las partes suministran la prueba que sirve de único punto de partida al Juez.

«En el proceso civil, dice Mittermayer, las partes son personas ciertas y conocidas, y el Juez que está presente al practicarse la prueba se limita a examinar, ayudado de los medios propuestos por cada una, si constan los hechos que sirven de base a la demanda y a la justificación de la defensa, pero en materia criminal es mucho más dilatada la esfera de acción del Juez instructor: esfuérzase a la vez en hacer constar el delito, descubrir su autor y demostrar clara y perfectamente todos los pormenores de que pueda depender la justa aplicación de la pena. Todos estos hechos, todos estos accesorios de la causa, que quizá no tendrán sobre la sentencia sino una influencia tardía y mediata, procura establecerlos con resplandeciente luz cada vez que inspecciona los lugares u objetos, o examina a un testigo». (1)

Además, tenemos que en lo civil praman intereses personales y limitados, que han de tener consecuencias limitadas también, mientras que en lo penal se tiende a conseguir la sanción de hechos que tienen trascendentalísimos efectos en la sociedad, por la violación del derecho a la tranquilidad jurídica.

(1) Mittermayer. —Obra citada.

Considerando el principio mismo de las pruebas, se encuentran diferencias más marcadas aún. En lo civil el debate versa sobre la existencia y extensión de los derechos de propiedad o personales que a aquélla se refieren, pudiendo, por lo mismo, abandonar las partes la acción respectiva, en tanto que en lo penal, el desistimiento de las partes no podría producir abandono, ya que, principios de orden público superiores motivan, dando lugar a la persecución.

El juramento que descansa en el principio del desistimiento, no cabría aceptarse en lo penal, pues el círculo de las pruebas está más restringido en lo criminal. Además, los mismos medios de prueba, admitidos tanto en lo civil como en lo penal, están inspirados en principios diferentes; y como en lo penal prima el interés social, que exige el triunfo de la justicia, no se puede admitir el desistimiento del acusado, sobre los procedimientos y la administración de la prueba; en tanto que, en lo civil, puede caber este desistimiento voluntario de una de las partes. Por último, en lo civil, hay ciertas prescripciones de Ley que derivan del principio del desistimiento, que no caben aceptarse en lo penal. Así, los términos perentorios, no pueden ligarse a determinado espacio de tiempo, por el interés social que tiene de que predomine la justicia; igualmente el principio de la cosa juzgada no puede tener en lo penal la misma extensión que en lo civil.

Tampoco cabe en lo penal considerar o declarar rebelde al acusado que rehusa comparecer al juicio, o como confeso al que no quiera responder; puesto que es cosa reconocida que la misma confesión explícita no puede hacer plena prueba, por sí sola.

La confesión en lo civil hace plena prueba, porque o es verdadera, o el culpable ha renunciado a su derecho; y el Juez debe aceptarla; en tanto que en lo penal, se trata de un derecho inalienable, y el Juez está obligado a llegar a la verdad, a la justicia en sí misma, aún apartándose de la confesión del acusado, si éste, al rendirla, ha falseado la verdad por cualquier motivo.

IMPORTANCIA FUNDAMENTAL DE LA PRUEBA EN LO PENAL

Las leyes que señalan penas a los infractores del Derecho, tienen por objeto restaurar la *tranquilidad jurídica* alterada por la comisión de un delito, el cual puede ser considerado específica y genéricamente: *específicamente* en relación con las condiciones esenciales que hacen de aquel hecho humano particular, una determinada violación del derecho; *genéricamente*, en relación a las condiciones en virtud de las cuales aquel hecho humano constituye no esta o aquella especie de violación, sino una violación del derecho en general.

Considerado el hecho humano como una individualidad, que constituye una especie dada de violación criminosa, se ha distinguido el delito como *instantáneo* y *continuado*, según que la violación del derecho se agote en un momento, o prosiga aún después del instante de su consumación.

Ahora bien, si el delito, específicamente considerado, se presenta como instantáneo o como continuado, considerándolo en su aspecto genérico, se presenta siempre de esta última manera.

La comisión de un delito viola, dijimos, la tranquilidad jurídica, ya que produce una alarma social, por el desquiciamiento que produce en la estabilización de las relaciones jurídicas, y por lo cual, la sociedad reacciona contra el delito por medio de la *pena*, para restaurar la tranquilidad jurídica y defenderse de la comisión de nuevos delitos; siendo, por lo tanto, la defensa social, el fundamento de la pena.

«El derecho y poder de reaccionar la sociedad contra el delincuente —defensa social— debe tener por fundamento único y racional, el cumplimiento de las obligaciones por las cuales se ha de contribuir eficazmente al mejoramiento de las condiciones sociales, y se ha de minorar el vicio no en el sentido enteramente terco, pasivo y negativista del castigo, sino en el positivo y práctico, ya que esta principalísima función debe suponer el sentimiento consciente de la legítima defensa profiláctica». (1)

(1) R. Cabezas B.—«El Derecho Penal. —Su Fundamento y Evolución».

Ahora bien, todo hecho particular criminoso considerado genéricamente, viola la tranquilidad jurídica, y en cuanto se resuelve en semejante violación, constituye un delito *continuado*, ya que no se agota en el acto de consumarse la violación del derecho particular del caso, sino que continúa su vida criminal, hasta que tal continuidad se encuentra detenida con la pena.

La pena, pues, no viene a castigar al delincuente por su violación ya consumada del derecho, sino que viene a interrumpir la continuación de su acción criminal contra la tranquilidad jurídica del ofendido y de la sociedad entera.

Por tanto, la pena se legitima como *defensa directa del derecho*, porque al aplicarse se resuelve en *actitud* y práctica defensa del derecho contra la acción criminal *continuable* del delincuente. En tal virtud se dice que la pena, negando el delito, afirma el derecho.

De suerte que, cabe afirmar que más que acción es *reacción penal*: resolviéndose la pena en una *interrupción del delito*, en cuanto éste viola la tranquilidad jurídica. Esta interrupción del delito, que constituye la pena, tiene su legitimidad *sustancial* en la *defensa directa del derecho*, y encuentra su legitimidad *formal* en la *restauración* de la libertad del que amenaza la tranquilidad jurídica, y en su misión educadora de profilaxis y defensa social; porque hoy, como dice el doctor Francisco Pérez Borja, «no hay duda que no es posible considerar a la pena como un mal, porque si es verdad que causa un dolor, un sufrimiento, no produce o no debe producir un mal, sino un bien, tanto a la sociedad como al delincuente, porque mediante ella deben cumplirse los fines sociales e individuales que con ella se aspira a conseguirlos». (1)

Así como el principio de la pena consiste en la defensa del derecho, así su finalidad consiste en la reafirmación de la tranquilidad social, que ha sido alterada por la violación del derecho.

De suerte que, las leyes que señalan penas a los infractores del derecho, no tendrían ninguna virtualidad si no estuviera garantizado el que esas penas habrían de aplicarse irremisiblemente al delincuente; pues, de no adoptarse estas medidas de orden social, éste sería frecuentemente violado, a

(1) F. Pérez B.—«Apuntes al Código Penal».

consecuencia de la impunidad, ya que es bien sabido que el delincuente que no ha sido puesto en condena, se halla en situación de poder desarrollar sus instintos criminosos, puesto que ninguna medida se ha adoptado para readaptarle a la vida social y hacerle un hombre útil al conglomerado social.

Pero, para cumplir esta finalidad, deben las penas guardar una estrecha relación con la infracción, porque si son demasiado rígidas, sus consecuencias serían negativas, ya que el Juez preferiría declarar la inculpabilidad, antes que sentir gravitar sobre su conciencia el peso de una injusticia, por la aplicación excesiva de una pena, excesiva en relación a la infracción.

Además, comprobado está que si las penas no guardan esta proporción con los delitos, éstos aumentan a medida que esta demasía es más marcada; y que la intensidad y número de las penas aumentan los delitos; y esto, quizás, debido a que, como afirma López Moreno, el hombre «por inexplicable y misteriosa contradicción, teme la pena menos cuanto es más dura, como si su espíritu exacerbado por la injusticia que el excesivo rigor siempre supone, buscara en el menosprecio la protesta». (1) O, tal vez, a que el excesivo rigor lleva a la *inaplicación* de las penas, como afirma Mittermayer (2); o a que, prodigándose demasiado, el castigo influye en sentido negativo, haciendo que llegue a contemplarse con absoluta impasibilidad el castigo y dando lugar a aquel fenómeno sociológico de endurecimiento de la conciencia social, que Juan Montalvo lo expresaba en esta frase: «Todo pueblo, en un momento dado, se convierte en el pueblo de Marat» y esto se ha observado frecuentemente en la historia, pues en las épocas de mayor crueldad y dureza de las penas, se han cometido los más horribles crímenes y en mayor número; crímenes ya de carácter político, ya de carácter común; pues, es una verdad no desmentida que las leyes crueles endurecen las costumbres.

Esto he podido observar en Rusia, durante mi corta estadía en el país del Socialismo en construcción; por eso había escrito en un pequeño trabajo: «Los enemigos del régimen soviético, exasperados por el terror, hacen esfuerzos gigantes-

(1) López Moreno.—«Prueba de Indicios».

(2) Mittermayer.—Obra citada.

cos para librarse de la tiranía, oponiendo grandes obstáculos que dificultan la realización del Socialismo. Si a la táctica del odio de clases, opusiera el Gobierno soviético la política de comprensión, habría logrado sofocar con más facilidad la reacción que se *vitaliza a medida que se suceden los actos de represión salvaje e incontenible*» y, más adelante continuaba: «Diarios son los descubrimientos de conspiraciones organizadas, principalmente, por viejos técnicos y científicos al servicio del Estado, *siendo característico el hecho de que las organizaciones contra-revolucionarias aumentan en número y duplican sus actividades en los momentos en que con mayor intensidad se desencadena la represión*». (1)

Jamás el Imperio Romano estuvo tan floreciente como cuando regía la Ley Porcia, que abolió la pena de muerte para toda clase de crímenes. «Los suplicios inventados y multiplicados por los Césares, aumentaron la depravación de las costumbres y precipitaron la decadencia del Imperio». (2)

Refiriéndose a España, un orador, en el Congreso, en el primer período de Alfonso XII, dijo: «España se hallaba convertida en un matadero de *reses humanas*» y, precisamente, en esa época las estadísticas señalaban un número de crímenes mucho mayor que en el período de 1868 a 1874, en el cual apenas si se aplicó la pena de muerte. (3)

«La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate: hace que se cometan muchos delitos para huir la pena de uno solo»

Los hombres están reclusos entre ciertos límites, tanto en el bien como en el mal, y un espectáculo muy atroz para la humanidad podía ser un furor pasajero; pero nunca un sistema constante, cual deben ser las Leyes, que, si verdaderamente son crueles, o se mudan o la impunidad fatal nace de ellas mismas». (4)

Por esto afirma un tratadista que «mayores peligros sociales acarrea siempre la acusación que la defensa; más fácilmente se comete la injusticia por extremada dureza que por

(1) «Rusia Soviética y la Revolución Mundial».

(2) Colquhaun, citado por López Moreno.

(3) Cita de López Moreno.

(4) Beccaria.—«Tratado de los Delitos y de las Penas».

extremada benignidad» (1), y esto porque, como escribe Platón: «El mayor de todos los males no es morir, sino hacer que muera un inocente». (2) Por esto Constans ha dicho «La sociedad, extremando el rigor contra los culpables, corrompe a los inocentes». (3)

Habíamos dicho al empezar este estudio, que el objeto de las leyes que señalan penas para los infractores del derecho, era el restaurar la tranquilidad jurídica alterada por la comisión de un delito; ahora bien, en toda sentencia dada sobre la culpabilidad del acusado, hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito; si ha sido cometido por el acusado; y qué circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad. Si estos diversos aspectos nos llevan a la certeza, el Juez no tendrá más que aplicar la pena, pues esta segunda parte no será más que un corolario de la primera. Por lo mismo, la sentencia que ha de versar sobre la *verdad de los hechos de la acusación* ha de estar fundada sobre la *prueba*; siendo, por lo mismo, ésta el eje principal al rededor del cual giran los preceptos legales en materia de procedimiento criminal.

Y como en todo hay que indagar la verdad o falsedad de los hechos, las pruebas son, en último resultado, el requisito necesario para la recta aplicación de la Ley al caso sometido a la resolución judicial.

La pena no debe recaer sino sobre quien es reo de un modo cierto, esto es, que no quepa la menor duda, porque «más vale salvar a un criminal que condenar a un inocente» ya que frente al derecho que tiene la sociedad de imponer una pena al delincuente, está el derecho del acusado a no ser castigado si no es reo.

Por esto «antes de su imposición (de la pena) debe proceder el Juez con mucho cuidado a la averiguación del delito, de modo que resulte bien probado, con las circunstancias de su ejecución...» y... «no estando el delito claramente probado, o siendo dudoso, debe el Juez inclinarse más a absolver que

(1) López Moreno.—Obra citada.

(2) Platón.—«Diálogos Socráticos».

(3) Benjamín Constans.—«Curso de Política Constitucional».

a condenar al reo, por ser más justo dejar sin pena al que lo merece que imponerla al inocente». (1)

Sí se considera el fin de la tranquilidad social, al cual debe encaminarse la pena, se ve que ésta no puede adaptarse a semejante fin sino recayendo sobre el reo cierto, ya que si la pena recayera sobre un inocente, turbaría la tranquilidad social más aún de lo que le habría turbado el delito especial que se persigue, y el Poder Judicial dejaría de ser considerado como garantía de los asociados. Por tanto, para condenar a un acusado se requiere que «las pruebas sean más claras que la luz del medio día», *luce meridiana clarioris*, capaz de que prime en la conciencia del Juez el principio de que «es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente»: *satius est absolvi nocentem, quam innocentem condemnari*.

Por esto rechazamos aquel criterio de que «para los más atroces crímenes bastan para prueba las más ligeras conjeturas» *in atricissimis levioris conjeturas sufficiunt et licet judici jura transgredi*, al igual que la práctica de aquellos tribunales que no hallando en los autos pruebas claras y bastantes para condenar a un acusado le imponen, sin embargo, las más atroces penas, guiados simplemente por las sospechas o indicios que contra él resultan. Esta práctica abominable ha sido considerada por algunos como respetable, a pesar de que se opone a la filosofía, a la humanidad, a la razón, a la justicia.

Mientras no conste de un modo cierto que el acusado es culpable, es una injusticia, es un delito condenarle a cualquiera pena que sea, porque puede ser inocente, y aún todo hombre tiene derecho a que se le considere tal siempre que no se le convenza de lo contrario». (2)

La prueba es el medio objetivo con el cual el espíritu humano se entera de la verdad. La eficacia de la prueba será tanta mayor cuanto más clara, más plena y más seguramente infunda en el espíritu esta posesión de la verdad que se cree tener. Para conocer, pues, la eficacia de la pena se requiere conocer como se han reflejado en el espíritu humano las verdades.

(1) Escriche.—Obra citada.

(2) Escriche.—Obra citada.

El doctor V. M. Peñaherrera al tratar de las reformas del procedimiento penal, dice: «No intimida, no retrae tanto a los malhechores el que las leyes señalen penas graves para los hechos criminales, como saber que las penas aunque no muy graves se impondrán efectivamente. Un buen sistema de pruebas, es, pues, la más eficaz garantía para los derechos y el orden; así como un sistema defectuoso puede servir de aliciente para los criminales». (1)

Según Mittermayer, en todo juicio criminal hay que tener en cuenta: primero, las personas a quienes la Ley concede la decisión del punto de hecho, que son los *Jurados*, es decir ciudadanos elegidos en cada caso entre los miembros de la comunidad, a cuyo veredicto está sometido el acusado, usando de amplio derecho para recusar, o también *Jueces*, *Jurisperiti*, instituidos por el Gobierno para conocer y decidir en toda causa criminal.

Los *Jurados* no deben seguir sino su convicción interior, sin estar obligados a exponer los motivos de ella, en tanto que los *Jueces* ordinarios (regulares) están sujetos a ciertas reglas de prueba que les han sido previamente señaladas y su sentencia debe ser motivada.

Segundo: Los *medios* que se ponen a disposición del magistrado instructor para la búsqueda de la verdad. Dos sistemas se han puesto en práctica, el antiguo que autoriza el tormento y el moderno que rechaza toda medida de violencia.

Tercero: el *sistema* de la prueba legal varía según que la Ley no prescriba reglas al Juez de hecho; o, por el contrario, que las haya trazado. Y, en el último caso, según que ha determinado el número de pruebas necesarias para que pueda recaer sentencia condenatoria y todas las demás condiciones de probabilidad que, si aparecen, el Juez las haga equivaler a indicios o antecedentes que conduzcan a la certeza; o que la Ley sólo haya establecido ciertas limitaciones, fuera de las cuales, tal o cual prueba no pueda servir de base para una sentencia condenatoria.

Según el mismo autor, los móviles que guían al legislador a señalar las reglas de la prueba, pueden circunscribirse a tres: a).—El interés social y la necesidad de aplicar

(1) V. M. Peñaherrera.—«Revista Forense» N.º. 56.—1918.

la pena al culpable; b).—La protección a las libertades individuales y civiles; y, c).—La necesidad de no imponer jamás pena a un inocente. (1)

Las leyes han procurado que las pruebas sean reglamentadas en forma tal que correspondan a su delicada misión, pues su importancia sube de punto si nos referimos al campo penal; más aún si se tiene en cuenta que lo civil dice relación a los bienes de fortuna, en tanto que lo penal afecta a la libertad, a la honra, a la reputación y a la vida del hombre.

Intimidarían al más animoso, las agresiones consumadas por la Ley misma, contra nuestro derecho; todos pensarían de qué modo, bajo el falso nombre y la falsa divisa de la justicia social, puede la sociedad entera, en un momento dado, caer sobre la persona social hasta aniquilarla. (2)

El condenar sin la certeza de la delincuencia, trastornaría la pena en su base legítima: la defensa del derecho, convirtiéndola en enemiga del fin mismo de la tranquilidad social, al cual debe siempre encaminarse. Por tanto, la pena, ya por el principio en que se inspira, ya por el fin que persigue, no puede imponerse cuando no se ha alcanzado la *certidumbre* de la culpabilidad.

Si se pudiese condenar en virtud de un simple juicio de probabilidades, la justicia penal perturbaría la conciencia social más aún que el delito mismo, por lo cual sólo la *certeza* es el estado de alma que debe servir de base fundamental a la condena.

Sabido es que la jurisprudencia en materia criminal no tiene la importancia que en materia civil, debido quizás a que, como afirman distinguidos estadistas, *el derecho no se prueba* y en lo civil no siempre se discute sobre el *hecho* sino sobre el *derecho*. De donde se desprende que el objeto principal del proceso no se refiere al estudio de la Ley penal para su recta aplicación sino a averiguar los hechos para determinarlos y fijarlos con toda claridad.

«Es preciso, dice López Moreno, que el delito aparezca sin ningún género de duda y que se halle demostrado quién es el delincuente, y esto de manera que no sólo el Juez que

(1) Mittermayer.—Obra citada.

(2) Mittermayer.—Obra citada.

falla se halle convencido de la criminalidad del reo, sino que surja igual convencimiento en el ánimo de todo hombre imparcial, al examinar los hechos». (1)

El pensamiento de López Moreno, expresado en lo anteriormente transcrito, guarda estrecha armonía con el *socialita* (carácter social) del convencimiento de que nos habla Nicolás Framarino. Al adquirir la *socialita* llégase a evitar que la justicia, ante la opinión social, pierda mucho de sus fueros con la tacha de error y ligereza, y el crimen tome mayores bríos, y la sociedad se sienta como agitada en sus más sólidos fundamentos.

Si el fallo que el Juez dicte ha de ser justo y ha de aparecer como tal a los ojos de los otros hombres, fuerza es que el convencimiento del Juez sea natural, esto es, que surja de la acción genuina de las pruebas y no artificial o sea por influencias extrañas a su naturaleza. (2)

Esta convicción natural del Juez no debe surgir de sus preocupaciones, de sus errores, de su presunción o de su extraordinaria perspicacia, porque estas son razones extrañas que turban la *naturalidad* del convencimiento y que pueden encontrarse ya en el examen indirecto de las pruebas, ya en el influjo legal, que hace atribuir a la sustancia de las pruebas una predeterminada influencia probatoria, causas que hacen faltar el apoyo de hechos cuyo examen llevaría igual convencimiento al ánimo de toda persona imparcial.

Las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva, por el cual la verdad llega al espíritu; y como el espíritu puede, con relación a un objeto, llegar, mediante la prueba, al estado de simple credibilidad, o de probabilidad, o bien al de certeza, tenemos que hay pruebas de credibilidad, pruebas de probabilidad y pruebas de certeza. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el Juicio Criminal se trata de establecer la realidad de los hechos, no admitiremos como pruebas más que las que provoquen en el espíritu el predominio de las razones afirmativas, para creer en semejante realidad; por tanto, estas serán las de probabilidad (predominio de las razones afirmativas sobre las negativas) y las de certeza (triunfo de las razones afirmativas para creer

(1) López Moreno.—Obra citada.

(2) Framarino.—Obra citada.

en la realidad del hecho). Pero ha de tenerse en cuenta que las pruebas de probabilidad, como tales, no se han de considerar sino en cuanto son capaces de constituir una prueba acumulativa de certeza.

DE LA PUBLICIDAD DE LA PRUEBA

Spasa, al hablar de la publicidad de las pruebas en el Derecho Español, dice: «Es principio fundamental en materia de pruebas, el de la publicidad. Los juicios deben ser obra de luz, no de tinieblas. La publicidad es la mayor garantía para la justicia». (1) E inspirada en igual sentido ha procedido la Jurisprudencia de todos los países civilizados en lo relativo a la publicidad de las pruebas.

Es indiscutible que los particulares interesados en el juicio no pueden establecer libremente y por su sola voluntad las normas con sujeción a las cuales han de proceder para hacer valer sus derechos ante la justicia, pues hay normas, reglas, prescripciones de la ley, fijadas por interés público, para que sean guardados los fueros y consideraciones de las personas y a fin de que haya igualdad para todos.

La publicidad es indispensable para que haya garantía, pues una sustanciación oculta, daría lugar a atropellos y abusos incalificables, por esto, la sociedad exige que haya publicidad en los juicios; por lo mismo la publicidad no puede ser renunciada por las partes, ya que es de orden público.

La prueba pública es preferible a la secreta, principalmente en lo relativo a declaraciones, puesto que, quien habla la verdad no tiene por qué recelarse delante de ninguna persona, en tanto que si cabe sospechar de quien se avergüenza o se recela delante de otros, de que falte a la verdad. Además, es evidente, que hay estímulo para decir la verdad cuando se habla en público.

Con todo, la Asamblea Constituyente de Francia, estableció, en Materia Criminal, la prueba secreta del sumario, y la pública sólo para el plenario. Desde luego, en casos de

(1) Spasa.—«Enciclopedia».

infracciones contra la moralidad pública, las pruebas deben ser secretas.

En la publicidad es en donde descansa el preservativo y el correctivo del arbitrio judicial, ya que ella pone a la sociedad en situación de juzgar de modo eficaz y directo, y al mismo tiempo que el Magistrado.

Con cuanta razón Framarino dice: «Únicamente la injusticia es la que necesita de la obscuridad y del secreto: la justicia, por el contrario, tranquila y segura, no tiene por qué temer la presencia de nadie; rechaza todos los escudos y todos los velos, para presentarse espléndida, *Coran populo*. No debe olvidarse que el beneficio social de la justicia intrínseca estaría perdido, si no se mostrase exteriormente cual es, serena e inexorable. Así, para que la justicia, además de ser, aparezca tal, requiere que abran de par en par las puertas al público; esto llevaría a respetarla». (1)

ESTADOS DEL ALMA CON RELACION AL CONOCIMIENTO
DE LA VERDAD



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Con relación al conocimiento de un hecho pueden caber en el espíritu humano tres categorías o estados, que los psicólogos llaman *estados del alma*, y que son: ignorancia, duda y certidumbre.

La *duda* es un estado complejo en el que el entendimiento se encuentra indeterminado y suspenso por no hallar razón bastante para sentir o disentir de alguna cosa; la *ignorancia* es un estado absolutamente negativo, que implica ausencia de todo conocimiento; la *credibilidad* implica igualdad de motivos para lo afirmativo y negativo; la *probabilidad* imperio del conocimiento afirmativo; la *certeza* triunfo del conocimiento afirmativo.

Prescindiendo de la ignorancia, estado negativo, examinemos los tres estados positivos del alma respecto del cono-

(1) Framarino.—Obra citada.

cimiento de la realidad, o sean la credibilidad, la probabilidad y la certeza.

Si bien el espíritu, para llegar al conocimiento de un objeto, sigue un sentido ascendente, partiendo del estado negativo de la ignorancia, hasta llegar a la certeza, nosotros, por razones de método, y siguiendo en esta parte a Framarino, emplearemos el sistema contrario, esto es, partiremos de la certeza, triunfo del conocimiento afirmativo, para pasar a estudiar los estados gradualmente menos perfectos de la probabilidad y la credibilidad.

a) *Certeza*.—La verdad es, en general, la conformidad de la noción ideológica con la realidad; la admitida percepción de esta conformidad es la certeza.

La certeza es un estado subjetivo del alma, que puede muy bien no corresponder con la verdad objetiva, porque la certeza y la verdad no siempre coinciden.

El espíritu humano llega a la creencia en la posesión de la verdad mediante sus diversas facultades, entre las cuales la inteligencia es la principal. Pero la inteligencia pocas veces llega sola, y las más, por medio de los sentidos, a la posesión de la verdad.

La inteligencia es facultad indispensable para llegar a la verdad de cualquier naturaleza que sea: o puramente intelectual o bien sensible.

Manreza y Navarro afirma que «La certeza respecto de los medios de prueba es absoluta si no admite la posibilidad de lo contrario; moral, si lo admite pero tiene en su favor una mayor probabilidad; legal, si la ley impone al Juez», y concluye expresando que, a causa de los escasos medios de que dispone el Juez para llegar a obtener la verdad, debe contentarse con la certeza moral; siendo difícil y casi imposible llegar a obtener la certeza absoluta. (1)

La certeza consiste en un estado del alma, siendo, por tanto, el objeto propio de la certeza, el alma del que juzga; pero en la marcha de la humanidad nacieron las *pruebas legales* y debido a su aparición llegó a hablarse de la *certeza legal*. Ahora bien, por la naturaleza de la certeza tenemos que puede ser definible categóricamente en sus especies, pero

(1) Manreza.—Introducción a la obra de Lessona: «Teoría de la Prueba».

no es predeterminable en sus particulares y concretas individualidades, ya que en el juicio criminal se trata siempre de realidades contingentes, y éstas pueden variar indefinidamente de naturaleza y de relaciones, no pudiendo, por lo tanto, la certeza que a las mismas se refiere, ser determinada por criterios fijos.

Las especies de delito pueden predeterminarse y esto constituye el fundamento y justificación de los Códigos Penales, pero no cabe predeterminarse todas las formas particulares y concretas de su efectucción, pues la certeza judicial que debe servir de base a la condena no se refiere al delito *en especie*, sino al delito *individuo*, siendo aquéllas tan indeterminables como su objeto. El objeto, pues, de la prueba misma nos lleva a rechazar la certeza legal.

Debemos hacer algunas indicaciones sobre la certeza moral, atendiendo a su propio perfeccionamiento en lo que llamamos *convencimiento judicial*.

La certeza es la admitida conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica. Ahora bien, tenemos en lo criminal, que las relaciones existentes entre una noción ideal y el hecho criminoso que se investiga no son absolutas, sino contingentes, por referirse a verdades de hecho, no a verdades evidentes de razón. Por esto, la certeza en lo criminal es susceptible de errores, que imponen la posibilidad de lo contrario. De ahí también que puede haber una certeza intelectual y en el mismo caso faltar una certeza moral, por falta de asentimiento de la voluntad. En estos casos, el examen científico debe propender o a que se desvanezca o a que se confirme, por la eliminación o confirmación de los datos recolectados, llegándose al asentimiento de la voluntad, que, según Nicolás Framarino, es el que constituye el *convencimiento racional* que, cuando dice relación con la justicia, llamamos *convencimiento judicial*. (1)

El convencimiento judicial resolviéndose en la certeza admitida y segura y, por tanto, en un acto simple e indivisible del espíritu, no puede tener *grados*. Hay o no certeza, he allí el dilema, de donde se colige que, este acto volitivo, debe ser *natural*, esto es que debe surgir de la acción genuína

(1) Framarino.—Obra citada.

de las pruebas, y no *artificial*, o sea por razones extrañas a su propia naturaleza.

Las influencias extrañas a las pruebas pueden ser externas o internas.

Externas, como habíamos dicho anteriormente, serían el examen indirecto de las pruebas y el influjo legal; *internas* son las surgidas del alma misma del Magistrado: fuerza de nuestro temperamento, de nuestros hábitos, de nuestras inclinaciones y de nuestras prevenciones, que nos llevan a formular falsos juicios. Por esto, dice Mittermayer, se debe purgar el espíritu de las pasiones.

Además de *natural*, el conocimiento judicial debe ser *razonado*, no ciego; pero no sólo fundamentado en apreciaciones subjetivas del Juez, sino que debe producir el mismo efecto en otras personas, dando lugar a lo que llama Framarino *carácter social* del conocimiento, o sea la convicción que produce en el ambiente social la justicia del fallo judicial.

Al hablar de la *certeza* compete manifestar que el juicio penal rueda sobre estos dos ejes: el elemento material y el elemento psicológico, factores ambos que revisten gran importancia, sobre todo el segundo.

Débese poner de manifiesto la *responsabilidad material del autor*, y ésta es indispensable para la reacción social por la ofensa recibida.

El elemento psicológico debe analizarse para determinar la reacción social conveniente, es decir, procurando que ésta deje de ser mecánica y se convierta en reflexiva.

El juicio penal debe proponerse la compilación, la discusión y la decisión de las pruebas al hecho y al autor.

«El elemento psicológico—dice el Dr. Cabezas Borja—reviste grande importancia en el tratado del crimen; no se lo puede estudiar de una manera abstracta, se hace necesario averiguar la manera como se desenvuelve en la conciencia criminosa para determinar la categoría antropológica a que pertenece el criminal y conocer las medidas convenientes para adaptar este temperamento al ambiente social». (1)

b) *Probabilidad*.—Una de las afirmaciones de los tratadistas que más perniciosa influencia han ejercido en el cam-

(1) Cabezas Borja.—«El Derecho Penal.—Su Fundamento y Evolución».

po del derecho y que con más claridad contrarrestan los principios de la lógica, es aquella que sustenta que la certeza en materia criminal no es más que probabilidad.

La certeza, por su naturaleza, es objetiva, y desde el punto de vista objetivo puede confundirse con la verdad y ésta en sí misma no es más que la verdad; y así como objetividad única en sí misma, de la certeza, no se revela a nuestro espíritu más que presentándose como una conformidad *simple y sin contraste* entre la noción ideológica y la realidad ontológica.

Considerando la objetividad de la certeza resulta clara su diferencia con la probabilidad, tomada también objetivamente. La certeza, considerada objetivamente en la verdad, no puede tener motivos divergentes para la creencia; la probabilidad sí debe tenerlos; la certeza tiene un objeto único, la probabilidad tiene objeto múltiple.

La probabilidad, *brota de los datos objetivos*, pero no consiste en estos datos; consiste en aquel estado del ánimo producido en virtud de su percepción, por lo que, al igual que la certeza, su naturaleza es subjetiva.

Cuando se habla de certeza y probabilidad, consideradas desde el punto de vista objetivo, se refiere al estudio de una de sus *relaciones*, no al estudio de su *naturaleza*.

La probabilidad, subjetivamente considerada, consiste en la percepción de los *motivos convergentes y divergentes, juzgados todos dignos*, en la medida de su valor respectivo, de ser tomados en cuenta; en cambio la certeza encuentra que los motivos divergentes a la afirmación no merecen racionalmente consideraciones y en su virtud afirma, de donde se colige la diferencia que existe entre estos dos estados del espíritu.

Sin embargo, la probabilidad en materia criminal, es el camino que con más seguridad nos conduce a la certeza, ya que se empieza tomando en cuenta los motivos de *creer*, y los de *no creer*, o sea por las probabilidades y luego rechazando los motivos que nos inducen a *no creer* se pasa a la *certeza*. En tal virtud la probabilidad no entra al servicio de la criminalidad más que como un principio o como un primer paso hacia la certeza.

Mittermayer dice: «Conviene distinguir muy bien la *probabilidad* de la certeza. Hay probabilidad cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un he-

cho; pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad, o de que las pruebas que debieran por sí mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias; o de que en oposición a los motivos suministrados por ella existen también otros muy fundados en sentido contrario; o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión, no son todavía bastantes para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario». (1)

La probabilidad es graduable, pero la graduación no puede determinarse de una manera fija, porque el número de los motivos que abstractamente puede llegar a presentarse es indefinido, además, no sólo el número de motivos es lo que determina el grado de la probabilidad, sino también y especialmente su *importancia*, valor lógico indeterminable aritméticamente.

c) *Credibilidad*.—La credibilidad, al modo que la certeza y la probabilidad, consideraremos únicamente respecto de la realidad ya vivida, objeto de las investigaciones judiciales.

La percepción de un objeto, de realidad ya vivida, es para nosotros lo creíble.

Con relación al hecho puede el espíritu encontrarse en el estado de ignorancia, de duda, de probabilidad y de certeza.

La credibilidad es un estado subjetivo que no deja de serlo por estar determinado por motivos objetivos. Hay credibilidad en sentido específico siempre que la conciencia se encuentra ante iguales motivos para afirmar que para negar; en la percepción de *iguales* razones para creer que para no creer, descansa su naturaleza específica. Si los motivos dejaren de equilibrarse, no habría ya lo creíble, en sentido específico, habría lo *probable*, que es algo más que lo creíble de lado de los motivos superiores; o habría lo *improbable*, que es menos que lo creíble específico de lado de los motivos inferiores. Si no hubieran más que los motivos de una sola especie, dignos de ser tomados en cuenta, tampoco habría

(1) Mittermayer.—Obra citada.

lo creíble, sino lo cierto, colmo de la credibilidad genérica de lado de los motivos totalmente convergentes, y la incredibilidad absoluta en el sentido contrario.

Lo *improbable* no destruye lo *creíble*, sino en su fuerza media; destruye meramente la paridad de los motivos que inclinan a creer, subsistiendo, sin embargo, lo creíble. Por el contrario, lo *increíble* arranca de raíz lo *creíble*, específico y genérico. Lo improbable no es un obstáculo que cierre las investigaciones judiciales; es tan solo una transición; en cambio, lo increíble cierra las puertas a toda afirmación contraria, deteniendo la acción de toda investigación judicial, ya que lo increíble es lo opuesto a la certeza.

La no exacta percepción de lo increíble puede conducir a error por dos vías distintas al espíritu humano, ya en cuanto hace juzgar como *increíble* lo en verdad *creíble*, ya en cuanto hace juzgar como *creíble* lo que en verdad es *increíble*. En el primer caso (*increíble* falso) el error hace *rechazar* lo *admisible*, en el segundo (*creíble* falso) el error impulsa a *admitir* lo que debe ser *rechazado*.

Síguese de aquí que lo *increíble* es de naturaleza *subjetiva*, generado por otro estado, también *subjetivo*, que es la *certeza*.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

QUÉ SE DEBE PROBAR?

No todos los hechos o actos son susceptibles de prueba; hay algunos que por su calidad, por el modo como se han presentado o por la forma de su desarrollo, o por su falta de materialidad escapan a la prueba. Puede también darse el extremo contrario, que sea innecesaria la prueba, porque lo que pretende probarse puede apreciarse por medio de los sentidos.

Por lo mismo, los hechos transitorios, aquellos que no pueden ser conocidos por los sentidos son los únicos que pueden ser objeto de la prueba, mas no aquellos que son permanentes y puede el Juez percibirlos. Al respecto, Ricci dice: «Sólo refiriéndose a los hechos transitorios, de los cuales se han deribado relaciones jurídicas entre los contendientes, es cuando se siente la necesidad de recurrir a los varios medios

de prueba; porque no siendo dado aprehender el hecho, realizado ya, mediante los sentidos, es preciso aprehenderlos en virtud de un proceso lógico, que se cumple en nuestra inteligencia merced al empleo de diversos medios adecuados para producir el convencimiento de que un hecho dado se ha verificado». (1)

En materia penal lo que se trata de buscar es la verdad objetiva, ya que, puesta la prueba en relación con el espíritu del que juzga puede producirse la certeza de la criminalidad. Esta verdad objetiva es una verdad sustancial, extrasubjetiva, la cual se llega a *adquirir* por medio de pruebas suficientes, que nos dan la verdad del delito, aquella verdad que se presenta como realidad cierta, no de la que se presenta como *probable*, aunque sea con máxima probabilidad.

En tanto que en materia penal se busca la verdad objetiva, en lo civil sólo se busca la *verdad formal* y esto porque en lo civil se cuestionan derechos alienables, en tanto que en lo penal se trata siempre de derechos inalienables y en virtud de esta misma inalienabilidad de los derechos en cuestión civil, el Juez puede atenerse simplemente a las alegaciones del hecho presentadas por las partes y fallar; en tanto que en lo penal debe siempre atenerse a la verdad objetiva de la criminalidad y cuando tal verdad no asoma debe absolver, con independencia *de las condiciones* indicadas por la acusación y la defensa.

Los derechos privados no pueden quedar en suspenso entre los contendientes, debiendo, por tanto, el magistrado civil atribuir los derechos a uno de los litigantes, decidiendo en favor de una parte y en contra de otra, con tal que haya aún que sea una verdad formal, en cambio, en lo penal, el Juez no se halla en la alternativa de condenar a alguien para absolver al acusado, o de condenar a éste para dejar a salvo los derechos de otro, ya que aún que frente al acusado esté la sociedad, la decisión favorable a aquél no es contra ésta, antes repercute a su favor, ya que es de interés social no condenar más que al delincuente indudablemente cierto.

En materia civil trátase de derechos particulares y determinados puestos en cuestión; todos pueden prevenirse contra las posibles agresiones al propio derecho. Quién no tiene

(1) Ricci.—«Tratado de las Pruebas».

pruebas de la verdad real del propio derecho, está obligado a ver el triunfo de la verdad formal contraria, resultante de las pruebas producidas.

En cambio, en materia penal, no cabe condena penal, en virtud de la negligencia del acusado para probar su inocencia, la condena penal no puede recaer sino sobre delincuencia aserada como verdad real.

Finalmente, el derecho deberá probarse? Bonnier dice: «En las cuestiones que se someten a los tribunales puede versar la discusión sobre un punto de hecho o de derecho. Probar el hecho es consignar ciertas acciones del hombre o ciertos acontecimientos del orden físico de naturaleza propia para provocar el ejercicio de la justicia social. Probar el derecho es establecer que si se consignan tales hechos es aplicable a tal o cual prescripción de la Ley. Mas, cuando se habla de la teoría de las pruebas, no se entiende que se hable de la prueba del derecho. El objeto entonces perseguido es la investigación de los mejores medios que deben emplearse en los hechos que se debaten en las contiendas judiciales». (1)

El deber del abogado es demostrar tanto el hecho como el derecho, para investigar la aplicación de los principios generales de legislación al asunto que le está sometido.

Escríche opina en sentido contrario: «Solamente las cosas de hecho son las que necesitan de prueba, y no las que son de derecho; pues el Juez mismo, luego que consta del hecho, debe decidir acerca del derecho, aunque no se haya alegado por los litigantes». (2)

Si todos deben conocer la Ley se comprende que no cabe exigirse la prueba del derecho; si la ignorancia de la Ley no excusa a persona alguna, es una presunción de derecho que no admite prueba en contrario.

En todo juicio se ventilan puntos de hecho. La Ley es una sola para todos y se presume conocida por el Juez, pero los hechos son varios y el Juez no puede conocerlos sino mediante las pruebas que se producen, de donde resulta que las pruebas deben recaer únicamente sobre los puntos de hecho y no sobre los de derecho. Sin embargo podemos decir

(1) Bonnier.—Obra citada.

(2) Escriche.—Obra citada.

que hay un caso en que debe probarse la existencia del derecho: este caso es cuando el Juez ha de fallar según una Ley extranjera: Ley cuya existencia debe probar el que se ampara a ella.

Hay que tener en cuenta que la prueba debe partir de los hechos, porque la Ley es conocida por el Juez. En lo civil lo que debe probarse queda limitado por el modo como se trabe el litigio, así, si una persona demanda el pago de un dinero, alegando la prescripción, lo que deberá probar es la prescripción. En lo penal, además de la infracción no sólo se trata de descubrir la forma en que se ha verificado sino también saber la inocencia o la culpabilidad del acusado; por ejemplo el indiciado no alega la legítima defensa, el Juez deberá tomarla en cuenta a pesar de no haber sido alegada por el acusado, mas, en lo civil, no sucedería tal cosa, si una de las partes no exhibiera una prueba en su favor, el Juez debería prescindir de ella, ya que no siendo de interés social, no cabe que se investigue de oficio. Será, pues, materia de prueba, todas las pruebas de cargo y descargo; todo lo que sea materia de controversia, todo lo que diga relación a la existencia o no de culpabilidad, aún cuando el demandado no haya puesto estas excepciones, como medios de prueba.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

A QUIÉN INCUMBE LA PRUEBA?

El espíritu humano, antes de hallarse en el estado de duda, o de probabilidad, o de certeza, con respecto al conocimiento de un hecho, puede encontrarse en un estado negativo, que llamamos de ignorancia.

Si se presentan dos acertos contrarios relativos al hecho ignorado, se requiere que la obligación de la prueba se imponga a uno o a otro de los contrarios acertos, a fin de poder llegar a la posesión de la verdad.

Pero, para determinar a cual corresponde el peso de la prueba, es necesario tener presente que hay acertos que tienen derecho a la fe anterior a las pruebas, y del otro, la obligación de la precedente obligación de las pruebas.

Los autores no tienen un criterio uniforme al tratarse de este importantísimo problema, al estudiarlo científicamente pa-

rece que no se fija con precisión el verdadero significado de los términos que emplean o que quieren forzar su interpretación estudiándola bajo la forma gramatical antes que bajo la legal.

Tenemos un axioma de derecho: *toca probar al que innova*; pero este axioma, claro y preciso al enunciarlo, origina graves dificultades en la práctica.

Frente a dos acertos contrarios tenemos que juzgarlos sólo por su naturaleza intrínseca y por las presunciones de credibilidad que van ligadas a su naturaleza, de donde se desprende que la obligación de la prueba recae sobre aquel que no tiene en su favor la presunción de la fe, siendo, por tanto, en la presunción donde debe investigarse el principio determinante del peso o carga de la prueba.

Lo ordinario se presume, es un principio que sirve de base a las presunciones, por lo mismo, tenemos que frente a dos acertos, el uno de un hecho ordinario y el otro de un hecho extraordinario, el primero merecerá más fe que el segundo, por lo que éste deberá empezar a probar.

Quien afirma aquello que está en el curso ordinario de los sucesos, no tiene obligación de la prueba, mas quien, en cambio, afirme lo que está fuera del curso ordinario de los sucesos, tiene la obligación de sostener con pruebas particulares su acerto, ya que de dos afirmaciones opuestas, una ordinaria y extraordinaria la otra, la primera se presume verdadera, la segunda debe ser probada.

Ahora bien, según los términos en que está concebida una demanda y una contestación a ella, cuál de las partes aparece que pretende innovar? Suele responderse a esta pregunta que quien afirma algo que ha negado el contendor, es quien pretende innovar, de donde podemos deducir este principio: en la contienda del hecho positivo y del hecho negativo, quien asevera el positivo debe probar, prefiriendo a quien mantiene el negativo, o, en otros términos, quien afirma un hecho o un derecho, es quien debe probar. Es el antiguo principio: *probatío incumbit ciqut dicit, non qui negat*, y la razón está en que se debe presumir una situación de hecho, mientras no aparezca prueba en contrario y además, porque el hecho positivo tiene una doble especie de pruebas posibles: directas e indirectas, en tanto que para el hecho negativo sólo hay la posibilidad de pruebas indirectas, ya que en rigor, lo que no ha existido, no ha podido ser percibido *en sí*, y así

no puede ser probado directamente, esto es, por su directa percepción.

Algunos tratadistas para combatir este principio, quieren deducir el peso de la prueba para quien afirma el hecho positivo de la *imposibilidad* de probar el negativo. Pero, ya hemos dicho, éste puede probarse, pero sólo con medios indirectos; el positivo puede, en cambio, probarse con medios directos e indirectos.

Bonnier dice: «Pero quien no ve, que es lo más frecuente en una discusión, en que una parte sostiene la afirmativa y otra la negativa, y hay por parte de ambos una alegación positiva y muy susceptible de ser claramente demostrada, que toda la diferencia consiste en la forma, en el modo de fijar la cuestión? Yo afirmo que Pablo es rico y me lo niega otro. En este caso es tan fácil comprobar quien tiene la razón y el que negó se halla tan embarazado para hacer la prueba como si hubiera afirmado que era pobre y hubiera negado su aserción». (1)

Este es un caso particular elegido ad-hoc, pero no por eso menos verdadero, porque tanto el derecho de uno como el de otro contienen afirmación. El que niega en el presente caso, afirma lo contrario, esto es el término opuesto y por tanto el uno y el otro estarían obligados a probar.

Y continúa Bonnier, en su obra citada: «Así bajo el velo de una negativa se oculta una afirmación decisiva y terminante; y esto es lo que llamaban los antiguos doctores en su enérgico lenguaje, negativa generadora, *negativan pracquanten*. Esta negativa consiste en alegar un hecho a todas luces incompatible con otro hecho alegado anteriormente, hecho que no es menos positivo, porque se articule en forma negativa». (2)

Ricci, dice: «Una vez afirmado un hecho por una parte y negado por la otra ¿a quién incumbe probar? Se tiene como regla general que el peso de la prueba, recae sobre quien afirma un hecho y no sobre quien lo niega». (3)

Bonnier no acepta la doctrina de que no se puede comprobar una negativa y plantea el problema así: «El que reclama alguna cosa en juicio quiere innovar, puesto que ataca, o

(1) Bonnier.—Obra citada.

(2) Bonnier.—Obra citada.

(3) Ricci.—Obra citada.

bien la posesión positiva de su adversario, si se trata de un derecho real, o bien, en materia personal, esa especie de posesión en que se halla colocado todo hombre con respecto a otro, que no está probado. El es, pues, quien debe justificar su acerto, puesto que nada se presume fuera de las presunciones establecidas por la Ley». (1)

Luego afirma que el que se presenta a reclamar ante la justicia, es el que debe probar porque no tiene razón para reclamar y arrojar la carga de la prueba contra el adversario, que ocupa sólo una situación pasiva, deseando únicamente que se conserve el estado de cosas existentes.

Touller, Bonnier y Demolombe enseñan que si bien la obligación de probar el derecho o su extinción incumbe, en principio, a una de las partes, tal obligación se modifica en el curso del litigio, porque tan luego como el actor acredita los fundamentos de la acción, el reo es quien debe probar lo contrario, y así sucesivamente.

«Es un principio de razón y de seguridad social, dice Bonnier, que quien pretende innovar debe demostrar que su pretensión es fundada. Este principio se ha admitido siempre en materia personal.... En materia real, vemos que el derecho romano primitivo, en el procedimiento de las acciones de la Ley, colocaba en igual situación a ambas partes; pero el derecho pretorio estableció después una presunción a favor del poseedor, presunción que se ha conservado hasta nuestros días. Se expresan estas dos verdades por una fórmula más general diciéndose que al demandante incumbe la prueba... Pero, probada la demanda, si la otra parte alega, a su turno, ya una excepción perentoria, como el pago, ya una dilatoria, a ella, es a quien incumbe justificar el hecho alegado... Si el demandante primitivo replica, a él le toca probar que su réplica es fundada. En una palabra, *el que alega un hecho nuevo, contrario a la posición adquirida por la otra parte, debe justificar que tal hecho es verdadero.* (2)

«Hay ciertas reglas generales, añade Demolombe, que rigen todo el sistema de las pruebas... La primera de estas reglas es la que fija el Art. 1315 en estos términos: El

(1) Bonnier.—Obra citada.

(2) Bonnier.—«Preuves».

que exige el cumplimiento de una obligación debe probarla—Recíprocamente, el que alega la extinción, debe justificar el pago u otro hecho en que se funda—¿Quién debe probar?—Cuestión importantísima de que puede depender el éxito del litigio. El texto de la respuesta, de la cual podemos decir con Bonnier, que es una regla a un mismo tiempo de razón y de seguridad social. En efecto, atendiéndose a la razón y a la lógica, es evidente que quien pretende innovar y cambiar la situación presente, debe probar. Presúmese que la situación presente, la situación actual de cualquiera de las partes, es conforme a la verdad. Si la otra pretende lo contrario, pruébalo. Así lo exige el gran principio de la igualdad judicial. Tal es la premisa de donde provienen las dos consecuencias deducidas en el Art. 1315. Primeramente el que afirma que es acreedor de un tercero que lo niega, debe probar la existencia del crédito... Por otra parte, cuando el demandante ha justificado la obligación, o cuando el demandado lo ha reconocido, si éste alega la extinción, a él incumbe el probar... Si el demandante primitivo combate los hechos alegados por el demandado, él deberá probar que es fundado el nuevo hecho que alega. Y así sucesivamente aplicándose siempre nuestra regla, que al demandante o al demandado, al que alega un hecho nuevo, opuesto a la posición actualmente adquirida por su adversario, tiene de rendir la prueba de ese hecho. La obligación de probar no se impone, pues, de una manera invariable desde el principio de la instancia, a cada una de las partes, sino a medida que se cambian las pretensiones que, por decirlo así, se cruzan en el curso del combate principal». (1)

Laurent dice: «El que deduce una acción o el que alega una excepción debe probar los hechos en que se funda la demanda o la contestación. Al que alega un hecho incumbe pues, probarlo, sin distinguirse si es demandante o demandado, porque el demandado se convierte en actor en cuanto a las excepciones. Este es el sentido de los antiguos adagios que son más generales que el Art. 1315: *Actore incumbit probatio*. *Reus excipiendo fit actor*. Ese principio se funda en razón. ¿Por qué debo probar la obligación cu-

(1) Demolombe.—«Contratos».

yo cumplimiento exijo? Porque la libertad es la condición general de los hombres. Pero cuando el demandante ha justificado su derecho, el demandado, si quiere ser absuelto, debe probar que la obligación se extinguió. (1)

Todos los individuos tienen una situación definida ante el derecho, protegida y garantizada por la Ley; si alguno arguye la de otra persona, a él le corresponde probar las alteraciones de las situaciones jurídicas que pretende realizar demostrando ser fundadas, y verdaderas y garantizadas por la Ley, de donde se desprende que *el que innova debe probar*.

Escríche opina que «El actor es el que debe hacer la prueba sobre el hecho o cosa que negare el reo, el cual habrá de ser absuelto, no probando aquel lo negado. Del mismo modo el reo debe probar los hechos en que funda su defensa. Es, pues, regla general que, el que afirma una cosa es el que ha de probarla y no el que la niega, porque la negación no puede probarse por su naturaleza, a no ser que contenga afirmación». (2)

Según Framarino es a la mayor facilidad de las pruebas que en general se tiene para el hecho positivo lo que origina la obligación de presentar las pruebas por el que afirma con preferencia a quien niega. Mas este principio sólo se refiere a las *verdaderas negaciones*; fuera de éstas no tiene ya valor. Algunos no han visto sino negaciones en todo lo que se presenta negativamente, en tanto que otros, por el contrario, han sostenido que toda negación se resuelve al fin en una afirmación, negando, en su virtud, valor a la distinción entre acerto afirmativo y acerto negativo.

Estudiando este problema, Framarino escribe: «La verdad es que hay negaciones formales cuyo contenido inmediato es un acerto de hecho positivo, y que no tiene de negativo más que la simple forma; y hay negaciones *sustanciales*, verdaderas negaciones, que tienen no sólo la forma, sino también la sustancia negativa, y que, por tanto, no se resuelven inmediatamente en acerto alguno de hecho positivo. El principio se refiere a estas últimas, no a las primeras, que en realidad no son negaciones». (3)

(1) Laurent.—«De la Prueba».

(2) Escriche.—Obra citada.

(3) Framarino.—Obra citada.

En lo civil debe probar el que innova (un fundamento de su derecho). Para que sea conocido su derecho debe probar sus fundamentos, es decir un hecho (o la Ley). El hecho puede suceder o no y cuando se produce, es algo nuevo en el mundo de las realidades, este hecho constituye una cosa nueva, luego el que innova debe probar. El estado natural de los hombres es el de independencia, y la obligación de uno con otro es una innovación al estado natural, y el que alega ésta innovación debe probar. Una vez que se ha establecido una situación jurídica, puede alterarse la situación normal, por ejemplo, cuando están de acuerdo en el mutuo; pero si alguien afirma haber verificado el pago, está éste innovando una situación jurídica adquirida, luego deberá éste probar, por que innova un hecho nuevo.

Se ha dicho que la carga de la prueba corresponde al actor, pero no solo el actor está obligado a probar, sino también el demandado, cuando innova en las excepciones, por que el demandado en las excepciones se convierte en actor, en cuanto a la carga de la prueba.

Se dice también que corresponde la carga de la prueba al que afirma (Sabemos que la prueba de un hecho negativo se hace por los positivos contrarios, siendo muy difícil cuando el número de éstos es muy grande).

A esta fórmula hay que entenderla cuando se innova con hechos positivos, el que innova, debe probarlos; pero también un hecho negativo puede innovar: El gran principio de la prueba es, pues, que el que innova debe probar y si éste no lo hace sucumbe *en el pleito*. En lo penal, apliquemos el mismo principio, el que innova, debe probar. El Ministerio Público o el acusador particular es el que innova un hecho nuevo, que es fundamento de una acción, en lo relativo a que tal o cual es actor de la infracción, es también una innovación y fundamento de la acción penal; debe pues probar el Ministerio Público o el acusador particular, de lo contrario el reo será absuelto.

Es un axioma que la prueba incumbe al que intenta innovar, que generalmente es el que afirma. En toda controversia civil hay un estado, una situación de hecho que se supone legítimo, y más aún cuando lo es en realidad; cuando la Ley dice que el poseedor se reputa dueño, reconoce un estado de cosas que es muy natural: el que intenta innovar aquel estado, aquella situación, debe probar.—La afirmación,

generalmente innova; pero puede haber negación que innove, cuando en el fondo lleva envuelta una afirmación. El derecho romano reconocía aquel principio, pero decía cuando había negación que innovaba, que el reo se convertía en actor, porque el principio general lo enunciaba: el actor debe probar; de otra manera esta sola regla sería absurda.

Se aplican estos principios en lo penal? En primer lugar, no hay controversia de dos partes en el juicio criminal en segundo lugar, en éste se trata de derechos inalienables; y, en tercer lugar, se trata de averiguar a fondo la verdad. Si el acusado dice en el juicio, que dio muerte a alguno en legítima defensa, no se establecerá como estado de la infracción el de homicidio; y el Juez y el Agente Físcal deberán buscar las pruebas que establezcan la verdad; esto es, si es o no homicidio el hecho. Luego, pues, no es posible establecer, con la rigidez de los principios, a quien incumbe la prueba en lo criminal, como en lo civil. En lo criminal no se atenderá a si el reo ha presentado o no pruebas, para condenarle, como acontece en lo civil, se trata de buscar únicamente la verdad y no si es éste o aquel el estado que se pretende innovar. Luego: 1º. la prueba incumbe al Juez y al Ministerio Público; 2º. el reo tiene derecho de presentarlas por su propia conveniencia, más no ninguna obligación.

Presenta el demandado una prueba incompleta alegando la legítima defensa, se le deberá condenar? Sabemos que el Juez debe averiguar la culpabilidad o inocencia del reo, debiendo, por lo tanto, completar su prueba, si esto no es posible, deberá absolver, ya que se ha vuelto dudoso el proceso; si se duda de la legítima defensa, se duda de la infracción.

LIMITES TEMPORALES Y LOCALES

Toda ley, como todo acto humano, tiene sus límites. La ley a pesar de ser la declaración de la voluntad soberana, tiene que estar limitada en el espacio y en el tiempo.

La *limitación en el espacio* significa que solo tiene fuerza obligatoria dentro del territorio del Estado, es decir dentro del territorio sobre el cual se ejerce soberanía.

Respecto de los *límites temporales*, se refiere al tiempo en que empieza a regir y al tiempo en que se deroga la Ley, es una norma de conducta y, por lo mismo, élla debe preexistir para que la conducta de los asociados se amolde a élla, ya que si no hay esa norma no cabe que se viole o desconozca lo que no existe. Este es el importante principio de la no retroactividad de la Ley, por eso en las reglas de interpretación del Código Civil se dice que la Ley no rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo, etc., principio que no hacía falta consignarlo como regla legal, ya que se desprende de la naturaleza de las cosas. Su razón fundamental además está en el respeto que merecen los derechos legítimamente adquiridos. Por lo mismo, una Ley puede extenderse a lo pasado si aún no ha nacido un derecho, es decir, cuando no se ha consumado un hecho que de origen a un derecho; son meras expectativas, ya que no ha nacido el hecho generador de un derecho y las meras expectativas no pueden ni merecen ser respetadas puesto que no constituyen derecho.

El legislador no puede deshacer lo hecho y lesionar derechos adquiridos, esto por regla general, pero sí en casos especiales.

En cuanto al Juez, no puede dar efecto retroactivo, si exceptuamos cuando el legislador le ha dado esta facultad de un modo expresamente manifestado, pues la regla del Código Civil, antes recordada, es dictada principalmente para los Jueces.

En lo civil, y de un modo general en lo penal, domina el principio de que la Ley rige para lo venidero. Bajo este aspecto hay que considerar dos puntos: qué pruebas son las admisibles y la forma y como han de rendirse. Respecto a la admisibilidad de las pruebas en lo civil, por la regla del Código Civil, y por ser lo racional y lógico, son admisibles las que lo eran en la época a que diga relación el asunto en juicio, o, mejor dicho, en la época en que se originó el acto o el derecho controvertido.

Debemos tener en cuenta en los contratos y en todo acto jurídico, la existencia real del acto o contrato y la existencia ante el Juez, existencia que se tiene por tal, cuando llega al conocimiento del Juez y este conocimiento se obtiene por medio de las pruebas; y por lo que los medios de prueba se refieren a la existencia del contrato, en orden lógico, para

conocimiento del Juez; en este aspecto se dice que las pruebas y Leyes que determinan esas pruebas se hallan incorporadas en el contrato. Por eso, en los casos de jurisdicción contenciosa, si un contrato no puede llegar a conocimiento del Juez es como si no hubiera existido, aún cuando haya llegado a tener materialidad, existencia material.

Desde este punto de vista, rechazar las pruebas que establecían las Leyes bajo cuyo imperio nació el contrato, equivaldría a rechazar el mismo contrato, ya que solo por ellas puede llegar a conocer el Juez, es decir, a que tenga existencia ante él, y por las mismas consideraciones es un derecho adquirido, del mismo modo que los derechos adquiridos respecto de los elementos esenciales.

En lo penal, cabe aceptar que los medios de prueba estén incorporados, o se aplicarán los medios de prueba vigentes al tiempo de iniciarse el Juicio, o los del tiempo de la investigación misma?

En los delitos que son fuentes de obligaciones civiles, se admiten solamente los medios de prueba que establece la Ley vigente al tiempo de la prueba, esto porque no se viola ningún derecho adquirido, ya que, el delincuente con su hecho delictuoso no ha producido un derecho y no cabe aceptarse la misma argumentación que en los contratos. Y mirando el interés individual, debemos observar que los medios de prueba no se producen ni surgen de la voluntad del individuo infractor; no hallamos esa intención de preestablecer los medios de prueba y su responsabilidad depende de haber verificado el hecho, teniendo que sujetarse a todas las consecuencias, siendo las pruebas que servirán para determinar la existencia de la infracción, involuntarias, escapándose, por lo mismo, del campo del derecho adquirido. Nuestro Código Civil se refiere a actos o contratos *válidamente celebrados*, con lo cual excluye a las infracciones penales.

La admisibilidad de la prueba en lo penal, se refiere solamente a los medios establecidos al tiempo de rendirla, así como la forma de recibirla. Esta forma no constituye parte esencial del procedimiento y por ello se aplica la Ley vigente al tiempo de rendirla o actuarla.

Queda, pues, demostrado, que en lo penal, no caben derechos adquiridos, respecto a los medios probatorios, ya que las infracciones penales son actos antijurídicos y no *contratos válidamente celebrados*, pues, el que comete una in-

fracción no tiene derecho a que se le pruebe de tal o cual manera.

Los conflictos de leyes, de distintos Estados, se producen por la natural relación e interdependencia de los hombres, y estos conflictos se producen no únicamente cuando hay diversidad de leyes sino aún existiendo leyes comunes para los diversos Estados de que se trate, pues habrá que saber cuál soberanía es la que va a imperar, y según ella tendríamos la competencia del Juez.

Si entre individuos de un mismo Estado se verifica algún contrato, sobre algo que surtirá sus efectos en el mismo Estado, no surge ninguna dificultad, pero se presentan casos como el siguiente: Un ecuatoriano residente en el Perú, contrata en Chile, con un boliviano, sobre bienes situados en Colombia, qué Ley se aplicará?; porque sería absurdo que un mismo asunto esté bajo el imperio de distintas Leyes, etc.

Si se trata no de contratos, sino de un delito o cuasi delito, entramos en materia criminal, en donde se simplifica el problema un poco, aunque cabe hacer las mismas preguntas, qué Ley se aplicará, si la del lugar del hecho, la del Estado a que pertenece el infractor o la del Estado de la víctima? y así como en lo civil, los conflictos se refieren no sólo a la Ley sustantiva, sino también a la de procedimiento y dentro de ésta, cuál es el Juez competente, que tiene que seguir tal Ley procesal?

En los límites temporales dijimos tratando de la prueba que se aplica la Ley al tiempo de rendirla, esto refiriéndonos a los medios de prueba y a la forma de actuarla, pues los medios de prueba y la forma de actuarla no alteran la unidad procesal, esto en cuanto al fondo (medios); y a la forma, se aplica la Ley vigente al tiempo de rendirla, a no ser que aún las diligencias, consideradas aisladamente requieran de unidad.

Pero el tiempo de prueba, el espacio de tiempo dentro del cual se han de presentar las pruebas, será regido por la Ley vigente al tiempo de iniciarse el Juicio, porque éste tiene por forma parte del procedimiento total; la forma de rendirse una prueba no es parte esencial del procedimiento, ni ataca la unidad procesal; lo esencial sí es el término de prueba, porque forma parte de ese esqueleto o armazón del procedimiento, es parte esencial de la unidad procesal y tan esencial es en el procedimiento ese tiempo, que, si no se ha concedido término de prueba se anula todo el proceso, en tanto que si hay falta en la forma, sólo se anula esa diligencia.

El Derecho Internacional comprende dos grandes ramas, el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Público se ocupa de las relaciones *directas* entre Estado y Estado; si estas relaciones se producen por choques de soberanías, en virtud de sus legislaciones que están opuestas, o por saber cuál soberanía es la aplicable; porque cada Estado asegura y garantiza los derechos de los asociados, en este caso la relación de los Estados es indirecta, los individuos y sus derechos constituyen el nexo u objeto y razón de esa relación. El conflicto es de Estado a Estado, ya que el conflicto es de Leyes, que a la vez, son manifestación externa de soberanía; en último término se averigua qué Estado, qué soberanía, qué Ley prevalece.

Si todos los elementos que constituyen un derecho y su *ejercicio estuviesen dentro de una soberanía, no tendríamos ningún conflicto.* (Werss). Mas, lo natural y ordinario es que esas relaciones y actividades se extienden más allá de las fronteras, que en realidad no son dique para la sociabilidad práctica, al menos en sentido general y amplio, y es por eso que los elementos generadores del derecho pueden estar sujetos a distintas Leyes, surgiendo de aquí la necesidad de saber qué Ley se aplicará en el conflicto que en último término es internacional, puesto que Ley es manifestación de soberanía.

Los conflictos pueden producirse respecto de Leyes sustantivas civiles y comerciales y respecto a las de procedimiento, en esas materias, y dentro de este aspecto, surgirán conflictos acerca de la competencia, de la sentencia, de la prueba, en una palabra, los conflictos surgirán de todo lo que es materia de legislación.

Veamos como pueden resolverse estos conflictos en materia penal.

Respecto a conflictos entre Ley sustantiva penal, cuál será la aplicable? Dependerá de la residencia o domicilio en un lugar? Un extranjero residente en el Ecuador mata a un ecuatoriano, no hay cuestión; pero supongamos que un ecuatoriano residente en el Perú y también domiciliado, mata en Chile a un boliviano, qué Ley será la aplicable? Aquí no se disputan los hechos, sino qué Ley se aplicará de acuerdo con principios de razón, y se parte del supuesto de que existe infracción. (Derecho Penal Internacional).

Nos corresponde ver principalmente en la Ley adjetiva y suponiendo que hay conflictos de leyes o soberanías. Dado por sabido que Ley se aplicará, surge el problema de quién le juzgará, etc. o sea la referente a la competencia, al procedimiento, la prueba, la sentencia, efecto y ejecución de ella.

Ya hemos dicho que estos conflictos nacen porque los elementos de una cuestión jurídica están gobernados por leyes distintas, pero como no es posible que esté sujeta a diferentes Leyes, requiérese averiguar qué Ley será la aplicable a toda la unidad de la cuestión jurídica, unidad que exige también unidad de Ley que la gobierne.

Pero, cuál es esa Ley? Qué camino seguiremos para poder determinar a la luz de principios de razón, cuál es esa Ley y por qué?

Quizás pueda servir para resolver este asunto el concepto de domicilio, que es el hecho por el que se agrega un individuo a una sociedad tal, para vivir en ella la vida civil, y de acuerdo con las Leyes de esa sociedad, pero en todo caso amparado por su bandera en caso que se viole o se quieran violar sus derechos.

Para resolver estos problemas hay que tener en cuenta cada uno de los elementos de la cuestión jurídica y considerarlos aisladamente, para ver a que Ley están sujetos y luego ver en la cuestión jurídica de que se trata, que elemento es el que se considera y la Ley aplicable a ese elemento será la

que gobierne toda la cuestión, pues los otros elementos vienen a ser accesorios, cumpliéndose el principio aquel de que lo accesorio sigue a lo principal. Sabida y estudiada la Ley propia que pertenece a ese elemento en el conflicto surgido, tenemos que esa es la Ley que se aplicará tanto al elemento de que se trata como al conflicto en conjunto y respecto de todas sus consecuencias.

El problema, se reduce, pues, a estudiar cuál es la Ley que gobierna los elementos de una cuestión jurídica de alcance internacional, y estudiado y resuelto este problema desaparece el caos, pues la Ley que gobierna ese elemento será la que se aplique al caso de un modo general, abarcando y aceptando todas las consecuencias.

Veamos cuál es el Juez competente. El conflicto puede referirse a la Ley sustantiva y desde este aspecto cabe que un Juez aplique una Ley extranjera.

Hemos dicho que se aplicará la Ley según el elemento de que se trate, así la Ley extranjera será la aplicable cuando se trate de la capacidad personal, pues esa Ley es la que determinó y estableció su capacidad, luego esa Ley se aplicará sin que sufra ningún menoscabo la soberanía. De un modo general podemos decir que la Ley extranjera debe ser respetada en todos los casos en que dicho Estado al cual pertenece esa Ley tiene derecho a legislar y porque es necesario y racional respetar los derechos adquiridos.



Dijimos que la Ley que regía a uno de los elementos de la cuestión jurídica, era la que se aplicaba al caso concreto, el cual debía ser gobernado por lo mismo, por una sola Ley. Dijimos también, que conocida la Ley a que está sujeto ese elemento, considerado en sí mismo y aisladamente, prescindiendo de los demás elementos, los cuales se subordinan al elemento que es objeto esencial del conflicto.

Ahora veamos qué criterio es el que rige respecto de Leyes penales sustantivas. Al efecto recordemos que las Leyes penales castigan la violación de los derechos y que tienen por objeto asegurarlos, determinando las penas con las cuales se ha de castigar esa infracción. Pero antes de todo débese

determinar cuáles hechos son los punibles. En esta materia se reduce a saber qué Ley es la aplicable, para saber entonces si hay un hecho punible, para luego ver quien será el Juez competente y qué Ley de procedimiento se aplicará.

Uno de los criterios y, en nuestro concepto, el más racional, es que la *Ley del lugar en donde se ha verificado el hecho es la aplicable*, pues la soberanía que impera en ese lugar, tuvo derecho para juzgar tales o cuales hechos, como punibles.

Sí se ha realizado uno de esos hechos punibles, se ha violado el orden social, violación que atañe directamente a la nación donde se ha verificado, pues altera la *tranquilidad jurídica*, el orden social, tanto del individuo que ha sido el actor, aunque de modo indirecto, tanto de la víctima del hecho punible; de todos modos hay una injuria y ataque a la tranquilidad social de los Estados comprometidos, y esto se produce porque todos ellos tienen por fin garantizar y asegurar los derechos de los asociados. Los Estados son, como si dijéramos, círculos concéntricos del orden y armonía social universal.

Para resolver estos problemas tenemos un principio: ver cuál es el orden social directamente atacado, es decir, ver en qué lugar se efectuó la violación, ya que cada Estado garantiza los derechos de todos, sean nacionales o extranjeros; viendo en que Estado se ha verificado el hecho punible, aplicaremos la Ley de ese Estado, ya que allí se ha despertado la alarma social, por la comisión del delito especial que se pesquisa.

La reclamación diplomática sólo cabe en casos de negación de administración de justicia o de injusticias notorias. La reclamación es la que se hace de Gobierno a Gobierno para que se aplique la Ley del lugar y se administre justicia en esa dirección, y así se garanticen los derechos del nacional del diplomático reclamante.

Hemos dicho que la Ley del lugar en donde se verificó el hecho es la aplicable, pero hay excepciones, las que tienen razón de ser por su naturaleza, y que, como toda excepción confirman la regla. Así, puede suceder, que aunque materialmente se haya verificado la violación, se hayan cometido hechos punibles en un lugar, la tranquilidad jurídica, el orden social sea alterado en diferente lugar, entonces se aplicará la Ley de dicho Estado, y el mismo será el que juzgue de dicha

infracción. Así, por ejemplo, si se prepara una revolución en otro Estado, o se falsifican monedas de otro, o títulos de crédito público.

Estudiemos ahora qué Leyes de procedimiento serán las aplicables, y según esto cuál es el Juez competente para conocer la causa, qué procedimiento o Ley procesal ha de observar el Juez competente y cuáles serán las pruebas aceptables.

Conocida la Ley que debe aplicarse en los casos de conflicto, ya porque la víctima sea o esté en un Estado, ya porque se ha perturbado directamente tal orden social, etc., veamos ahora el principio que debe regir respecto del procedimiento, es decir, cuál será el Juez competente cuando por circunstancias especiales se presentan conflictos de Leyes. Bajo este aspecto el primer problema que surge es respecto de la competencia del Juez y luego qué Ley procesal aplicará ese Juez competente. En lo civil suceden casos en que el Juez competente se ve obligado a aplicar la Ley de otro Estado, ya sea la sustantiva, ya la adjetiva.

En lo penal hemos dicho que respecto de la Ley sustantiva prevalece la del lugar del hecho, con raras excepciones; pero cuál será el Juez competente? y, podrá éste en algunos casos aplicar la Ley procesal de otro Estado, en materia penal?

Los elementos generadores del conflicto pueden ser los mismos que hemos visto, en refiriéndose a este aspecto. La competencia del Juez se deducirá atendiendo a la Ley del lugar cuyo orden es el directamente violado, es decir, el Juez competente según la Ley sustantiva que se va a aplicar.

Ese Juez es competente, se dice, porque es él quien debe aplicar el remedio en donde hay perturbación; el representante del poder público del lugar en donde se ha violado el orden, es el llamado a restablecerlo, de ahí su competencia.

En el Derecho Civil no sucede esto, porque se trata de violación de derechos individuales, no es violación del derecho público. Además, en materia penal hay una razón práctica. En el lugar en donde se verificó la infracción hay todos los elementos necesarios para investigar la verdad y comprobar el hecho, con todas sus circunstancias.

También se dice, en materia penal, el Juez competente no puede aplicar otra Ley de otro Estado, debe aplicarse toda la Ley procesal del lugar cuyo orden ha sido directamente violado.

Mas, a estos principios presentan algunos una dificultad, con la que quieren hacer desaparecer la eficacia de los principios admitidos por nosotros y le colocan como causa suficiente para impugnarlos. Y, así, dicen: si el delincuente no está en manos del Juez, la administración de justicia se vuelve nugatoria. Mas, dicen, como todos los Estados son afectados directa o indirectamente, debe buscarse un sistema más amplio, debiendo juzgarse por la Ley y por el Juez del lugar en que se capture al delincuente,

Mas, para obviar esta dificultad existe la institución llamada extradición y que, por lo visto, es justa, legítima y necesaria, ya que todos y cada uno de los Estados están interesados en la represión de los delitos.

La extradición es no sólo una necesidad, sino un deber y el Estado que la concede debe ver si el hecho punible por el que se persigue es de tal gravedad que hiere el sentimiento moral, y después de este juicio debe el Estado conceder la extradición solicitada.

De aquí que surgen como una necesidad los tratados internacionales sobre esta materia, para evitar así los inconvenientes que pueden presentarse en la práctica, en la calificación del hecho y además para saber el estado del juicio en que puede pedirse, es decir, en que momento cabe se solicite la extradición: si hay auto motivado o si es necesario que esté ya condenado, o si se ha evadido después de iniciado el juicio criminal; por todos estos problemas que se presentan es necesaria la reglamentación que se la obtiene por los tratados.

La extradición será aplicable en todo caso, sin atender a las circunstancias y condiciones personales del asilado? Así, si se ha refugiado en su respectiva nación, ésta deberá entregar a su nacional? Creemos que solamente debe tenerse en cuenta la nacionalidad de la Ley que se va a aplicar, es decir, no cabe que se los defienda y ampare a los nacionales que han violado leyes de otro Estado. Ese respeto y defensa a los nacionales, cabe cuando ellos están dentro del marco de la Ley, cuando no han violado el orden social.

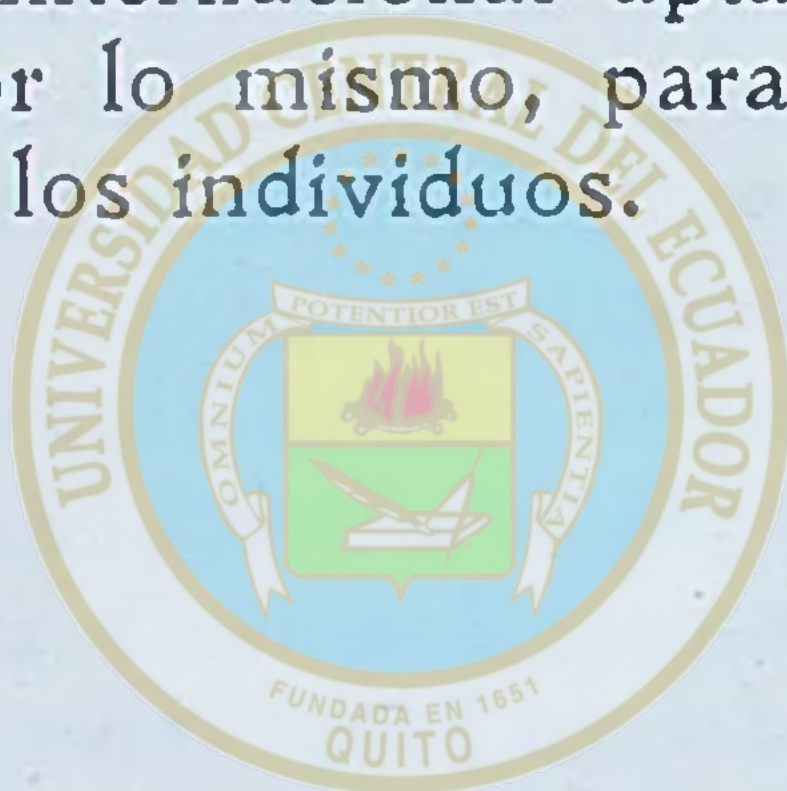
Si no se acepta la extradición en caso de haberse el delincuente asilado en nación propia, se vendría al absurdo de que se le juzgaría sin conocimiento, sin los medios de prueba suficientes, y podría darse el caso que se quiera juzgar infrac-

ciones que en el país del infractor no se les considera como tales, o se les considera de gravedad distinta.

En los tratados de extradición, para evitar estos inconvenientes, se determinan las infracciones por las que se puede pedir la extradición, y para respeto de ella y para estar de acuerdo con dichos tratados, se envía junto con la petición copia del auto motivado, de las pruebas, etc. Este pedimento se hace por medio de las respectivas Cancillerías.

En esta materia se ha progresado grandemente, hoy se solicita hasta la prisión preventiva, es decir, se solicita se hagan las diligencias en el país en que se encuentra el indiciado, que se habrían hecho en el lugar donde se ha realizado la infracción, y esto aún antes de haber auto motivado.

Todos estos aspectos que surgen, nos están manifestando que vive la comunidad internacional apta para la realización plena del derecho y, por lo mismo, para el desenvolvimiento y perfeccionamiento de los individuos.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

SEGUNDA PARTE

Análisis de las disposiciones legales

INTRODUCCIÓN

«*La criminalidad* viene progresando de manera alarmante en la República; y este fenómeno que ha preocupado intensamente a los Poderes Públicos y a la sociedad toda, depende en gran parte, de la ineptitud radical de nuestro sistema de procedimiento, refractario de los más elementales principios científicos y condenado al propio tiempo por los resultados de la experiencia». (1)

Tan sabia indicación del insigne maestro doctor Peñaherrera nos está demostrando, con claridad meridiana, que muy poco eficaces serían las reformas que recayesen en los detalles de esos rancios mecanismos, requiriéndose un cambio sustancial que ensaye nuevos sistemas y cambios fundamentales.

Sobre las reformas que ha menester nuestro Código Adjetivo en Materia Criminal no es nuevo ni poco lo que habría que decir. El Congreso, en cada una de sus reuniones anuales, hace algo por atenderlas. Y si no acaba nunca de satisfacer todas sus necesidades, es sin duda porque reformas de esta naturaleza no son para ser acabadas de una vez para siempre. Ellas tienen que seguir paso a paso el movimiento

(1) Peñaherrera.—Revista Forense, Tomo 1º.—Informe al Poder Legislativo, 1913.

progresivo social; corresponder a los nuevos aspectos de una civilización que madura, se robustece, se ensancha, endereza su dirección, a medida del relampaguear de la ciencia en el pensamiento humano.

«Una de las necesidades más graves y más intensamente sentidas en toda la República —dice Peñaherrera— es la de la reforma fundamental de nuestro procedimiento en materia penal.....» «Los puntos principales son de tanta significación y trascendencia, continúa, que no es posible tomar una resolución definitiva, sin contar con informaciones amplias de todos los centros forenses de la República, y aún de otros países cuyas circunstancias sean, por lo que respecta a esta materia, aproximadamente análogas a las nuestras». (1)

Cuando el doctor Peñaherrera elaboró su importantísimo estudio «Reformas del Procedimiento Criminal», el más grave problema era quizás el de unificación del sistema en orden a la apreciación de las pruebas, ya que para el juzgamiento de los crímenes, es decir, de los atentados más graves, primaba incondicionalmente el libre criterio judicial, en tanto que, para el de los simples delitos, se sometía la conciencia de los jueces a trabas y restricciones que embarazaban y volvían casi nugatoria la acción de ellos en la sociedad.....

Tal era el estado anómalo en que nos encontrábamos y en esta situación nos hemos conservado más de medio siglo.

En los pueblos que empiezan a vivir se explica que se ensayen a la vez ambas formas, ya que, mal pueden conocer a punto fijo el resultado que pudieran tener ciertas instituciones jurídicas, para que la experiencia indique a cual de las formas debe inclinarse definitivamente el legislador; pero como cosa normal y permanente aquella dualidad es inexplicable.

«El sistema del criterio legal —dice el doctor Peñaherrera— seguido por nuestro Código, con leves atenuaciones es, en mi concepto, contrario a los principios científicos y prácticamente inepto para la investigación de las infracciones.

«Ese sistema y el del criterio judicial, que hace tanto tiempo se han disputado el campo, así en la doctrina como en la legislación, coinciden en un punto fundamental, a saber, en que ambos se proponen aplicar a la apreciación de las prue-

(1) Peñaherrera.—Revista Forense, Tomo III, Nos. 12 y 14.—«Reformas del Procedimiento Criminal».

bas las reglas de la sana crítica; mas discrepan sustancialmente en la manera de realizar ese propósito; pues mientras el uno encarga aquella función al legislador, el otro la confía a la conciencia del Juez». (1)

Cuál sistema es más conveniente y más científico? El primero tiene el inconveniente de convertir en preceptos invariables ciertas reglas de crítica que, dependiendo de la concurrencia de diversas circunstancias, son por su naturaleza contingentes y variables, y por consiguiente, si se les da este carácter de permanencia y de invariabilidad, tenemos que se desnaturaliza y falsea esas mismas reglas de crítica que el legislador se propone aplicar.

Por otra parte, para los actos jurídicos de la vida civil, el interés individual está empeñado en asegurar desde el primer momento los medios de comprobación; en lo criminal ocurre todo lo contrario, el reo huye de las pruebas y de las miradas del Juez, y antes bien, trata de envolver en la obscuridad y el misterio el hecho punible y sus circunstancias.

«Por consiguiente, si para la aprobación de ese hecho, exigimos dos testigos presenciales, libres de toda tacha, la investigación judicial se convierte, como dice Bentham, en el arte de ignorar lo que todo el mundo sabe. En la convicción de todos está, a veces, que se ha cometido un delito, y que fulano es el autor; todos lo saben, menos el Juez, porque no presenciaron dos testigos, o por que, si por casualidad los hubo, el reo ha encontrado el modo de tachar legalmente a uno de ellos». (2)

Las reglas legales sobre idoneidad y tacha de los testigos sirven para volver a la justicia ciega y sorda y francamente imposible en la vida social.

El sistema del criterio judicial emplea las reglas de crítica como ellas son, con sus naturales y frecuentes excepciones, dependientes de las circunstancias de cada caso. Así, pues, podemos afirmar que el sistema del criterio judicial es el verdadero y científico, sin que esto signifique que tratemos de desconocer los inconvenientes y dificultades que presenta, y que ha originado el triunfo del criterio legal en ciertas épocas y en ciertos lugares.

(1) Peñaherrera.—Id.

(2) Peñaherrera.—Id.

El primero de estos inconvenientes es el peligro de la arbitrariedad de los jueces, que con la amplia facultad de conceder o negar mérito de prueba plena a los datos que resultan del proceso, quedan convertidos en dueños absolutos de la honra, de la libertad y de la vida misma de los individuos y esto se agrava más entre nosotros porque los jueces no siempre ofrecen suficiente garantía de ilustración y rectitud, además, adoptándose este sistema en toda su amplitud se ve en la necesidad de renunciar otras instituciones de gran importancia, como son la responsabilidad de los jueces, y las apelaciones, y esto se comprende claramente, ya que si los jueces han de apreciar el mérito de las pruebas según su íntima convicción, no cabe ni imaginarse que sean responsables de los errores en que puedan incurrir por esa apreciación. Igualmente no sería posible aceptar la institución de la apelación ante otros jueces, ya que sería imposible reproducir con fidelidad ante éstos todo el drama judicial que produjo aquella convicción íntima.

Ahora bien, veamos que opina el señor doctor Peñaherrera, respecto a la conveniencia de que todo asunto criminal o correccional sea juzgado por jueces irresponsables y por fallos inapelables: «Este problema gravísimo, tuvo por largo tiempo indeciso mi espíritu. Mas, teniendo en cuenta: 1º. Que era ya ineludible el decidírnos por algo, en el sentido de la unificación del sistema; 2º. Que nuestro rancio sistema de pruebas legales se manifestaba cada día más inepto para la administración de justicia y más ocasionado a los escándalos de la impunidad; 3º. Que el sistema del criterio judicial, a pesar de todos los errores apuntados, provenientes de la natural imperfección humana es el único que puede llenar esa necesidad; 4º. Que la adopción de ese sistema exige necesariamente la de los tribunales colegiados, porque en ninguna parte del mundo se ha confiado a jueces unitarios, la amplia libertad de criterio que dicho sistema establece; y, 5º. Que la institución de los tribunales colegiados permanentes para la primera instancia de los juicios, tropezaría entre nosotros con la gran dificultad de los fondos, no tanto porque nuestras rentas sean insuficientes, sino porque no estamos acostumbrados a gastar lo bastante en el Poder Judicial, me tomé el año de 1905 el permiso de insinuar, como profesor universitario, en una conferencia dedicada a mis alumnos, la idea de que se ensayase la siguiente forma de

juzgamiento en materia correccional: Que cerrado el sumario y puesta la causa en estado de plenario, el Juez de Letras sorteara dos abogados, de una lista formada por la Corte Superior respectiva o por la Suprema, y que, después de un juicio oral, como el que se practica ante los jurados, los tres jueces fallasen sobre el hecho y el derecho. Los conjuces sorteados debían ganar derechos, como asesores pagaderos de los fondos fiscales.

Si la experiencia da buenos resultados,—dije—podrá adoptarse esta misma organización para el juzgamiento de los crímenes, aumentando el número de los jueces o sin tal aumento, y renunciando para siempre el sistema de jurados, propiamente dicho. Si, por el contrario, los resultados son desfavorables, por abusos de la libertad de criterio, por la irresponsabilidad de los jueces o por otras causas, pensaremos en buscar la unificación por medio de alguna otra forma o combinación que pueda obviar en algún tanto esos inconvenientes». (1)

Fue presentado este estudio por el doctor Peñaherrera a la Academia de Abogados, con motivo de un proyecto del doctor Manuel Eduardo Escudero, el cual, en sustancia, reduce a lo siguiente: *el Juez de Letras, asociado de dos ciudadanos, designados por la suerte, falla sobre el hecho y el derecho, examinando la causa y apreciando las pruebas como los Jueces de hecho en el jurado.*

El Informe del doctor Peñaherrera y el Proyecto del doctor Escudero, concuerdan en cuanto al plan fundamental de armonizar nuestro procedimiento penal, sobre la base de la oralidad del juicio y la libertad de criterio para la apreciación de las pruebas; pero difieren en dos puntos: 1º. En que, según el doctor Peñaherrera, los dos conjuces, que forman el tribunal con el Juez de Letras, deben ser abogados; y, 2º. En que esa forma de procedimiento se refiere sólo a la materia correccional.

El doctor Peñaherrera discrepa en estos dos puntos del Proyecto presentado por el doctor Escudero, por las razones expuestas por el mismo en el indicado Informe y que son: En el primer punto, porque tratándose de fallar a la vez sobre el hecho y el derecho, es indispensable el conocimiento

(1) Peñaherrera.—id. id.

de la Ley; y en el procedimiento de jurados se ha observado que aún para las cuestiones de hecho, los abogados tienen mayor aptitud, tanto que, cuando por la suerte figura alguno de ellos entre los jurados, su opinión prevalece, determinando el veredicto.

Con respecto al segundo punto, cree el doctor Peñahe-rrera que, tratándose de un ensayo tan complejo, la prudencia aconseja entrar en la innovación gradualmente.

Por otra parte, existiendo la división de las infracciones, por razón de la gravedad, en tres (crímenes, delitos y contravenciones), el procedimiento debe admitir una división análoga, ya que en las infracciones leves debe prevalecer la condición de la celeridad, que hace necesaria la sencillez en los trámites, al paso que en las graves debe primar, ante todo, la prolijidad de la investigación, que supone mayores solemnidades y fórmulas.

Ortolán dice al respecto lo siguiente:

«Muchas razones de utilidad práctica se reúnen para hacer que los delitos se dividan en diversas categorías en consideración a su gravedad. La principal de esas razones es la de proporcionar el número y la composición de las jurisdicciones a las necesidades de una buena administración de la justicia penal. En efecto, a medida que los delitos son más leves, son también más numerosos, de donde la necesidad para juzgarlos de mayor número de tribunales que se aproximan más a los de justicia: los hechos a que ellos se refieren se olvidan más pronto, de donde la necesidad de unas actuaciones y de una solución más prontas; la penalidad es más ligera, por consiguiente el poder social confiado al juez es menos grande, y el interés del proceso de menor importancia, tanto para el acusado como para la sociedad, de donde la oportunidad de una organización más sencilla en el tribunal, de un procedimiento más sumario y menos dispendioso; mientras que a medida que los delitos, y por consiguiente las penas llegan a ser más graves, todas esas proporciones se vuelven a la inversa. Podemos, pues, tener por demostrado, que no solamente es útil sino hasta necesario el dividir los delitos en diversas categorías, según su gravedad, para proporcionar a esa gravedad de la pena, la organización de las jurisdicciones y el procedimiento; necesidad tanto más imperiosa, cuan-

to más extenso sea el territorio del Estado, y su población más numerosa». (1)

Estas opiniones del gran jurisconsulto Ortolán, justifican plenamente la posición del doctor Peñaherrera, respecto a la identificación del procedimiento para todas las infracciones. (2)

«En el procedimiento penal necesitamos reformas muy fundamentales, que pongan en armonía la legislación positiva con las modernas orientaciones y progresos de la ciencia penal y con las nuevas necesidades y circunstancias del país.

«El notorio aumento de la criminalidad depende, principalmente, de la ineptitud radical de nuestro sistema de procedimiento, refractario de los más obvios principios científicos, y condenado, a la vez, por los resultados de la experiencia». (3)

Todos comprenden que nuestro sistema de Procedimientos en Materia Penal requiere reformas fundamentales, y no puede ser de otro modo, puesto que esa rama de la legislación en ninguna parte del mundo permanece por mucho tiempo invariable y estacionaria. El Derecho Adjetivo refleja el carácter y circunstancias del país, su grado de desenvolvimiento y cultura, etc. y se modifican a medida que cambian esos elementos diversos.

Sin embargo, nuestro legislador que en el campo del Derecho Adjetivo Civil ha procurado ir al ritmo de las nuevas corrientes, en lo penal ha fijado muy poco su atención, y así hemos llegado al grado de no corresponder el sistema vigente a los fines de la institución.

«El progresivo, gradual e indefinido mejoramiento, es la ley constante de la humanidad. Los Códigos representan el grado de civilización de los pueblos. Los penales, especialmente, son la medida de la cultura intelectual y política de un Estado. Determinan el grado de civilización y educación. Las leyes estacionarias son retrógradas, y el retroceso no se ha señalado jamás en la evolución científica del género humano». (4)

(1) Cita de Peñaherrera: Informe.—1914.

(2) Véase la Revista Forense, Tomo III, Nos. 12 y 13. Pág. 19.

(3) Peñaherrera.—«Informe de la Academia de Abogados al P. Legislativo».

(4) Manduca.—«El Procedimiento Penal y su desarrollo científico».

«Los defectos prácticos más sustanciales de nuestro procedimiento son su lentitud desesperante y el formalismo exagerado, que complica el sistema procesal y atrasca y anula muchas veces la acción de los jueces y el ministerio público, dando por resultado, bien la escandalosa impunidad de los delincuentes, bien una aplicación tardía de la pena, con resultados ineficaces y aún contraproducentes, para los fines de la penalidad». (1)

Debe, pues, propenderse a simplificar el mecanismo de los juicios, en bien de la celeridad, sin olvidar la gráfica advertencia de un eminente magistrado italiano, de que la *justicia debe correr, pero no precipitarse*; y procurando, a la vez, adaptar las formas del procedimiento a las exigencias de la vida real, de modo que cada una de ellas tenga su razón de ser y sus efectos prácticos en la investigación de los hechos y la aplicación de la Ley.

Para emprender en reforma tan vasta y radical debe tenerse presente el estudio comparativo de otros Códigos, esto a pesar de que este recurso tan importante para la legislación es aplicable con mucha menos amplitud que en el campo sustantivo, ya que en lo adjetivo predominan de manera muy marcada los caracteres de la nacionalidad y las condiciones sociales, económicas y políticas de cada pueblo, por más que los principios científicos en que se basan sean generales e invariables.

De aquí se desprende la necesidad de no dejarse arrastrar por la teoría, sin atender a las necesidades especiales del medio ambiente en que han de obrar y desarrollarse las instituciones.

«Deben—dice Peñaherrera—ser las reformas el resultado no simplemente de estudios especulativos, sino de observaciones prácticas, y como en este terreno son casi todos los problemas tan complejos y de tan variados aspectos, nada hay que no pueda tener, por algún lado, inconvenientes más o menos apreciables; y lo que importa ante todo es el criterio comparativo de esos inconvenientes con las ventajas que se intenta obtener, en la inteligencia de que, como he observado otras veces, toda innovación, por razonable y oportuna

(1) Peñaherrera.—Estudio citado.

que sea, tropiezo, siquiera en los primeros momentos, con resistencias y dificultades que es indispensable arrostrar» (1)

La influencia social del sistema probatorio es, sin duda, más eficaz que la de las mismas leyes penales sustantivas. No intimida, no retrae tanto a los malhechores, el que las leyes señalen penas graves para los hechos criminales, como el saber que las penas, aunque no muy graves, se impondrán efectivamente. Un buen sistema de pruebas es, pues, la más eficaz garantía para los derechos y el orden, así como un sistema defectuoso puede servir de aliciente para los criminales, y puede también convertirse en instrumento de opresión y tiranía, en manos de jueces depravados. La justicia social, en una palabra, descansa sobre la base fundamental de la *prueba*. (2)

Una de las más graves anomalías que han afectado a nuestro sistema procesal penal, ha sido la diversidad e incoherencia de principios que lo han informado en sus distintas partes, sobre todo, en la materia de las pruebas; a salvar esta anomalía han tendido las reformas de 1919 y 1923; pues, para el juzgamiento de los crímenes, es decir, de los atentados más graves, el Juez tenía libertad de apreciación, en tanto que, para el juzgamiento de los simples delitos, sometíamos la conciencia del Juez a trabas y restricciones, que embarazaban y volvían casi nugatoria su acción en la sociedad.

Visto lo absurdo del sistema, por el cual un solo testigo presencial, con o sin tachas, y otro medio cualquiera de convicción bastaba para que pueda imponerse al acusado la más grave de las penas criminales, mas para castigarle por simple delito se necesitaban, por lo menos, dos testigos libres de toda tacha, el legislador expidió las reformas del 19 y 23, por la cual se da una más amplia libertad al criterio judicial en la apreciación de las pruebas, tendiendo a unificar nuestro sistema penal a este respecto.

Refiriéndose al capítulo de las pruebas en el Código de Enjuiciamientos Penales, manifiesta el doctor Peñaherrera, en el estudio citado, que está compuesto de reglas y disposiciones que no responden a ninguna razón doctrinal ni de conveniencia práctica. Hasta el lugar —dice— en que se encuentran

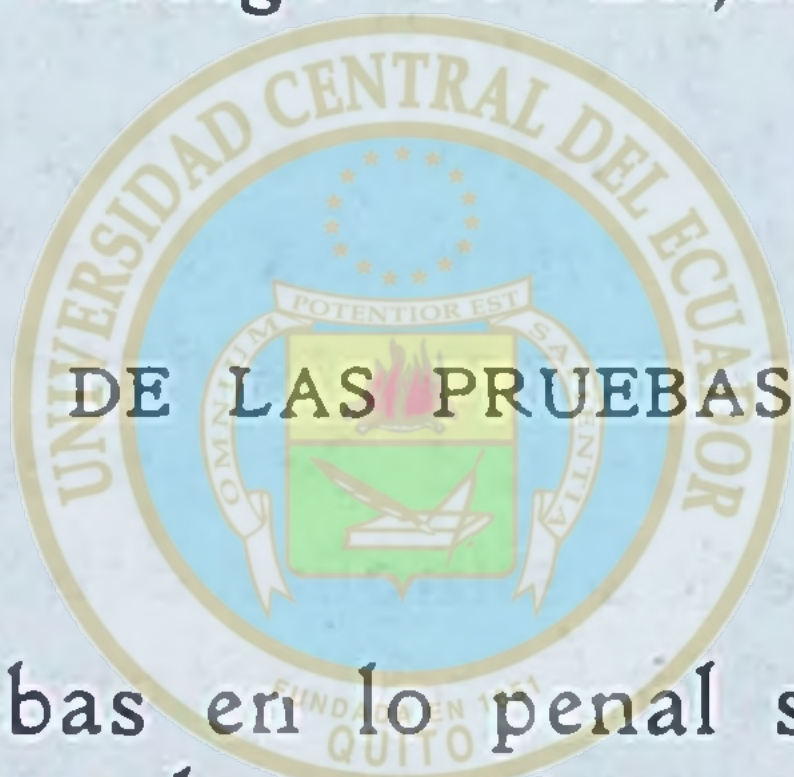
(1) Peñaherrera.—*id.*

(2) Peñaherrera.—«Reformas del Procedimiento Penal».

colocados o sea en el título 2º. que trata de las «Disposiciones comunes a todos los juicios criminales», demuestra la necesidad de emprender en una reforma radical, pues en varios de estos juicios, nada tienen que hacer las distinciones de pruebas plenas y medias pruebas (Art. 48) o semí-plenas, ni las tachas de testigos ni toda la jerga de tal capítulo.

Además, añade, como la unidad en el sistema es una positiva ventaja, ya desde el punto de vista puramente teórico o científico, ya del práctico, siempre que, dentro de la misma unidad general no se presente la verdadera necesidad de variaciones o distinciones, juzgo que lo más razonable sería eliminar el capítulo de las pruebas que tenemos en el Código, sustituyéndolo con pocas reglas y refiriéndose en lo demás al Código de Enjuiciamientos Civiles.

Propone el doctor Peñaherrera que quede así la Sección II del Título 2º. del Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal.



DE LAS PRUEBAS

Art.... Las pruebas en lo penal son las mismas que en lo civil, y se rigen por las propias reglas, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Art.... La confesión del indiciado o del agraviado no pueden tener lugar sino en la declaración indagatoria y la instructiva, cuya ampliación puede ser ordenada, a juicio del Juez, en cualquier estado de la causa.

Art.... (Este artículo propuesto por el doctor Peñaherrera está ya incorporado a nuestro Código por la reforma de 1923, en estos términos).

Art. 1º. El inciso 1º., de la Ley Reformativa de 1919, dirá: «En cuanto a la prueba testimonial, el Juez tomará cuidadosamente en cuenta las condiciones de idoneidad de los testigos, y apreciará el mérito de las declaraciones según las reglas de la sana crítica, sin estar sujeto a prescripciones fijas de número ni de calidad. Apreciará, del mismo modo, la confesión, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso».

Art.... De acuerdo con la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar con juramento ni con otros apremios en

asuntos que le acarreen responsabilidad penal, ni a prestar testimonio en contra de su consorte, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Art.... Para sentencia condenatoria requiérense pruebas que no dejen duda de la culpabilidad del sindicado.

Tal es la Reforma que el ilustre jurisconsulto doctor Peñaherrera presentó a consideración de la Academia de Abogados, habiendo sus sabias enseñanzas sido acatadas, siquiera en parte, por la Legislación, que ha incorporado ya a nuestro Código muchas de las reformas propuestas por el eminente Maestro Peñaherrera.

Y así es como, hoy, gracias a las reformas de nuestro Código, el señor doctor Luis Felipe Borja, no pudiera, con la misma razón y justicia escribir, lo que en 1901 escribió con hondo sentido crítico. Oigámosle:

«Como la legislación es el resultado de todas las circunstancias en que un pueblo se halla, nunca se perfecciona sino merced a las instituciones que garantizan los derechos civiles, sociales y políticos; a los hábitos de paz, orden y economía. De aquí que Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, que desde su emancipación han sido víctimas de los trastornos y revoluciones, de la anarquía y el despotismo, no han podido formar Códigos perfectos en cuanto a lo civil, mercantil y penal, ni conseguir que ellos conspiren a un mismo fin, cual un ser organizado, cuyos miembros den vida, actividad y movimiento».

«No podemos, pues, formar un cuadro hermoso de los Códigos ecuatorianos; y, respetando, ante todo la verdad, debemos decir que en esta parte nuestra República se halla, no en el siglo XX, sino a fines del siglo XVIII». (1)

Efectivamente, hasta la época en que el sabio jurisconsulto doctor Borja escribió lo arriba transcrito, nuestra Legislación estuvo en el primer período de su desarrollo, felizmente, hoy, va entrando con paso firme en el terreno científico, si bien es verdad, que aún tenemos un camino muy largo por recorrer para armonizar nuestra legislación con las nece-

(1) Luis Felipe Borja.—«La Legislación Ecuatoriana en 1901».

sidades actuales de la colectividad y con los más recientes adelantos de la ciencia procesal en Materia Criminal.

El espíritu humano, en la investigación de la verdad, puede abarcarle globalmente, en sus lineamientos generales, pero para penetrar en su esencia misma, para distinguir sus caracteres diferenciales, comprendidos en las diversas especies que el objeto de su estudio puede tener, requiere que a la síntesis intelectual suceda el análisis, para que la luz del género se difunda sobre las especies. El análisis es el que hace que la inteligencia, concretándose a cada una de las partes, perciba distintamente cada una con sus caracteres diferenciales, que le dan su fisonomía propia, para de su visión general elevarse a la visión compleja, armoniosamente clara y determinada, hasta lograr la formación adecuada de la síntesis final.

Alcanzándose la claridad y la determinación justa del objeto de una disciplina científica por medio del análisis, veamos de ensayarlo en esta parte de nuestro estudio.

Ahora, para proceder a esta operación, se puede estudiar la prueba en sus tres aspectos esenciales, o sea, la prueba puede considerarse en cuanto a su *contenido*, o en cuanto al *sujeto*, o en cuanto a la *forma* en que se presenta.

Considerando la prueba en cuanto al *objeto*, o si se quiere a su *contenido*, se ve que puede referirse la prueba tanto a la cosa que se quiere averiguar, cuanto a una distinta de la cual se infiere la primera y si nos referimos al juicio penal en particular, encontramos que puede referirse al *delito* o a una cosa *distinta del delito*, de la cual puede el Juez, en virtud del raciocinio, inferir el delito.

Según esto, la prueba se divide, con relación al *objeto*, en dos clases: 1ª. prueba directa, 2ª. prueba indirecta.

En cuanto al *sujeto*, de quien emana la prueba, se encuentran dos sujetos posibles, o una *persona* o una *cosa*, que se presentan como *factores* de la prueba ante el Juez sentenciador. Por tanto, se divide también la prueba, en cuanto al sujeto, en dos clases: 1ª. Prueba *personal*, o declaración o

testimonio de personas.—2ª. Prueba *real*, o testimonio de cosas.

Considerando la prueba con relación a la *forma*, se advierte, ante todo, que el *testimonio personal* puede revestir ante quienes se produce o la forma transitoria e inseparable de la persona; de la *oralidad* o una forma permanente que se separa de las personas y que se reduce a la forma *escrita*. El *testimonio real*, por su parte, o se presenta como contenido de una de las formas del testimonio personal, o se presenta en su forma original y *material* a la vista del Juez.

Con relación a la forma, la prueba se divide en tres clases: 1ª. la *prueba testifical* que es la atestación personal en la forma real o posible de la oralidad; 2ª. la *prueba documental* que es la atestación de persona por escrito; 3ª. la *prueba material* que es la atestación de cosas en la materialidad de sus formas directamente percibidas.

En suma, puede ser considerada la prueba, bajo tres aspectos igualmente esenciales: en cuanto al *objeto*, se divide en prueba *directa* e *indirecta*; en cuanto al sujeto, en prueba *personal* y *real*; en cuanto a la forma, en prueba *testifical*, *documental* y *material*.

Sentadas estas bases generales, pasemos a hacer el estudio analítico y crítico de la Sección Segunda del Título Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, objeto de este trabajo, y veamos si su contenido guarda armonía con los principios científicos y con las condiciones sociales de nuestro país.

Trataremos de hacer el estudio de cada disposición legal, haciendo ligeras referencias a la jurisprudencia y algunos comentarios, que creamos del caso, para la más acertada comprensión de nuestras disposiciones legales en materia de Pruebas.

TITULO SEGUNDO

Sección Segunda del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal.

DE LAS PRUEBAS

El Art. 47 no establece nuevas pruebas para lo penal; hace una mera clasificación de las mismas: observaciones a este respecto. Paralelo con el Código Civil y el de Enjuiciamientos Cíviles.

«Art. 47.—Las pruebas en materia criminal son materiales, testimoniales, instrumentales, orales y conjeturales».

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

La *prueba* es el segundo período de todo juicio. El proceso, en Materia Criminal, principia por una sospecha de que existe una infracción y algunas veces de que ha sido ejecutada por alguna persona.

El objeto del juicio es convertir esta sospecha en certeza, lo que se consigue por medio de la prueba, la que tiene gran importancia y con la cual se consigue el fin mismo de la justicia penal: absolución del inocente o condena del culpable.

Sabemos que el juicio es un verdadero sílogismo: la mayor la ley, la menor el hecho y la conclusión la certeza; lo que hay que comprobar es la menor, es decir, el hecho. Así decimos, que prueba es la demostración legal de la verdad de los hechos, y también el medio idóneo que se emplea conforme a la ley para que conozca el Juez la verdad de los hechos.

Respecto a este capítulo, hay íntimo contacto entre lo civil y lo penal: se procura el Juez por medios idóneos la certeza. Pero hay también diferencias: en lo civil, desde el primer momento están definidos los hechos de la prueba, agotadas sus circunstancias por medio de la demanda y la contestación. En lo penal, lo que se conoce es que se ha realizado una infracción, sin conocer sus circunstancias. La prueba investiga una infracción con todas sus modalidades y circunstancias. Lo mismo que con respecto a las personas: en lo civil, desde el principio se determinan cuáles son las que intervienen; en lo penal, en el auto cabeza de proceso, se sigue el juicio contra varias personas sospechosas, para averiguar, por medio de la prueba, cual es la verdadera culpable.

Las pruebas, desde el punto de vista del fin especial inmediato a que tienden, se dividen particularmente en cuatro clases:

- 1ª. Prueba de incriminación;
- 2ª. » » disculpa;
- 3ª. » » corroborantes; y
- 4ª. » » informantes.

Estas cuatro clases, además, desde el punto de vista del fin superior, inmediato o próximo a que tienden en el juicio penal, se agrupan en dos categorías.

1ª. Pruebas de la *delincuencia*, que comprenden, de un lado, las de *incriminación*, que tienen por fin inmediato la *delincuencia*; y de otro, las *corroborantes* de la *delincuencia* y las *informantes* de la *inocencia*, encaminadas a hacer triunfar el *acerto de la delincuencia*.

2ª. Pruebas de *inocencia* que, de un lado, comprenden las de *disculpa*, que tratan de demostrar la *inocencia* y, de otro lado, las *corroborantes* de la *inocencia* y las *informantes* de la *acusación*, encaminadas a hacer triunfar el *acerto de la inocencia*.

Cuando las *pruebas corroborantes* van a fortificar la credibilidad dudosa de una *prueba de incriminación*, requiere, para que tenga eficacia judicial, que sean de certeza, es decir, que no dejen duda acerca de lo creíble de la prueba de *incriminación*. Por el contrario, las *pruebas corroborantes* cuando van a fortificar la creencia vacilante de una *prueba de disculpa*, aunque no sea de certeza, pueden tener siempre su eficacia en el juicio penal; basta frente a la hipótesis de

la no credibilidad, acreditar la hipótesis de lo creíble de una prueba de disculpa, para que ésta pueda tener en su caso un valor judicial siendo, como es, suficiente la simple duda para justificar la afirmación de la inocencia.

En cuanto a las *pruebas informantes*, si están llamadas a debilitar la fé de una *prueba de incriminación*, no es preciso que sean de certeza, basta provocar la duda acerca de la credibilidad de las pruebas de incriminación para que éstas no puedan ser base legítima de condena. Si las *pruebas informantes* se encaminan a debilitar la fé de una *de disculpa*, es preciso que sean de certeza; no basta la simple duda para quitar todo valor a esta prueba.

Pasemos al estudio de las disposiciones legales, una vez que hemos señalado ya algunos puntos que creíamos del caso señalar como orientación doctrinaria a nuestro análisis.

Nuestros Códigos sustantivos y adjetivos no contienen definición alguna de la prueba y, en esto, se hallan de acuerdo con el axioma de legislación de que las leyes no deben contener definiciones, ya por la dificultad de dar una precisa, ya también porque los Códigos no son tratados didácticos sino cuerpos que contienen normas y reglas jurídicas.

De suerte que, el Código de Enjuiciamientos Penales, pasando por alto la definición de las pruebas, da una división sin ningún fundamento científico, en el Art. 47.

El Código de Enjuiciamiento Civil en la Sección VII del Libro Segundo, dice simplemente, DE LAS PRUEBAS; el de Enjuiciamiento Penal, en la Sección II del Título II pone el mismo título, y, finalmente, el Código Civil en el Título XXI del Libro IV, dice: DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES. Cabe hacerse respecto de los Títulos de esas Secciones una ligera crítica. La prueba es sustantivo: significa el instrumento público, la declaración del testigo, el acto de la inspección judicial, esto es, cosas realizadas, consumadas ya, y lo que en nuestro Código consta enumerado son los medios de prueba; los diversos modos de que pueden valerse las partes litigantes para llegar a adquirir la prueba material y efectiva.

Podrán las mismas pruebas utilizarse en Materia Civil y en la Penal?

La contestación no debe ser absoluta, sino que hay que empezar por hacer distinciones de acuerdo con cada categoría de cada prueba, estableciendo su relación con los derechos violados, en lo civil, y los hechos realizados u omitidos en lo penal, lo cual veremos el momento que consideremos cada prueba en particular.

Previamente recordemos, siquiera sintéticamente, ciertos conceptos que ya tratamos de estudiar en la parte doctrinal de este trabajo.

«Las pruebas son los elementos que producen el efecto de demostrar la verdad de un hecho. Son los medios o elementos de convicción, aptos, según derecho, para acreditar los hechos controvertidos». (1)

Por las pruebas se averigua la verdad, que en lo penal interesa sobre manera a la sociedad, ya que se trata de reparar el orden social violado y defender a la sociedad de la comisión de nuevos delitos.

En lo penal la misión de la prueba es sobremanera interesante ya que se trata de averiguar una verdad, que podríamos llamarla objetiva, real, que se relaciona con la verdad moral, puesto que se trata del interés social que hace irrenunciable. Hemos manifestado también, que en lo penal, es la sociedad la que se halla frente al delincuente, correspondiéndole, por lo mismo, al Juez, como su representante, perseguir la verdad, tratando de investigar en todos los frentes, tanto en lo favorable como en lo adverso. Debiendo, naturalmente, probar el que innova, ya que todo crimen o delito se presume malicioso mientras no se pruebe lo contrario.

Manifestamos ya, que nuestro Código no da definición alguna de las pruebas, y que solamente hace una división de ellas sin fundamento científico alguno. Veamos:

«Art. 47.—Las pruebas en materia criminal son materiales, testimoniales, instrumentales, orales y conjeturales».

Los expositores—y en especial Bentham—dividen las pruebas en directas e indirectas; personales, reales y preconstituídas.

(1) Rafael Almeida Borja.—«Reformas al Código de Procedimientos Penal del Congreso de 1922».

Directas son las que se refieren al hecho que se quiere demostrar de una manera inmediata. *Indirectas* las que recaen sobre un hecho del que se deduce el principal: siendo estas pruebas indirectas, las que sirven de base para indicios o presunciones más o menos rebatibles por otras pruebas, según el enlace lógico y las relaciones entre los hechos y los diferentes momentos de ellos.

Personales, son las suministradas por el testimonio de un ente humano. *Reales*, las que se deducen del estado de la naturaleza misma de las cosas.

Preconstituídas, son las arregladas con antelación a un litigio, para el evento de tener dificultades entre las partes.

En esta materia a los Códigos sustantivos corresponde determinar la fuerza y los efectos de toda prueba; y a los adjetivos toca sólo prescribir el mecanismo, la norma, o sean las formalidades mediante las cuales se ha de producir la prueba para que surtan los efectos que los Códigos sustantivos los hayan señalado. Sin embargo, nuestra legislación positiva ha confundido lastimosamente las atribuciones de las dos clases de Códigos; y así vemos que los de Enjuiciamientos tratan de la fuerza probatoria de las distintas pruebas.

El artículo que estudiamos no establece nuevas pruebas para lo penal, hace simplemente una mera clasificación de las mismas.

Efectivamente, encontramos en el Código de Enjuiciamiento Civil, en el Art. 151 esta misma clasificación, pues dice: «Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, confesión de parte, inspección judicial y presunciones o indicios», por lo que se ve que la clasificación es la misma que la otra optada en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal.

Al enumerar la Ley, una a una las pruebas que las partes pueden presentar, propónese sustituir a la mudable y antojadiza voluntad del hombre, la firme y razonada del legislador, el cual determina de donde debe tomar el Juez los elementos de la certeza.

Las pruebas por excelencia son la confesión, la inspección ocular y los instrumentos públicos o privados.

La confesión, porque es una ley moral que el hombre no declare contra sí mismo, sino cuando un hecho es verdadero.

La inspección ocular, porque los sentidos son uno de los mejores criterios de verdad.

La prueba instrumental, hija de la previsión, manifiesta que las partes se propusieron hacer constar que habían creado, modificando o extinguiendo una obligación, y que no querían quedar sujetos a la infiel memoria de una de las mismas, ni menos a la ignorancia o inmoralidad de los testigos.

«Si la prueba no es otra cosa que los medios determinados por la ley para demostrar la verdad de un hecho, debe haber una resolución necesaria deducida de las Leyes del mundo físico o del mundo moral».

«Así, por ejemplo, la inspección ocular, la más sencilla y concluyente de las pruebas, no es sino una deducción de la ley, según la cual, cuando los sentidos están sanos y se emplean sin preocupación, son un criterio segurísimo de verdad. El Juez afirma que vio un hecho, presúmese que no tiene interés alguno en engañar, y como se halla en pleno ejercicio de sus sentidos y facultades intelectuales, síguese que efectivamente vió los objetos materia del litigio». (1)

La prueba de testigos y especialmente la conjetural tiene en lo penal un campo de aplicación mucho más amplio que en lo civil y son llamadas a resolver problemas más intrincados y difíciles por el vivísimo empeño que el delincuente y su círculo ponen casi siempre en ocultar y desfigurar los hechos y desorientar al Juez en su investigación. En lo civil, por el contrario, los interesados procuran al tiempo de realizar los hechos de que se originan sus derechos y obligaciones, dejar constancia de ello y darles la conveniente solemnidad o publicidad, para facilitar la comprobación en el caso de una contienda judicial. Además, en los litigios civiles prevalece por lo general, la importancia de las cuestiones de derecho sobre las de hecho.

Mas, si por estas razones, existen diferencias entre la función que la prueba desempeña en las dos materias, los medios mismos probatorios no son ni pueden ser distintos. El Código Civil los enuncia en el Art. 1.688; y el de Enjuiciamientos Civiles repite esta enumeración casi en los mismos términos, en el 151; el de Enjuiciamientos en Materia Criminal no instituye otras pruebas diversas pero hace de las mismas ciertas agrupaciones o clasificaciones que no tienen razón

(1) Luis Felipe Borja.—Manifiesto ante la Corte Suprema.

científica ni son necesarias para el procedimiento penal, como ya habíamos dicho.

Tengamos presente la valiosa indicación que hace el doctor Manuel R. Balarezo, cuando dice: «Al estudiar la prueba de un delito, es imprescindible considerar las condiciones de un sujeto, sea que arguyan predisposición, sea que vuelvan inverosímil un delito, o que no denuncien nada de esto. Así, la conducta y más antecedentes que evidencian al sujeto con relación a la clase de actos de que se trata, no sólo constituyen argumento principal, sino factor necesario: si se examinan y comparan entre sí, en busca de la verdad, las pruebas de una ratería, por ejemplo, de nada servirían la riqueza, la posición social, la honradez habitual, los hábitos pundonorosos, etc., del acusado». (1)

REFERENCIAS: El Art. 47 tiene relación con los Arts. 50, 51, 57, 59 y 60 del Código de Enjuiciamiento Penal y con el 151 del Código de Enjuiciamiento Civil.



*Los Arts. 48 y 49 tratan sólo de las pruebas de cargo.—
Observación sobre la división y las definiciones.—
Reglas para aplicar las pruebas imperfectas.—Paralelo con el Código de Procedimiento Civil.*

«Art. 48.—La prueba es perfecta, plena o completa cuando demuestra de un modo positivo ser imposible que el acusado sea inocente; y es imperfecta o semi plena cuando no excluye la posibilidad de la inocencia del acusado».

«Art. 49.—La prueba perfecta o plena es suficiente para condenar; y en las imperfectas son necesarias tantas, cuantas basten para hacer una perfecta; de modo que, si por cada una de ellas es posible que uno no sea delincuente, por su reunión en un mismo sujeto, es imposible que deje de serlo».

(1) Manuel R. Balarezo.—Alegato de 1ª. Instancia en la causa contra el señor Alejandro Durán.

Los Arts. 48 y 49, refiérense sólo a las pruebas de cargo, no a las de descargo.

Los Arts. 48 y 144 del Código de Enjuiciamientos Civiles traen una división generalísima que clasifica las pruebas en plenas y semiplenas. Estas denominaciones no las creo muy adecuadas ni precisas para expresar la valorización de las pruebas, porque parece indicar que en las primeras hay una verdad entera o completa y en las segundas sólo media verdad.

Escríche dice: «La prueba es de dos maneras, a saber, plena y semiplena. Prueba *plena*, que también puede llamarse completa o perfecta, es la que manifiesta, sin dejar duda alguna la verdad del hecho controvertido, instruyendo suficientemente al Juez para que en virtud de ella pueda dar sentencia condenatoria o absolutoria. Prueba *semiplena*, que igualmente puede llamarse *incompleta* o *imperfecta*, es la que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él; y por consiguiente no instruye al Juez en términos de poder dar sentencia».

Y continúa: «Es perfecta, plena y completa la que demuestra de un modo positivo ser imposible que el acusado sea inocente; y es imperfecta o semiplena la que no excluye la posibilidad de la inocencia del acusado. La primera es suficiente para condenar; y de las segundas son necesarias cuantas basten para hacer una perfecta, de modo que si por cada una de ellas es posible que uno no sea reo, por su reunión en un mismo sujeto sea imposible que deje de serlo. Además, las pruebas imperfectas de que el procesado puede justificarse, y no lo hace debiendo hacerlo, se convierten en perfectas. Según una ley de Partidas, la prueba en pleito criminal debe darse por testigos, instrumentos o confesión del acusado y no por solas sospechas; pues ha de ser tan clara como la luz, de modo que no admita duda alguna, y será cosa más santa absolver al culpado contra quien no aparezca prueba cierta que dar sentencia contra el inocente por indicios de alguna sospecha que le resuite». (1)

Los indicios pueden ser falaces, la experiencia nos enseña que efectivamente lo han sido muchas veces los que parecían más fuertes y verosímiles; las semiplenas implican

(1) Escriche.—Obra citada.

contradicción, porque no hay medias verdades, ni puede ser una cosa medio cierta y medio falsa. Además, las sospechas que pueden resultar contra un acusado, ¿no quedan bastante purgadas por la larga duración y los horrores de la prisión, con los sustos, la inquietud, las lágrimas y quizás la ruína de su triste familia, con ese formidable escuadrón de vejaciones y tormentos que se le hace sufrir hasta la terminación del proceso? (1)

Siendo esta denominación de plenas y semiplenas no adecuada ni precisa para explicar la valorización de las pruebas, deberían decirse con más corrección perfectas e imperfectas. La ley dice que las plenas son las que no dejan lugar a duda y las semiplenas las que dejan lugar a duda. Pero si la duda es aquel estado del espíritu en el que no se sabe de que lado inclinarse, o sea es un estado eminentemente subjetivo, hemos de convenir en que hay muchos casos en que las pruebas plenas según derecho, pueden dejar duda en la conciencia del Juez, como puede resultar asimismo que una prueba semiplena, aunque ineficaz en derecho, no deje duda alguna en la conciencia del Juez. De modo que, en último término se debería decir, con más precisión, que son plenas las pruebas que la ley considera tales, dándoles la más amplia y completa fuerza probatoria en juicio, y semiplenas las que la misma ley estima tales dándoles una pequeña fuerza probatoria que no es amplia ni completa en juicio.

En lo penal tiene mayor importancia la prueba semiplena, pues que en la mayor parte de los casos el Juez tiene que dar su sentencia por el solo mérito de las pruebas semiplenas y de las presunciones. La Ley interesada en que no queden sin castigo los delincuentes, así lo ha estatuido, habida cuenta de que ellos procuran y consiguen no pocas veces, hacer desaparecer las pruebas que de manera irrefragable los condenaría:

Escríche señala las cuatro siguientes especies de prueba plena o completa: 1ª. la confesión de parte hecha en juicio; 2ª. la declaración de dos o más testigos contestes; 3ª. las escrituras u otros documentos públicos; y 4ª. la evidencia o inspección ocular del Juez. Y como especies más conocidas de semiplenas las siguientes: 1ª. la deposición de un solo testi-

(1) Escríche.—Obra citada.

go; 2ª. la confesión extrajudicial; 3ª. el cotejo de letras; 4ª. la fama pública por sí sola sin el apoyo de testigos idóneos; 5ª. el juramento supletorio; y 6ª. las presunciones. Y anota que el juramento decisorio suele contarse también entre las pruebas, pero, dice, más bien es transacción que modo de justificar una cosa.

En las causas criminales no bastan las pruebas semíplenas, sino que es preciso haya una total certidumbre para condenar al acusado, en razón del grave detrimento que irrogan al hombre las leyes penales.

Las disposiciones de nuestras leyes reputan como principales pruebas plenas en Materia Civil: los instrumentos públicos (Art. 1.690 del Código Civil y 153 del Código Adjetivo); los instrumentos privados en los casos estatuidos por el Art. 202 del mismo Código, en concordancia con el Art. 1.692 del Código Civil; la declaración uniforme de dos testigos idóneos, en los casos en que la ley no exige otra prueba o mayor número de testigos (Art. 215 del Id. id.); las presunciones de derecho porque no admiten prueba en contrario; las legales que no han sido desvanecidas; las judiciales que son graves, precisas y concordantes (Art. 314 del Código Adjetivo, con sus reformas a los Arts. 42 y 1.702 del sustantivo); la confesión de parte presentada en debida forma (Art. 1.703), el juramento decisorio (Arts. 288 y 289 del Adjetivo Civil); y la inspección judicial en los casos determinados por el propio Código.

Se estiman como pruebas semíplenas en la misma materia: la declaración de un testigo idóneo, aunque sea presencial (Art. 259 del Código de Enjuiciamientos), las declaraciones de menos de cuatro testigos por referencia, o no presenciales, que sean idóneos y conformes en sus dichos (Art. 258 del Id. id.); las presunciones legales que no han sido desvanecidas completamente o que lo han sido en parte; las presunciones judiciales que no reúnen las condiciones de ser claras, precisas y concordantes; el juramento supletorio por la facilidad que para apreciarlo se concede al Juez (Arts. 146, 302 y 315 del Id. id.); el cotejo de letra y firma (Art. 213 del Id. id.); las confesiones hechas ante Juez competente y las extrajudiciales (Arts. 284 y 286 del de Enjuiciamiento); el principio de prueba por escrito (Art. 1.701 del Código Civil); las pruebas que no han sido debidamente actuadas degeneran también en semíplenas, porque sólo establecen presunciones (Arts. 147 y

315 del Código de Procedimientos), y, en general, podemos decir que son semiplenas todas las pruebas que la ley no las considera como plenas (Arts. 146, 259 y 315 del mismo Código).

Señalemos ligeramente las pruebas a que la ley penal da el valor de plenas y a las que da el de semiplenas. Son plenas: la testimonial con los requisitos indicados en el Art. 51, inciso 2º., del Código de Enjuiciamientos Criminales y 53 del mismo, en tratándose de infracciones que pueden repetirse muchas veces; los instrumentos públicos y los privados que se otorgan antes de cometida la infracción, siempre que estén reconocidos (Art. 57 del mismo Código); la confesión del reo con los requisitos puntualizados en el Art. 59 del Id. id. y la honradez y buena fe en el caso estatuido en el Art. 75.

Son semiplenas las declaraciones de un sólo testigo que de razón de su dicho (Art. 51, inciso 3º.); las declaraciones de testigos que discordaren esencialmente en cuanto a la persona, al hecho, al lugar o al tiempo, según el criterio del Juez, (Art. 52); la comparación o cotejo de letras o firma del acusado (Art. 58); y la prueba congetural (Art. 60).

REFERENCIAS: El Art. 48 tiene relación con el Art. 144 del Código de Enjuiciamiento Civil.

JURISPRUDENCIA: Véase la resolución transcrita en el Art. 59.—(Gaceta Judicial, serie 1ª, No. 59).

REFERENCIAS: El Art. 49 tiene relación con el Art. 148 del Código de Enjuiciamiento Civil.

JURISPRUDENCIA: Véase la resolución transcrita en el Art. 60.—(Gaceta Judicial, serie 3ª., No. 62).



Concepto e importancia de la prueba material.—Confusión de ideas que produce el Art. 50.

«Art. 50.—La prueba material puede consistir en el mismo cuerpo del delito, en sus vestigios, o en los instrumentos con que se cometió».

La prueba material consiste en el elemento material de la cosa que presentándose a la directa percepción del Juez, le sirve de prueba.

El primer criterio que determina la prueba material es la falta de conciencia de lo material por la persona que produce, o sea lo inconsciente de la prueba material.

Pero también debe tenerse en cuenta este segundo criterio para determinar cuándo la material manifestación del pensamiento personal debe tenerse por prueba material. El elemento material revelador del ánimo será prueba material cuando *no esté destinado a hacer fé de la verdad de los hechos en él afirmados*.

De aquí que, tomando estos elementos, podremos completar la noción diciendo que «es prueba material todo lo material que, bajo este aspecto, se presenta a la directa percepción del juez y le sirve de prueba, cuando lo material no obstante ser producido por la persona, sea inconscientemente producido, o si fuese producido conscientemente, no esté destinado a hacer fé de la verdad de los hechos con ello afirmados».

«Tal es la noción que responde a la naturaleza íntima de la prueba material, y que nos da las diferencias intrínsecas, por las cuales se distingue del testimonio y del documento». (1)

Hablando de la superioridad que la prueba material tiene sobre la testimonial y la documental, Framarino manifiesta que: «En caso de *prueba testimonial* y documental, el sentido del juez no percibe la exterioridad de lo que está probado directamente por semejantes pruebas, esto es, la del elemento criminoso o del hecho indicante, sino que percibe tan sólo la *exterioridad de la prueba*, esto es, la voz o el escrito que afirman el elemento criminoso: en cambio, en la prueba material el sentido del juez percibe directamente la *exterioridad de lo que está probado*, por el testimonio o por el documento». (2)

El fundamento del crédito en la prueba materia está en la *presunción de la verdad de las cosas*.

(1) Nicolás Framarino.—«Lógica de las Pruebas en Materia Criminal».

(2) Framarino.—Obra citada.

La prueba material es de dos especies: transitoria y permanente. *La transitoria* la percibe el juez directamente en sus formas materiales, ya que tienen vida precisamente en el juicio; perteneciendo a esta especie todos los recogidos en la manera como el acusado se conduce: palidez, temblor, turbación a la vista del cuerpo del delito, etc. *La permanente* es la cosa que funciona como prueba, y en cuanto funciona como tal, y aún cuando las modificaciones que a causa del delito ha sufrido o a hecho sufrir, se hayan producido fuera del juicio, sin embargo se presenta como modificada y como modificante, por la permanencia de la cosa probatoria, el aspecto permanente de su forma a la directa percepción del juez.

«La prueba material puede consistir en el mismo *cuerpo del delito*.....», reza el Art. que estudiamos. ¿Qué es el cuerpo del delito? Propiamente hablando, el cuerpo del delito no puede significar más que todo aquello que representa la natural manifestación y la aparición física del delito, de donde se desprende que no todo lo material constituye cuerpo del delito; sino sólo lo que está inmediatamente ligado a la consumación criminal.

Ahora bien, este cuerpo del delito puede delinearse tanto en hechos transitorios como en hechos permanentes; mas, teniendo en cuenta lo que llamaríamos cuerpo transitorio del delito, no tiene importancia especial, y, al tomarlo en cuenta sólo produciría confusiones. La ciencia y la práctica no se refieren, al hablar del cuerpo del delito, sino al permanente.

Aún cuando no nos corresponde estudiar en este trabajo lo relativo al *cuerpo del delito* séanos, sin embargo, permitido señalar sintéticamente las varias especies en que el cuerpo del delito puede concretarse.

Tales especies son cuatro:

«1ª. *El evento* material permanente en que objetivamente se concreta la consumación del delito»; la moneda falsa, el cadáver, el escrito injurioso, en los delitos respectivos.

«2ª. *Las huellas eventuales y permanentes del delito, que sin constituir elemento criminoso, son consecuencia inmediata, aunque simplemente ocasional, de la consumación del delito y del delito consumado*»; las huellas que quedan en la consumación del delito: huellas de pasos en un robo, prendas del vestido del reo, dejadas en el sitio de la consumación del delito.

«3ª. *Los hechos materiales permanentes que encarnan la prosecución del evento criminoso; prosecución criminoso que consiste en mantener vivos los efectos del delito ya consumado*»: la cosa robada en el hurto y en el robo.

«Estas tres especies son nacidas de la consideración de los efectos inmediatos del delito y a las cuales debemos añadir una más que constituye cuerpo del delito como medio.

«4ª. *Es medio constitutivo del cuerpo del delito, toda materialidad permanente y criminoso que inmediata y efectivamente ha servido para la consumación del delito*». (1)

Nuestro Código, en el Art. 71 decía: «Cuerpo del delito es la existencia real o presunta de un hecho criminal: es la base y el fundamento del juicio criminal; y sin estar suficientemente comprobado, no podrá continuar el proceso».

El análisis de esta disposición, que tan calurosas campañas ha despertado, no está comprendido dentro de los límites de este trabajo; bástenos decir que la Reforma de 1923, en su Art. 4º., al definir «Cuerpo del delito es el hecho que se presume legalmente punible; y su comprobación, la base del juicio criminal», dió un gran paso y armonizó con los adelantos modernos de la ciencia criminal; pues, la prueba material no es necesaria para la averiguación de una especie dada del cuerpo del delito, sin que esto quiera decir que afirmemos la inutilidad de tal forma de prueba, lo que queremos decir es que no teniendo en un caso dado la prueba material, debe considerarse suficiente la prueba del testimonio ordinario; lo cual no quita que siempre que se trate de una averiguación importante para el juicio, y sea posible la prueba material, que es prueba más perfecta, deba exigirse, no contentándose con la menos perfecta. O, en otros términos, no cabe dispensar al juez de tal prueba y autorizarlo para confiarse de los testimonios ordinarios, sino cuando se expli-

(1) Framarino.—Obra citada.

que la desaparición del cuerpo del delito que debería probarse, regla que puede formularse así: *siempre que no se explique la desaparición y la consiguiente imposibilidad de una prueba mayor*, ya que, en este caso, exigir prueba material sería absurdo, bastando los simples testimonios ordinarios para legitimar una adecuada certidumbre.

«La frase forense *cuerpo del delito* nunca significó más que la existencia de rastros materiales que manifestaban el efecto de un hecho prohibido. Es el testimonio de los sentidos, la uña que delata al ladrón». (1)

La infracción, dice M. Garraud, supone un acto externo: los pensamientos, las resoluciones, la confesión misma no se hallan bajo el imperio de la ley penal. Sólo los actos físicos son materia de ella: ellos sólo constituyen la infracción, o sea el cuerpo del delito, con prescindencia de los elementos internos o morales que le hayan producido.

Muchos autores, al tratar del sistema de comprobación sucesiva en el proceso, han llegado a convenir en que, en el frasear alusivo a la especialidad de las pruebas, no hace falta la frase consagrada, *cuerpo del delito*. Varios Códigos la han abandonado ya. Y así quizás se logre evadir la objeción, fundada o no, de que carece dicha frase de elasticidad suficiente para comprender infracciones monstruosas. En esta forma se ha logrado desembarazarse de fórmulas tradicionales y exigentes y atenerse libre y sencillamente a que la base, o primera solemnidad sustancial de un proceso, ha de consistir en la probanza plena de que se ha perpetuado un hecho punible; para, en consecuencia, darse a proceder contra quien está atrayéndose sobre sí presunciones de autor y de responsable.

El Art. 50 señala el cuerpo del delito como tipo de la prueba *material*, idéntico a los vestigios e instrumentos.

En las pruebas, en lo penal, el Juez no hace sino investigar y debe poner todo su celo en tomar todos los datos necesarios; en el sumario, no acusa ni fiscaliza, sólo investiga. En lo civil hay sólo un momento especial en que el Juez investiga e inquiere por su cuenta; en lo demás, el Juez se contenta con las pruebas que se le presentan.

(1) Alejandro Cárdenas.—«Cuerpo del Delito».

Y si por cuerpo del delito se ha de entender el hecho que se presume legalmente punible, y si es ese hecho lo primero que deba comprobarse, cómo se ha de decir que la prueba material puede consistir en el propio cuerpo del delito, o lo que es lo mismo, que el hecho que se averigua es la prueba del mismo hecho?

He allí, los inconvenientes que trae consigo el uso en los Códigos de la frase consagrada, razón por la cual el eminente jurisconsulto doctor Alejandro Cárdenas, en el estudio citado, aconseja se suprima de la terminología legal.

Pero, débese tener en cuenta que, si bien cuerpo del delito es el mismo hecho punible, este hecho tiene partes y una de esas partes es el cuerpo de la víctima; por ejemplo, se toma la parte por el todo, para no afirmar un absurdo, como como sería decir que el hecho (cuerpo del delito) es prueba del hecho punible.

El artículo que estudiamos explica en qué consiste la prueba material y, según esta disposición, el hecho cuya existencia se debe probar en el sumario como base para que pueda declararse que ha lugar a formación de causa, es el elemento material del delito; el cuerpo en sentido figurado puede ser la prueba material del mismo. Quizá este artículo es el primer antecedente para llegar en el Art. 71, que ya vimos, al concepto vulgarísimo de que el cuerpo del delito ha de consistir, únicamente, en el caso de un homicidio, por ejemplo, en el cadáver de la víctima. Artículo que con muchísima razón ha sido fuertemente combatido hasta haber sido reformado por el Art. 4º. de la Reformatoría de 1923 que ya transcribimos.

No había razón para que el Código de Enjuiciamientos Penales se apartase del tecnicismo usado por el de Enjuiciamientos Civiles y del Código Civil, la razón está en la diferente procedencia de nuestro Código Penal que es tomado —este Título— del Peruano.

Confunde nuestra Ley, el cuerpo del delito con la prueba material. No señala el valor probatorio de la prueba material—y no es necesario—como en las otras pruebas; pues varía según el convencimiento que en el Juez se produce.

Hagamos algunas anotaciones al problema importantísimo de la inspección del Juez en lo penal. La inspección judicial es, a no dudarlo, una de las pruebas más importantes que hay en derecho, y pudiera decirse que casi no es una

se adelantaría mucho en la pesquisa de los crímenes. Dejar al arbitrio esa función no es acertado, pues no siempre es llenada con oportunidad; y por eso se pierden datos preciosos que conocidos a tiempo, adelantarian muchísimo el conocimiento de la verdad.

La prueba pericial está comprendida en la inspección (Medicina Legal). Cuando para la apreciación de las cuestiones de hecho se necesitan conocimientos especiales en ciencias, artes e industrias extrañas al derecho, es preciso que el Juez sea auxiliado por peritos que le presenten claros y perceptibles los hechos que no alcanza a comprender por sí mismo, por falta de conocimientos especiales. Así lo ordena de un modo general el Art. 69 del Código de Enjuiciamientos Civiles. Esto a pesar de que el Juez accidentalmente sea también conocedor de esa ciencia, arte o industria. Los conocimientos propios le servirán al Juez para apreciar con mejor criterio las opiniones y conclusiones de los peritos, mas no para dejar de nombrarlos.

Nace de aquí la intervención del médico en calidad de perito, cada vez que son necesarios sus conocimientos para la apreciación de un hecho sometido a su juicio. Si se trata de reconocer una herida o averiguar el estado mental de una persona que se excusa de una responsabilidad invocando su falta de razón, o de probar la existencia de una lesión o enfermedad que incapacite al sujeto para el desempeño de un cargo o de cualquier otra cuestión análoga, aún en el caso de ser médico, el Juez nombrará perito para la práctica del reconocimiento.

El perito no es simple testigo poseedor de conocimientos especiales como algunos lo creen, y lo dice expresamente Gaspar, en su importante tratado de Medicina Legal. Las diferencias son muchas y fundamentales. Los testigos valiéndose de los recuerdos se limitan a declarar los hechos pasados que percibieron con los sentidos y conservan en la memoria; los peritos, aplicando las reglas del arte o los principios científicos, forman juicios o deducciones sobre los hechos que están a la vista, como cuando se les pregunta si es curable una herida y en cuánto tiempo; si un niño, cuyo cadáver se les presenta, ha nacido vivo o muerto; o que sin tenerlos, ni haberlos conocido antes, constan dichos hechos del proceso; v. gr., cuando deben decir si el acto, tal cual consta de autos, debió dejar estas señales o producir aquellos efectos.

Además, el perito emite su juicio sobre hipótesis o suposiciones cuyo esclarecimiento le interesa al Juez, como éstos: si se hubiera empleado tal medio homicida, la víctima habría podido gritar?; el herido pudo haber corrido o empleado tales medios de defensa? El perito puede hacer constar la existencia o calidad de ciertos hechos para cuya estimación se requieren conocimientos especiales de su profesión, como cuando declara si existe o no veneno en un cadáver o en una herida.

De esta distinción fundamental fluyen importantes consideraciones. Al testigo, simple relator de lo que observó con sus sentidos, no se lo exigen motivos ni raciocinio; lo contrario pasa con los peritos. Al testigo se le pide la declaración inmediata y no se le da plazo para estudiarla; lo contrario pasa con los peritos, en la generalidad de los casos. El Art. 75 del Código de Enjuiciamientos Civiles ordena la exposición de los motivos en los informes; del plazo trata el Art. 79 de este Código y el de Enjuiciamientos Criminales en el Art. 72 y el 5º. de la reformatoria del 23.

Los testigos declaran de uno en uno; los peritos deben practicar de consuno sus operaciones, e informar colectivamente, a menos que discordaren en opiniones. Los testigos no pueden escogerse, ni ser otros que aquellos que presenciaron el hecho cuyo relato se les exige; los peritos pueden elegirse y se eligen libremente entre todos los que profesan la misma ciencia, arte o industria.

Terminemos este estudio citando la autoridad de Bonnier: «Si no se atiende sino a las razones que inducen a dar crédito a los peritos, esto es a personas llamadas a informar sobre ciertos hechos que requieren conocimientos especiales, debería semejarse la prueba de peritos a la de testigos, porque ambas se fundan en una inducción originada en las leyes de la naturaleza moral, en la fe al testimonio de nuestros semejantes. Pero si nos fijamos en la aplicación judicial, en la especie de hechos a que se refiere esta prueba, se verá que ella es enteramente distinta de la testimonial. *Medice nonsunt propue testes*, escribía Corduchi, en 1397 en su *Methodus testificandi; sed et magis judecum cuan testimonium*.

La prueba testimonial conduce a resucitar, por decirlo así, lo pasado; los peritos no informan ordinariamente sino en cuanto a los hechos actuales, cuyos elementos presentan tales como son. En virtud de la naturaleza misma de las cosas el número de testigos es limitado y no pueden ser

reemplazados unos por otros; los peritos son elegidos después de ejecutados los hechos para desempeñar funciones en que sirven de instrumento al Juez, instrumento que puede cambiarse por otro. En efecto, como no se puede reproducir *ad libitum* los hechos preguntados a los testigos, no puede aceptarse en parte y rechazarse en parte su declaración, y es menester aceptarla tal como es o rechazarla, a menos que se atenga el Juez a simples conjeturas. Los *peritos*, al contrario, *no son sino una lente que aumenta el tamaño de los objetos*, y el Juez que lo usa debe examinar si las imágenes que le presenta son bien claras. Los peritos, a decir verdad, son auxiliares del tribunal, por eso vemos que nuestras leyes comprenden la prueba de peritos en la inspección ocular y a nadie se le ha ocurrido tal cosa en cuanto a la prueba testimonial. (1)

Terminemos haciendo algunos apuntes sobre la atestación de las cosas.

«El testimonio y el documento, formas de la atestación personal, pueden ser pruebas originales y no originales según que se refieran respecto de un hecho, las percepciones del mismo que testifica por este o el dicho de otro». (2)

La atestación de las cosas no puede presentarse sino como prueba original, de donde se colige que no puede existir una prueba real no original.

La prueba real original se manifiesta por la producción de la materialidad de la cosa, por lo que puede designarse con el nombre de *prueba material* en atención a que su fundamento está en lo *material* que es lo que directamente podemos percibir. Esta prueba material, como todas las demás, puede en cuanto a su contenido, desde el punto de vista del delito, ser directa —el cadáver, por ejemplo— o indirecta v. gr., el objeto que al matador se le hubiese caído en el lugar del suceso criminoso.

REFERENCIAS: El Art. 50 tiene relación con el Art. 71 del Código de Enjuiciamientos Penales.

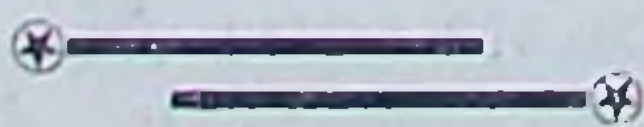
JURISPRUDENCIA: Consta que N. N. fue sepultado antes de que se hiciera el reconocimiento del cadáver, por lo que para la comprobación del cuerpo del delito, tenía que proce-

(1) Bonnier.—Tomo 1º. Nº. 3.

(2) Framarino.—Obra citada.

derse en la forma determinada en el Art. 74 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, como así se hizo, habiéndose procedido a la exhumación e identidad; y si bien en el informe pericial no se determinan las causas probables o evidentes de la muerte, lo que no podía determinarse dado el tiempo transcurrido, de más de dos años, entre el entierro y la exhumación, ésto no obsta para que se haya comprobado legalmente el cuerpo del delito, ya que éste consiste en la parte material de la infracción, en la prueba material del mismo, como lo reconoce el propio Código en el artículo 50; y, en este caso, el cadáver identificado después de la exhumación, es lo que da existencia presunta al hecho punible, ya que la causa de la muerte puede determinarse por otros medios probatorios, y no solo por el informe pericial; pues, lo contrario, sería dar a éste un alcance legal que no tiene; sería poner al Juez en la obligación de aceptar, en todo caso, el dicho de los peritos que llegarían a tener el carácter de jueces y no simplemente el de auxiliares del juez que es el que únicamente tienen. (G. J. S. 4ª. N.º. 99)

COMENTARIO: «Dos cuestiones importantes se deciden en esta resolución: a) el concepto del cuerpo del delito, y b) el valor del informe pericial. En cuanto al primero, es evidente la certeza de la resolución al decir que el cuerpo del delito consiste en la parte material de la infracción, y así en el homicidio es el cadáver lo que lo constituye, y por esto es más aceptable la definición dada en la L. R. de 1923. «Cuerpo del delito es el hecho que se presume legalmente punible», antes que la definición del Art. 71. En lo que respecta al segundo, se acepta la doctrina científica de que los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos ni aún en materia criminal, siguiendo la regla consignada en el Art. 82 del C. de E. C.: «No es obligación del juez el atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos». (1)



(1) Francisco Pérez Borja.—«Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal».

Prueba testimonial.—Requisitos legales para la prueba testimonial: Constancia del cuerpo del delito.—Número, presencia, idoneidad, conformidad.—Arts. 51, 52, 55 y 56.—Paralelo con el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil.

«Art. 51.—Las declaraciones de los testigos constituyen la prueba testimonial.

Para que esta prueba sea plena, se requiere que haya cuerpo del delito y, por lo menos, dos testigos presenciales, libres de tachas y conformes en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar.

La declaración de un sólo testigo es prueba semiplena, si el testigo da razón de su dicho. Si no lo da, o hace una cita que no puede evacuarse, se reputa presunción. Cuando no está debidamente comprobado el cuerpo del delito en las infracciones que dejan señales, la prueba testimonial no tendrá valor alguno».

«Art. 52.—Las declaraciones de los testigos que discordaren esencialmente en cuanto a la persona, al hecho, al lugar o el tiempo, las apreciará el Juez como indicio, presunción, o semiplena prueba, según su prudente juicio.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

La discordia de los testigos no altera la plenitud de la prueba testimonial, cuando se refiere únicamente a las circunstancias accidentales de la persona, el hecho, el lugar o el tiempo».

«Art. 55.—A los testigos inhábiles se les recibirá su declaración siempre que convenga como medio de inquirir la verdad».

«Art. 56.—A los testigos inhábiles por falta de probidad podrá admitírselos como testigos oculares o de oídas:

1º. En las infracciones cometidas dentro de las prisiones, o en otros sitios donde no se puedan encontrar testigos de distinta calidad; y

2º. En las infracciones que los cómplices cometieren, unos contra otros, o contra personas distintas, al tiempo de

confabularse, o de perpetrar la infracción de que todos se hallaren acusados». (1)

Prueba testimonial.—Nuestro Código de Enjuiciamientos Civiles no define la prueba testimonial; el Art. 215, que trata de esta materia, solamente dá la medida de la prueba expresando cuando es plena. El Art. 51 del Código de Enjuiciamientos Penales dice: «Las declaraciones de los testigos constituyen la prueba testimonial». Este Art. no define; hace una simple mención que sirve sin embargo para hacernos saber en que consiste esta nueva clase de pruebas, que vamos a estudiar. Escriche la define en la forma siguiente: «Prueba testimonial.—La que se hace con testigos idóneos y dignos de fé, o la que resulta de la declaración de personas presentes al hecho que se trata de averiguar o aclarar». (2)

Es deficiente esta definición, pero ya da una idea más clara de lo en que consiste esta clase de prueba.

El doctor Pedro Fermín Cevallos se expresa así: «La segunda especie de pruebas es la de testigos o testimonial, esto es, la que resulta de las declaraciones de personas presentes al hecho que se trata de averiguar o esclarecer». (3)

El fundamento de esta prueba es la inclinación del hombre a decir la verdad. La suposición más natural, y por consiguiente la más racional, debe ser que el hombre asegura lo que es cierto: este es el que llamamos testimonio humano, y eso es también lo normal. Lo anormal es que falsee la verdad; que mienta.

Es incuestionable que se necesita un fondo moral bien formado para que el hombre se conserve en el fiel de la verdad. Con frecuencia, por motivos a veces sin importancia, altera la verdad; mucho más lo hará cuando de esa verdad

(1) El doctor Francisco Pérez Borja, en su Libro «Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal», trae la siguiente nota: «La palabra cómplice en este artículo debe entenderse en un sentido genérico y no en el del Art. 13 del Código Penal».

(2) Escriche.—Obra citada.

(3) Pedro Fermín Cevallos.—«Instituciones de Derecho Práctico».

se hallen pendientes asuntos de gran importancia confiados a su testimonio y que el declarante tenga empeño en sacarlos triunfantes o viciados.

«Pero es evidente que el hombre tiene una propensión instintiva a la verdad; que la altere por conveniencias o condescendencias reprochables, no quiere decir que en el hombre normal, bien educado, con sentimientos efectivos de moralidad no sea la verdad la que presida todas sus acciones, siendo además un timbre de dignidad y hombría de bien». (1)

«En la naturaleza humana —dice Peñaherrera— está la naturaleza del testimonio, y si es razonable rodearla de las mejores precauciones, lo es también no ir al extremo de anularla por completo». (2)

«La prueba testimonial —dice Merlin— sería la más simple y perfecta de todas las pruebas, si los hombres fueren incapaces de engañarse y de traicionar la verdad. Los actos, por auténticos que sean, no forman sino un testimonio mudo, no pueden dar ningún esclarecimiento sobre circunstancias que serían importantes profundizar; los testigos, al contrario, pueden esclarecer una multitud de cosas». (3)

El principio «escritos vencen testigos», significa que en colisión con la prueba escrita no es admisible la testimonial, es decir que prevalece la prueba escrita, y esto porque en el testimonio hay el peligro de que se falsee la verdad.

Sin embargo conviene no exagerar los temores de la prueba de testigos. Muchos elementos, muchas consideraciones impiden el abolirla: el sentimiento de justicia, que rara vez falta, la conciencia humana, el respeto social y el concepto de la honra; al tenor de las severas penas del perjurio, etc. no permiten temer fundadamente que la prueba testimonial sea tan peligrosa que quepa el abolirla. El doctor Balarezo para evitar muchos de los inconvenientes de la prueba testimonial en cuanto a la fragilidad de la memoria humana, advierte que «no debe mediar mucho tiempo entre el momento de la infracción y el en el que se inició el procedimiento, a fin de que si han desaparecido las huellas o señales no acon-

(1) Manuel María Terán.—«La prueba en lo civil y en lo penal».

(2) Peñaherrera.—«Revista Forense», acta N°. 27 de la Academia de Abogados, abril 27 de 1933.

(3) Merlin.—«Preuve».

tesca lo mismo con los otros datos importantes, que a raíz del suceso es más fácil recoger para comprobar aún la pre-existencia de esas huellas y la razón de haberlas al comenzar la investigación, puesto que el grado de certeza que tenga la prueba supletoria debe buscarse en relación con los antecedentes y circunstancias de lugar y tiempo que rodean a la escena y cuando está aún vivo el recuerdo de ella, en los testigos que la presenciaron, de modo que las declaraciones de éstos tengan la fuerza suficiente para llevar al ánimo del Juez el convencimiento acerca de la verdad del hecho que se investiga; lo que no sucedería cuando por haber transcurrido mucho tiempo los dichos de esos testigos no merezcan fe, corriendo aún el riesgo de que mediante disposiciones forjadas ad-hoc se simulen crímenes que nunca se cometieron». (1)

Escríche advierte que no debe acordarse la confianza de la prueba de testigos, «de esta prueba tan peligrosa y terrible como antigua y necesaria», sino a personas que por ningún título lo desmerezcan. (2)

Brenes Córdoba parece sostener la opinión contraria en el siguiente párrafo: «A pesar de todo cuanto se diga en contra de ese medio de comprobación, su importancia es extraordinaria, puesto que se necesita recurrir a ella con harta frecuencia porque, fuera de la contratación mayor, multitud de hechos productores de resultados jurídicos, que a cada momento se producen, no tienen otra manera de ser comprobados que el testimonio de las personas que lo presenciaron. Además, si bien es cierto que en perjuicio de esa prueba suelen influir el error, la mala fe y la flaqueza de la memoria; en general es digna de aprecio porque responde bien al ingénito sentimiento de probidad que le induce de una parte a decir la verdad y de otra a dar crédito a la palabra de sus semejantes». (3)

En la Enciclopedia Hispano - Americana se encuentra un concepto parecido: «La prueba testimonial no desaparecerá nunca como han desaparecido las pruebas vulgares (de la antigüedad), porque tiene un valor real, porque es un medio

(1) Manuel R. Balarezo.—Acta N°. 28 de mayo 11 de 1920, de las sesiones de la Academia de Abogados. («Revista Forense»).

(2) Escríche.—Obra citada.

(3) Brenes Córdoba.—«Tratado de las Obligaciones».

natural de acreditar los hechos; pero, aunque su valor intrínseco haya de ser constante, su importancia relativa, su extensión, está en relación directa y contraria con el grado de ilustración de los pueblos, de tal modo que ella decrece en la misma proporción que esta aumenta».

Sal y Miño hablando del testigo dice: «La capacidad consiste en que no tengan prohibición legal para hacerlo», y el doctor Cevallos expresa así su opinión: «Esta prueba a no dudarlo sería la más sencilla y perfecta, si pudiera suponerse que los hombres son incapaces de engañarse y de apartarse de la verdadera justicia. Largos siglos de experiencia, diariamente repetida y confirmada, nos enseñan por desgracia, la facilidad con que los hombres caen en el error, y hasta se prestan a la mentira y a la impostura; y por esto miramos con desconfianza su testimonio...». (1)

En el Derecho Romano no se desconfió de los testigos, pero se consideró muy natural que, en habiendo una prueba escrita, se la prefiera, y que los testigos no podían destruir lo consignado en aquella. Desde el siglo XV se ha procurado limitar el testimonio de testigos. En Francia sólo se lo admite para cuestiones de valor de cierta cuantía (150 francos). Regla tan general no podría aplicarse; de ahí que los jurisconsultos franceses creyeran distinguir los actos materiales, de los jurídicos, y admitir para los primeros, sin restricción, la prueba de testigos, y para los segundos hasta el valor de 150 francos.

Pero ésto refiérese a la prueba testimonial en materia Civil, pues en Materia Penal, ya hemos dicho, que la testimonial es la principal.

Veamos nuestras disposiciones legales al respecto. El Art. 1.691 del Código Civil dice: «La falta de instrumento público no podrá suplirse por otra prueba.....»

El 1.698: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido consignarse por escrito», y

(1) Pedro Fermín Cevallos.—Obra citada.

luego: «Deberán constar por escrito, los actos y contratos que contienen la promesa o entrega de una cosa que valga más de ciento sesenta sucres», se ve pues la diferencia.—El inciso 2º. del 1.699: «No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere.....».

Esta regla de nuestro Código reproduce la disposición contenida en el Art. 1.341 del Código Italiano.

En lo criminal no se hace esta restricción a la prueba de testigos, por cuanto son cuestiones de hechos materiales antijurídicos. Sin embargo, hay casos en que son mejores las otras pruebas que la de testigos; por ejemplo: si uno, siendo casado, y no habiendo enviudado o divorciándose, vuelve a casarse tendremos que las pruebas más valiosas serán las partidas de matrimonio.

El caso de que trata el Art. 191 del Código de Enjuiciamientos Civiles parece que contiene una disposición en abierta pugna con la doctrina que hemos sostenido, puesto que autoriza la prueba testimonial para manifestar que no ha podido celebrarse el instrumento público, y, en caso de que cinco testigos conformes declaren sobre este particular, tiene que dejar sin valor dicho instrumento.

Sin embargo, analizando con prolijidad se ve que no contiene la declaración de estos testigos otra cosa que la testificación de un hecho material, apreciable por los sentidos.

El Art. 51 exige para que la prueba de testigos sea plena que haya por lo menos dos testigos presenciales, libres de tacha, etc. En este punto hállanse disconformes los autores, pues para unos la prueba de un solo testigo, digamos la declaración puede ser tan completa, tan imparcial, tan libre de toda vacilación que puede producir en el espíritu más escrupuloso la convicción más fuerte y más profunda. Mas otros, como Pothier, opinan de modo completamente contrario, pues afirman que aunque dos testigos basten para constituir la prueba de un hecho, sin embargo como la parte que ha sido admitida no está segura de lo que declaran los testigos puede hacer que se oigan hasta diez sobre un mismo hecho.....

«El testimonio es la afirmación de una persona y puede ser de distintas clases:

1º.—*Por razón de la persona:* será declaración si proviene de aquella a quien perjudica; juramento si de la persona a quien favorece, y si es de un tercero distinto —indiferente— es declaración testimonial».

2º. *Por razón de la forma:* tenemos el testimonio preconstituido, preparado de antemano para que sirva como tal y que puede constituir instrumentos públicos y privados». (1)

Las razones por las cuales se cree en el testimonio de los demás las expone Almeida en la siguiente forma:

«Ya hemos visto el fundamento del testimonio en general: es el mismo respecto del de los testigos; su admisibilidad, su valor probatorio dependerá de un sinnúmero de circunstancias muchas veces esencialmente subjetivas. La idoneidad, la imparcialidad, son cualidades susceptibles de tantos grados, como varía la educación, la inteligencia y el carácter de cada persona. Ellas forman los matices de la personalidad, y no pueden sujetarse a normas rígidas e invariables». (2)

La prueba testimonial sujeta a las reglas de la sana crítica, o mejor dicho de la lógica jurídica, se halla sujeta a esos principios que varían según las circunstancias del hecho que se va a probar: el menor, el ebrio, el pariente, etc. es de suponer que no apreciarán los hechos de una infracción de la misma manera que una persona normal e independiente que no tenga interés alguno en el asunto. La aplicación de estas reglas de la crítica cuando son hechas por el legislador con anticipación dan lugar al denominado *sistema legal* o *criterio legal*. La apreciación de estas mismas reglas por el Juez, en cada caso concreto, con elasticidad capaz de corresponder armónicamente a las circunstancias varias que rodean a cada caso particular, da lugar al *sistema judicial* o *criterio judicial*. A priori nos inclinamos al criterio judicial ya que el criterio legal al hacer invariables e inflexibles las reglas de la sana crítica, que por su naturaleza son relativas, falsea y desvirtúa estas mismas reglas.

Anotemos de paso que el Art. 51 al decir «Las declaraciones de los testigos constituyen la prueba testimonial» y el Art. 59 «La prueba oral consiste en la confesión del reo»,

(1) Almeida.—Obra citada.

(2) Almeida.—Obra citada.

etc. dan a entender que son dos pruebas distintas el testimonio del testigo y el testimonio del reo, pero no son distintas por la persona de quien proviene ni por la forma en que se recibe cada una: con juramento la primera y sin esta solemnidad la segunda. Son distintas, según la ley, porque el testimonio del reo es oral como si no lo fuera también oral el de los testigos.

Tenemos en el Código de Procedimientos en Materia Criminal los Arts. 49 y 51, ya transcritos, que juntamente con la enorme lista de tachas que encontramos en el Código de Enjuiciamientos Civiles en sus Arts. 222 y 224, y todas las demás reglas aplicables respecto a la idoneidad de los testigos, como lo prescribe el Art. 54 del de Procedimientos Penales, no han hecho sino dificultar la investigación de la verdad.

El Art. 222 del Código de Enjuiciamientos Civiles, dice: «Por falta de probidad no son testigos idóneos:

1º. Los de mala conducta notoria o abandonados a los vicios:

2º. Los enjuiciados criminalmente por infracción que merezca pena corporal, desde que se dicte el auto motivado hasta la sentencia absolutoria, o hasta que hayan cumplido la condena:

3º. Los condenados por falsedad o falsificación, robo, perjurio, soborno o cohecho, aún cuando hubieren cumplido la condena:

4º. Los deudores fraudulentos:

5º. Los notoriamente vagos:

6º. Los mendigos:

7º. Las meretrices; y

8º. Los rufianes.

El Art. 224 del mismo Código trae la siguiente disposición:

«Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos:

1º. Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquellos:

2º. Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad:

3º. El compadre por el compadre, el padrino por el ahijado o viceversa:

4º. El marido por la mujer, o la mujer por el marido:

5º. El interesado en la causa o en otra semejante:

6º. El criado, dependiente o paniaguado, por el amo o la persona de quien dependa o le alimente:

7º. El enemigo capital o el enemigo (1) íntimo de cualquiera de las partes:

8º. El abogado o procurador por su parte o cliente, o viceversa:

9º. El tutor o curador por su pupilo o menor; y

10. El donante por el donatario ni éste por aquél.

Pero como los delincuentes al cometer un crimen buscan la soledad y las sombras de la noche y esto a medida que hay mayor perversidad se toman mayores precauciones para no ser vistos de nadie y para que desaparezcan las más insignificantes huellas del crimen a fin de evitar que el Juez llegue al conocimiento de la verdad, tenemos que con este sistema se lo ha atado al Juez y se le ha vendado los ojos para la administración de justicia, viniendo a ser ésta, como dice Bentham, el *arte de ignorar lo que todo el mundo sabe*.

En vista de esto se han dictado las Reformas de 1919 y 1923 que estudiaremos en el lugar correspondiente.

Debemos manifestar que la prueba testimonial tiene mayor importancia en lo penal que en lo civil, pues tiene valor de prueba plena en las condiciones puntualizadas en el Art. 51. En tanto que en lo civil (Art. 1.701 del Código Civil) tratándose de la entrega o promesa que valga más de CIENTO SESENTA SUCRES no es admisible la prueba de testigos mientras no haya un principio de prueba por escrito. En lo penal tiene tanta mayor importancia desde que por la Reforma de 1923 ha sufrido tan sustancial modificación la *Sección Segunda, del Título Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal*, ya que puede suceder que la prueba de testigos, por sí sola, tuviera aptitud para servir de fundamento a una absolución o a una condenación. Esto se afirma teniendo en cuenta la reforma de este Código en cuanto al modo de apreciar la prueba testimonial (Art. 1º. de la Ley Reformatoria de 1923). Por tanto resulta evidente—por la sola lectura del artículo indicado—que el Juez, dentro de una severidad discrecional muy elevada, tiene amplia libertad en

(1) La edición de 1917 del Código de Enjuiciamiento Civil, dice: del «enemigo íntimo», debe leerse del *amigo íntimo*.

la apreciación del mérito probatorio de las declaraciones de testigos.

Refiriéndose a esta prueba, Rafael Fernández Concha, dice: «En las causas criminales, cuya trascendencia es mayor que la de los juicios civiles, es de necesidad absoluta aceptar la prueba testimonial; si ésta no bastara los delitos quedarían impunes puesto que los autores no dejan de ello constancia por escrito». (1)

Sabemos ya, que prueba testimonial es: «*La que se hace con testigos idóneos y dignos de fé, o la que resulta de la declaración de personas presentes al hecho que se trata de averiguar o aclarar*». «Esta sería, dice Escriche, la más sencilla y perfecta de todas las pruebas si pudiera suponerse que todos los hombres son incapaces de engañarse y de apartarse de la verdad y la justicia; pero como una triste experiencia nos enseña la facilidad con que los hombres caen en el error y aún se entregan a la mentira y a la impostura no ha podido menos de mirarse con desconfianza su testimonio, y por eso no lo han admitido los legisladores sino con ciertas restricciones y cautelas que hagan más segura y menos peligrosa esta prueba. Ella es sin embargo la más antigua de todas; su uso ha sido y es general en todos los pueblos y no puede menos de considerarse como necesaria en todos aquellos casos en que no es posible descubrir la verdad por otro camino». (2)

Para que sea prueba plena se requieren *dos testigos presenciales, libres de tacha*.....; más, no se crea, dice Escriche, que esta es una prueba incontestable: dos hombres igualmente preocupados se engañan con frecuencia y se imaginan haber visto lo que realmente no han visto, principalmente si el espíritu de partido o el entusiasmo de religión les fascina los ojos: dos testigos hicieron condenar a Sirven y Langlade, que eran inocentes: dos testigos presenciaron el asesinato de la Privardiere; un testigo oyó los últimos gemidos de la víctima que expiraba, muchos vieron la ropa teñida con su sangre, y otros muchos habían oído el fusilazo con que se le había quitado la vida; a pesar de que no había habido fusilazo, ni ropa ensangrentada, ni víctima, ni

(1) Rafael Fernández Concha.—«Filosofía del Derecho».

(2) Escriche.—Obra citada.

gemidos, ni asesinato; pues la Privardiere se presentó vivo y sano a los jueces que por vengar su muerte perseguían a su inocente esposa. (1)

Por esto dice Demolombe: «La prohibición de la prueba testimonial se funda en los peligros e incertidumbres de esta prueba; por lo cual se juzga que el legislador levante la prohibición cuando un principio de prueba por escrito hace verosímil el hecho litigioso. No se trata entonces, en efecto, de justificar el hecho por la mera prueba testimonial, sino de aclarar, con testigos, la prueba literal, todavía obscura e imperfecta, que resulta del escrito presentado». (2)

Se acepta la prueba testimonial en lo penal, conociendo los inconvenientes que existen al admitir dicha prueba y las precauciones que hay que tomar para limitar los casos en que es aceptable, limitando la materia y exigiendo condiciones personales en el testigo para garantizar la veracidad. En un juicio criminal el derecho que está comprometido y el que se discute es grandemente importante e inapreciable en dinero, por eso se dice que la prueba testimonial es peligrosa, pero se acepta porque para muchos casos es quizá la única, y analizando las otras pruebas todas se reducen al testimonio de los hombres, sean estos funcionarios, peritos, etc.; es casi imposible prescindir del testimonio de los hombres, cuando se quiere que el juez llegue al conocimiento de la verdad. Pero el testimonio es peligroso cuando se refiere a testigos, en tanto que los otros casos están rodeados de requisitos y circunstancias especiales que aseguran y garantizan la veracidad, naturalmente de un modo más o menos relativo.

Con el objeto de garantizar la veracidad del testimonio se le rodea de ciertas circunstancias que constituyen el sistema legal, que no es otra cosa que el establecimiento de reglas generales para restringir la libertad del juez; mas estas reglas no siempre pueden aplicarse, no siendo, por tanto, completo este sistema, y resultando muchas veces injusto ya que obliga al juez a resolver algunas veces en contra de su convencimiento.

(1) Escriche.—Obra citada.

(2) Demolombe.—«Los Contratos».

La apreciación del juez o sea el *criterio judicial*, tiene el peligro de la posible arbitrariedad del juez que puede provenir por falta de aptitud o de rectitud, pero estas cualidades debemos suponer en todo juez así como suponemos en todo legislador, pues no hay razón para no atribuir estas cualidades al juez.

La apreciación de las pruebas es un problema de gran importancia. Ya hemos visto que hay dos sistemas para la apreciación de las pruebas: el sistema del «criterio legal» y el del «criterio judicial». Según el primero, la ley da las reglas y quiere que se falle siempre según ellas; según el segundo, la ley deja absoluta libertad a la conciencia del juez para apreciar la verdad.

En cuanto a los dos sistemas para la admisibilidad de las pruebas, manifestemos que las observaciones hechas anteriormente son aplicables con preferencia a las declaraciones de los testigos, como también se aplica a las simples declaraciones de las partes. En cuanto a las instrumentales pueden también aplicarse cuando en los crímenes, son examinadas por los jurados; pero para los demás juicios criminales siempre se tomarán en cuenta la fe pública, si los instrumentos son públicos, etc.

El Código de Enjuiciamientos Civiles sienta una regla general y dice: «La declaración uniforme de dos testigos idóneos hace plena prueba, en los casos en que la ley no exige otra, o mayor número de testigos» (Art. 215). El Art. 51, inciso 2º. del de Enjuiciamientos en Materia Criminal exige, para que sea prueba plena, que haya cuerpo del delito y, por lo menos, dos testigos presenciales, sin tachas y conformes en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar. Afloja el rigor en favor de la conciencia del juez, al decir «por lo menos».

La declaración de un solo testigo hace prueba semiplena, tanto en lo civil como en lo criminal.

Para que el testigo sea idóneo se necesita probidad, edad, conocimiento e imparcialidad, prescribe el Art. 216 del Código de Enjuiciamientos Civiles; y, luego en los artículos siguientes, enumera cada una de aquellas clases en particular. Todo esto es aplicable a lo criminal.

En cuanto a la probidad se admite la declaración de los testigos que carecen de ella, según el Art. 223 del Código de Enjuiciamientos Civiles, a falta de mejores testigos,

siempre que su declaración contribuya al esclarecimiento de la verdad; pero su testimonio solo servirá de indicio.

Según el Art. 56 del Código de Enjuiciamientos Penales también se los admite en las infracciones cometidas en sitios donde no se puedan encontrar testigos de distinta calidad, o en las infracciones cometidas por los cómplices al tiempo de confabularse o de perpetrar la infracción de que se hallaren acusados, pudiendo ser plena prueba.

La razón está en que por estas circunstancias es imposible otra prueba.

El Art. 228 del Código de Enjuiciamientos Civiles dice que es válido el testimonio de los testigos inhábiles si no objeta la otra parte. En lo penal no puede admitirse esta disposición porque se refiere a derechos inalienables.

En lo penal no pasa lo mismo que en lo civil en cuanto a las tachas, pues en este último las alegan las partes y las buscan, y, en aquél, el juez las examinará y opondrá.

El Art. 252 del Código de Enjuiciamientos Civiles da las reglas de las declaraciones legalmente verdaderas. En el N.º. 2.º de dicho artículo hay que entender que aplicándose a lo penal debe probarse en esos casos un conjunto de hechos que establezcan un fundamento para que sea verdadera la declaración; por ej. el Art. 75 del Código de Enjuiciamientos Penales establece que para saber dónde estuvo la cosa antes de ser robada se admitirá la deposición de los domésticos a falta de testigos que fueran idóneos, y a falta de aquellos, la del dueño si fuere honrado y de buena fama, de manera que habrá que probar los fundamentos de la honradez. El Inc. 3.º del Art. 252 del Código de Enjuiciamientos Civiles, expresa el carácter de los testigos que declaran, apoyándose en el concepto que han formado por sus conocimientos.

Correlativamente este mismo Código da las reglas por las cuales las declaraciones de los testigos no son legalmente verdaderas. Todas las disposiciones del Código de Enjuiciamientos Civiles sobre los testigos, son aplicables a lo criminal, con las diferencias que hemos anotado.

El Código de Enjuiciamientos Penales añade otras reglas: Arts. 52 y 53. Las reglas de estos artículos no son aplicables al caso de varias infracciones aunque sean de la misma naturaleza, sino a aquellos que tienen un carácter de continuidad o costumbre.

¿Deberá aplicarse el sistema del criterio judicial a la investigación del cuerpo del delito? Según opinión del doctor Manuel M. Borrero «El criterio judicial debía también adoptarse para la comprobación del cuerpo del delito, porque hay casos en que están íntimamente unidos la comprobación y la responsabilidad del delincuente y para evitar la anomalía que resulta muchas veces de que el Juez de derecho declara con el criterio legal, que no hay cuerpo del delito, mientras el Juez de hecho, empleando el libre criterio judicial, esté convencido de que existe responsabilidad en el sindicado». (1)

Manifiesta, además, que la adopción del criterio judicial, para la comprobación del cuerpo del delito debe considerarse, más bien, como una conquista de la civilización; ya que tiende a evitar tantos trastornos e irregularidades que provienen de la falta de precisión en el concepto mismo del cuerpo del delito, que no lo define claramente la ley y, mientras tanto, se señalan al Juez normas inflexibles de las que no puede apartarse para apreciarlo. (2)

Estas justísimas anotaciones del doctor Borrero no tienen ya razón de ser, pues nuestra legislación ha progresado grandemente debido, principalmente, a la reforma del 23, que salvó el gran inconveniente de la dualidad de instituciones, o sea la del sistema del criterio legal y la del sistema del criterio judicial, dualidad que constituía un criterio judicial inexplicable, por no decir absurdo.

«El sistema del criterio legal es, en mi concepto, contrario a los principios científicos y francamente inepto para la investigación de las infracciones.

«Ese sistema y el del criterio judicial que hace tanto tiempo se han disputado el campo ya en la doctrina, ya en la práctica, coinciden en que ambos se proponen aplicar las reglas de la sana crítica a la apreciación de las pruebas, pero discrepan sustancialmente, en la manera de realizar ese propósito, ya que el uno encarga aquella función al legislador, en tanto que el otro confía a la conciencia del Juez».

«El sistema del criterio legal tiene el defecto fundamental de convertir en preceptos necesarios e invariables ciertas re-

(1) Manuel María Borrero.—«Revista Forense», tomo 5º.—Acta Nos. 42 y 43 de las sesiones de la Academia de Abogados (1916).

(2) Manuel María Borrero.—Id id.

glas de crítica que son, por su naturaleza, contingentes y variables, puesto que dependen de la concurrencia de diversas circunstancias, en esta forma se desnaturalizan y falsean las mismas reglas de crítica que se propone aplicar».

Por consiguiente, si para la comprobación de un hecho delictuoso se requiere «dos testigos presenciales, libres de tachas y conformes en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar» (Art. 51), la investigación judicial se convierte, como dice Bentham, en el *arte de ignorar lo que todo el mundo sabe*.

«Estas reglas legales sobre idoneidad y tacha de los testigos no sirven, pues, en último análisis, sino para volver a la justicia ciega y sorda y prácticamente imposible en la vida social». (1)

«El sistema del criterio judicial emplea las reglas de crítica como ellas son con sus naturales y frecuentes excepciones, dependientes de las circunstancias de cada caso», consiguiendo en esta forma penetrar en cada caso concreto, en las condiciones subjetivas y objetivas que le informan. Sin embargo no desconocemos, los inconvenientes que acompañan al sistema del criterio judicial, tales como el peligro de la arbitrariedad de los jueces, que no siempre ofrecen garantías de ilustración y rectitud, y que con amplias facultades de conceder o negar el mérito de prueba plena a los datos que resultan del proceso, quedan convertidos en soberanos y dueños absolutos de la honra, la libertad y la propiedad de los individuos». (2)

Art. 52.—«Las declaraciones de los testigos.....»

Este artículo establece reglas de sana crítica, pudiendo el Juez aceptar o no el testimonio, de acuerdo con la Reforma.

Veamos las contradicciones entre las deposiciones de varios testigos. Dadas varias declaraciones de diversos testigos acerca del mismo objeto, su contenido puede ser contradictorio en cuanto al *hecho principal*, por eso dice el primer inciso del Art. 52 «Las declaraciones de los testigos que discordaren *esencialmente*» o en cuanto a las *circunstancias accesorias*. «La discordia de los testigos no altera la plenitud de

(1) Peñaherrera.—Id.

(2) Peñaherrera.—Id.

la prueba testimonial, cuando se refiere únicamente a las circunstancias *accidentales*.....» (Inciso 2º. del Art. 52).

Dos testimonios que se contradicen entre sí, acerca del hecho principal, pierden todo valor probatorio ya que se neutralizan recíprocamente.

En cuanto a las contradicciones sobre las circunstancias accesorias, si bien no destruye la fe del testimonio, llegan a minorarlo mucho.

Debemos manifestar que precisa para la clara determinación del valor probatorio del testimonio, tener presente los distintos elementos que intervienen, o sea la persona, quien verificó el hecho delictuoso; el hecho —cómo se verificó—; el lugar —dónde—, y el tiempo —cuándo tales hechos fueron percibidos por los testigos—.

Para que el testimonio tenga valor probatorio, requiere-se, además, que el testigo pueda dar razón de su dicho y saber, decían los prácticos; lo cual consiste en la determinación del *cómo*, *cuándo* y *dónde* de la propia percepción, de suerte que la determinación del *cómo*, *cuándo* y *dónde* no suscita duda alguna acerca de *ésto*, y entonces el testimonio ejercerá toda su eficacia probatoria; o si la suscita, y entonces se podrá acudir a las experiencias judiciales, las cuales según que sus resultantes sean concordantes o no con el dicho del testigo, justificarán o destruirán la fe.

Pero —dice el Código— si las declaraciones de los testigos discordaren esencialmente en cuanto a la persona, el hecho, el lugar o el tiempo, el Juez las apreciará como indicio, presunción o semiplena prueba.

Esto es natural, pues un testimonio con relación al contenido de otro, proveniente del mismo o de otro testigo, puede perder valor probatorio o bien adquirirlo; perderlo por la *contradicción* del testimonio que se valúa con otro del mismo o de otro testigo; adquirirlo por la conformidad con aquél o con cualquiera de éstos.

Hagamos algunas acotaciones sobre la discordancia de una declaración de un testigo, con otra del mismo.

«El testigo que ha percibido la verdad y que cree testificarla, no cambia en sus anteriores declaraciones; la verdad es siempre, pues, la misma. En cambio, cuando se miente, entonces son naturales las variaciones; la mentira no se compone de un modo fijo y natural. He ahí por que la contradicción

entre dos deposiciones de un mismo testigo desacredita el valor de la deposición». (1)

Pero si el testigo razona suficientemente su cambio, cesa o disminuye el descrédito a su testimonio; razonamiento que es más fácil cuando el cambio se refiere a circunstancias accesorias, y que es más difícil cuando se refiere al hecho principal.

Un testimonio en contradicción con otro del mismo testigo tendrá su mayor o menor valor probatorio según sea mayor o menor la seriedad de las razones aducidas para explicar el cambio realizado.

Cuando en interrogatorios sucesivos del mismo testigo existe variedad de afirmaciones se deprecia el valor de su dicho; por el contrario, en aquellas afirmaciones que hay armonía se aumenta el valor.

«Art. 56.—A los testigos inhábiles por falta de probidad.....».

El inciso 1º. ya no rige, desde la Reforma, puesto que es el Juez quién juzga de la probidad del testigo.

El testigo puede testificar un hecho dado de *propia ciencia o de oídas*, o referir lo que él ha percibido o cuenta lo que otro le ha contado. Claro es que con relación a la certeza de un mismo hecho, el testimonio de propia ciencia ocular tiene un valor probatorio superior al de oídas.

Se les puede admitir a estos testigos inhábiles en los casos señalados, inciso 1º. y 2º. aún cuando sean testigos de oídas, porque siendo el objeto de este testimonio la narración hecha por otro al testigo, no hay razón alguna que impida dar fe al testimonio de oídas, ya que se refiere a la *narración de los hechos oídos* por el testigo.

«En cuanto a los hechos, el de oídas no es propiamente una prueba; es sólo prueba, de la prueba de los hechos, una prueba que puede tener gran valor de una prueba que es siempre débil, como desprovista de las garantías judiciales. En esta especie de testimonio hay dos categorías de motivos informantes que tomar en cuenta; los que pueden referirse al primer testigo y los referentes al segundo. Y la suma de debilitaciones del testimonio aumentarán a medida que aumentan los grados de la falta de originalidad, o sea de los testigos de

(1) Framarino.—Obra citada.

oídas intermedios, llegando la debilidad al grado sumo cuando la referencia de oídas se pierde en las fuentes indeterminadas y anónimas». (1)

Hemos manifestado ya que el fundamento del testimonio está en la presunción de que los hombres perciben y narran la verdad; presunción fundada, a su vez, en la experiencia general humana que muestra cómo, realmente, en la mayoría de los casos, el hombre es veraz, veraz por tendencia natural del intelecto y de la voluntad.

«Toda la vida de nuestro pensamiento, dice Framarino, no se desliga jamás completamente de la fe en la exposición del pensamiento ajeno, creyendo en éste y apoyándose en él, es como nuestro pensamiento camina». (2)

La fe en el dicho ajeno nos asiste en toda la vida desde la infancia hasta la vejez, sólo cambia de inconsciente en los primeros años, llega a ser razonada en la vejez. La presunción, pues, de que los *hombres en general* perciben y narran la verdad, sirve de base de la credibilidad genérica, de toda prueba personal y del testimonio en particular y, aún más, esta presunción sirve de base a toda la vida social.

«Creer y ser creído, el cambio confiado de los pensamientos, de las noticias, de las reflexiones, formando un tesoro común e inmenso que de todos se sirvan: he ahí la fuerza latente intelectual que se llama civilización, y que hace a la sociedad elevarse constantemente: de ahí la fuerza latente moral que llamamos solidaridad y que une fraternalmente en las grandes familias humanas, a los millones de individuos dispersos en el espacio y en el tiempo». (3)

Fundaméntase la prueba testimonial en el hecho de que el hombre percibe y narra la verdad; pero, hay que tener en cuenta que esta presunción de veracidad puede ser destruida o disminuida por condiciones particulares inherentes al sujeto o a la forma, o al contenido de un testimonio dado, de donde se desprende que para apreciar la fuerza probatoria de éste, es preciso atender a las indicadas condiciones particulares, teniendo en cuenta, desde luego, que en la apreciación

(1) Framarino.—Obra citada.

(2) Framarino.—Id. id.

(3) Framarino.—Id. id.

de los testimonios no es posible la determinación matemática de su valor.

La completa valuación subjetiva del testimonio consiste no sólo en el estudio de las condiciones que hacen inidóneo o sospechoso al testigo, sino también en el examen del grado de perfección intelectual, sensible y moral que el testigo, aún sin ser sospechoso, presenta respecto a su testimonio.

En tal virtud se comprende claramente que la Reforma del 23, que ya estudiaremos y de la que hemos hecho algunas indicaciones, contempla éste asunto con criterio más científico.

Cabe considerarse en este punto varios aspectos que ofrece el problema, y que son:

1º. que no se haya equivocado; 2º. que no quiera engañar.

Es *inidóneo* el testigo que no puede percibir o percibe falsamente, por deficiencia en la percepción de la verdad.

1ª. clase de inidóneos: por defecto de incapacidad intelectual o sensible:

Inidoneidad absoluta { *el mentecato*: privación de la mente.
el infante: no habla con sentido (etimología).

2ª. clase de inidóneos: por deficiente voluntad de decir la verdad.

Todos aquellos que por un deber moral se sienten llevados a no decir la verdad.

a). Por *parentesco*: parientes hasta cierto grado;

b). Por *secreta confidencia*: confidencia inherente a su estado, profesión u oficio, (no pueden revelar sin faltar a un deber moral): confesor, abogado, Embajador: secretos de Estado.

Mas, para la valuación completa del testimonio, no basta considerar las condiciones personales que, aún prescindiendo del testimonio en concreto, hacen pensar que el testigo se equivoca o quiere engañar; esto basta sólo desde el punto de vista subjetivo. Pero el testimonio exige, además, para su plena apreciación, ser considerado en su forma y en su contenido.

Siendo el testimonio conocimiento de hombre comunicado a otro hombre por medio de los sentidos, que exterioriza el pensamiento en formas más o menos variables, tenemos que estas formas exteriores de expresión del pensamiento

aumentan o disminuyen el valor probatorio del testimonio, según su naturaleza, de donde se desprende que es preciso atender a la exterioridad bajo que, o con que, el testimonio se ofrece, para poder valorar su fuerza probatoria.

Por esto dice Framarino: «Hay exterioridades que aumentan o disminuyen el valor del testimonio, en cuanto directa o indirectamente sirven para poner de manifiesto el ánimo del testigo. Las hay que hacen lo propio, en cuanto siendo consideradas como formas protectoras de la verdad, válidas para descubrir y a veces para corregir el posible error del testigo, o bien su posible voluntad de engañar, la falta de las mismas, como tales formas protectoras, se considera como un peligro de error o engaño para el Juez, peligro que naturalmente disminuye o aniquila el valor probatorio de la deposición». (1)

Consideremos sus aspectos: para que el testimonio revele la verdad no basta que el testigo no se equivoque y que no quiera engañar, es preciso que exprese la verdad de un modo adecuado.

El lenguaje como expresión directa del pensamiento,
1º. } Indirectamente: cuando revela animosidad en el testigo;

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

2º. Cuando el testigo se produzca con *afección*, ya que supone esfuerzo, preparación, estudio que hace sospechar;

3º. Cuando en el texto de varios testimonios se advierte *eumden praemeditatum sermonen*, esta identidad no natural hace suponer identidad de inspiración, o sea concierto previo para coincidir en las declaraciones; o sea animosidad, afectación, identidad preparada son causas de disminución del valor probatorio del testimonio; en cambio la serenidad, la naturalidad y la espontaneidad del discurso son causa de aumento en la fe del mismo.

Existen también exterioridades indirectamente reveladoras del ánimo en la persona del deponente que aumentan o disminuyen la fe que inspira. La seguridad o vacilación con

(1) Framarino.—Obra citada.

que depone, la calma o turbación reveladas en su rostro, su desenvoltura o embarazo, al fin, hasta sus gestos.

Estos aspectos diversos de la cuestión que nos ocupa, volveremos a tratar cuando estudiemos las Reformas de 1919 y de 1923; hoy terminemos dando a conocer la importante Jurisprudencia establecida por la Cámara de Apelación de Buenos Aires, en las sentencias dadas en los juicios seguidos por homicidio contra Francisco Berger y en la causa seguida contra Joaquín Zabala como autor del delito de corrupción de menores.

La primera de estas sentencias dice: «Las reglas de la sana crítica dependen del entendimiento, de la lógica y de la conciencia del juez que las aplica, no puede fundarse en ellas un recurso de inaplicabilidad de Ley».

El Juzgado N°. 1º., en lo criminal y correccional del departamento costa sud, condenó a Berger a diez años de reclusión, accesorios de ley y costas. La Cámara de Apelación departamental confirmó ese pronunciamiento sustituyendo la pena de reclusión por la de prisión.

La defensa interpuso el recurso de inaplicabilidad de ley, en el cual entre otras cosas, sostenía: «a) haber violado la Cámara en el considerando 9º., las reglas de la sana crítica».

Planteada la cuestión, el doctor de La Colina, dijo: «Considero infundado el recurso. En cuanto al punto a), desde luego porque la defensa no puntualiza cuales son o en que consisten esas «reglas de la sana crítica, resultantes de las constancias de autos», que la Cámara ha violado. Aparte de ello, tal motivo no puede dar origen, como tantas veces lo ha dicho esta Corte a un recurso extraordinario, por no hallarse consignadas en la Ley las reglas de la sana crítica, que dependen de la lógica, del entendimiento y de la conciencia del Juez que las aplica. Se desestima el recurso por estos fundamentos». (1)

(1) «Jurisprudencia Argentina», Tomo 20, N°. 154.

En la causa seguida contra Joaquín Zabala como autor del delito de corrupción de menores, en la ciudad de Buenos Aires, en el titulado Club Atlético Zabala, en el cual el indiciado promovía y facilitaba la corrupción de menores que allí concurrían, ofreciéndose como pederasta pasivo, encontramos lo siguiente: «Sí bien las declaraciones emanan de menores y sus dichos aparecen afectados por el inciso 1º. del Art. 276 del Código de Procedimiento Criminal, considero que en el caso deben apreciarse esos testimonios como prueba, no solo porque son reveladores de la verdad, el número y coincidencia de los dichos, sino porque a ese Club no concurrían mayores, hallándose evidenciada la selección que hacía el acusado, permitiendo el acceso a ese Club de corrupción, sólo a menores de 15 años a lo sumo». (1)

Bien podría usarse un lenguaje parecido en nuestras sentencias, si tenemos en cuenta el Art. 54 inciso 3º. y el Art. 55, ya que es evidente, y por lo que nos parece acertado lo transcrito, que no sería posible esperar prueba testimonial de mayores de edad desde que en la concurrencia habitual al predicho Club, no concurrían testigos mayores de edad, revelando, por lo mismo, las declaraciones de los menores la verdad y sirviendo, por tanto, de base para la indagación.

Y esto con mayor razón desde la reforma del 23, por la cual el juez puede apreciar las declaraciones de los testigos, sin consideraciones legales sobre el número y la calidad.

REFERENCIAS.—El Art. 51 tiene relación con el Art. 71 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal y con los Arts. 216, 229, 257 y 261 del Código de Enjuiciamientos Cíviles.

(Continuará)

(1) «Jurisprudencia Argentina», Tomo 20, N°. 154.