

Régimen probatorio en el Nuevo Código de Procedimiento Penal

(DECRETO 50 DE 1987)

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Se trata de unas breves ideas sobre la regulación de la prueba en general y de los medios probatorios, en particular, como el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto-Ley 50/87), los ha regulado.

De igual manera, se formularán algunas recomendaciones, que no críticas, como entendemos que deben ser interpretados los artículos que compendian los Capítulos I a VII del Título 5 del Libro 1º del referido Estatuto.

I. Aspectos Preliminares.

Entendemos, con la mayoría de la doctrina, que el importante tema de la prueba rebasa la sectorización que por razón de la materia o campo procesal donde se pretende aplicar, han querido ver algunos. Por el contrario, estamos convencidos que la prueba es una, fuere cual fuere la clase de proceso donde se pretenda aplicar, y, aún en el campo extra-procesal.

El Nuevo Código de Procedimiento Penal bien hubiera podido no regular, en la forma como lo hizo, la materia atinente a pruebas, pues hubiese bastado con hacer un reenvío a lo que sobre la materia prevé el Código de Procedimiento Civil, que tan buenos resultados ha brindado en los quince años de vigencia. En efecto, los artículos 174 a 300 del referido Estatuto Procesal Civil, constituyen verdadero orgullo legislativo, toda vez que se acompasa con la mejor doctrina internacional y ha sido imitado por otros Códigos, como el Procesal Civil y Comercial de Guatemala (1984), Código Judicial Panameño (1986) y Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1986). Sin embargo, el Nuevo Estatuto Procesal Penal optó por regular íntegramente la materia en los artículos 246 a 304, que precisamente constituyen objeto de nuestro análisis.

II. La materia penal y su prueba.

Por la misma naturaleza de los intereses que se ventilan en toda actuación procesal penal y la finalidad que con ella se persigue, resulta necesario el estudio de los sujetos —Juez, Procesado, Ministerio Público y Ofendido—, como también el análisis de los demás elementos estructurales del reato, de todo lo cual no puede ser indiferente la actividad probatoria en el área procesal penal. Precisamente ese complejo estudio a que se ve enfrentado el Juez Penal es lo que impone una absolución o condena, bien mediante sentencia o a través de cualquiera otra providencia que apareje efectos similares.

Tradicionalmente se ha dicho que por ser inquisitivo el proceso penal, es al Juez a quien se le adscribe la necesidad de probar, esto es que corre con la carga de la prueba en representación del Estado; esta característica hace que se denomine a esta clase de procesos **inquisitivos**. Junto a esta categoría de actuación procesal se conoce el sistema llamado acusatorio en donde la carga probatoria incumbe a las partes y al Juez sólo le compete decidir. Obviamente que existen sistemas mixtos, con marcadas tendencias inquisitivas o acusatorias, pero en todo caso, en donde de alguna manera se encuentran características de uno y otro.

La vieja tesis de que en el proceso penal se busca la "verdad verdadera", en tanto que en el proceso civil se conforman con la "verdad formal", ha desaparecido en buena hora, desde luego que en todo proceso se propugna por aproximarse a la verdad, o verdad única, como innecesariamente debe reiterarse. De tal manera, que desde el punto de vista de la finalidad de cualquier área del proceso, no existe diferencia alguna en materia de pruebas, dado que en uno u otro los diversos medios probatorios sirven para lo mismo: fijar en el proceso los hechos que han tenido existencia en el mundo sociológico, o demostrar que los que se afirman no tuvieron existencia.

III. Conducencia y pertinencia de la prueba.

En toda actividad probatoria es indispensable concluir si los medios demostrativos que se pretenden cumplen con los requisitos intrínsecos y extrínsecos para lograr su finalidad, puesto que no solamente en virtud de la economía procesal sino, especialmente por la seriedad que deben revestir los actos de prueba, debe dotarse al Juez de la facultad o poder para que rechace, desde un comienzo, los medios de prueba propuestos por las partes que vayan en contra de estos criterios.

Frecuente resulta que se hable de la conducencia y pertinencia de los medios de prueba, al facultar al Juez para que rechace aquellos, en los siguientes eventos:

Por Inconducente. Se presenta el fenómeno cuando el medio probatorio no se encuentra autorizado por la ley para tener vocación demostrativa, fundamentalmente porque existe norma jurídica que exige

otro medio probatorio para ese propósito, por ejemplo cuando el artículo 89 de la Ley 153 de 1987, tácitamente no admite prueba distinta de la documental para estructurar la promesa de celebrar un contrato futuro o, de igual manera, cuando los artículos 1.036 y 1.046 del Código de Comercio establecen que la existencia del contrato de seguro se probará con la póliza suscrita por la aseguradora. Así las cosas, si alguien pretendiere probar los elementos que integran uno de estos dos contratos mediante testimonios, confesiones, peritaciones, etc., estaríamos en presencia de un medio probatorio inconducente.

Por Improcedente. Se da este fenómeno cuando el medio probatorio ofrecido no presenta resistencia legal demostrativa, como que genéricamente tiene eficacia para el acreditamiento, pero resulta ajeno a los hechos que concretamente se debaten en la respectiva litis. Apunta, pues, a la relación fáctica del hecho por probar con la aptitud o idoneidad que se predica del medio. Así, el testimonio es idóneo para demostrar los ultrajes y trato cruel que uno de los cónyuges infringe al otro, pero es completamente ajeno a los hechos que se debaten en un proceso de lanzamiento por el no pago oportuno de la renta a cargo del inquilino.

En otros términos, conducencia y pertinencia son dos predicados bien distintos de los medios de prueba, dado que el primero se refiere a la aptitud del medio, en tanto que el segundo vocablo implica la vinculación que éste pueda tener con los hechos que se debaten en concreto.

La anterior aclaración por cuanto el Nuevo Código de Procedimiento Penal identifica ambos términos, si no, en las más de las veces, les da alcance contrario. Pero más aún, por parte alguna estableció lo que en su lugar sí hizo el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil al disponer:

"Rechazo in limine. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el Juez rechazará **in limine** las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente supérfluas".

A pesar de no existir en el Decreto 50 de 1987 norma como la que se acaba de transcribir, se impone que en virtud del principio de la "integración", ese sí consagrado en el artículo 12 del Nuevo Estatuto, resulte aplicable en el proceso penal el transcrito artículo 178 del C. de P. C.

IV. Principios generales de la prueba.

El Capítulo I del Título 5o., artículos 246 a 261 del Decreto 50 de 1987, regula los llamados "principios generales de la prueba"; se ocupa expresamente de algunos que se conocen en doctrina como tales, en

tanto que hace de lado otros, pero que no por ello dejaremos de propugnar por su aplicación en el nuevo proceso penal.

A. Necesidad de la prueba.

Se conoce también en doctrina como "prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez" para soportar o apoyar los fallos judiciales. Este principio recuerda que todas las decisiones judiciales —autos y sentencia— deben apoyarse en los hechos fijados en el proceso, mediante los medios probatorios "legal y oportunamente practicados". Deberá, pues, el Juez, al momento de tomar cualquier decisión, dilucidar si los hechos que constituyen el supuesto fáctico de las normas cuyas consecuencias quiere aplicar, se encuentran o no demostrados; y, si dicha demostración se logró durante las oportunidades y términos previstos por el legislador y conforme al rito probatorio correspondiente.

Ese es el sentido y alcance del artículo 246 del nuevo Estatuto Procesal Penal, que en lo fundamental reproduce el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil. Constituye la piedra angular de todo sistema probatorio y se refleja como una garantía para el justiciable, en desarrollo del derecho de defensa.

El Código que se analiza, abandona la idea tradicional de "plena prueba" para utilizar el nuevo lenguaje contenido en el artículo 247 y simplemente exigir que deberá obrar en el proceso "prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado", recalcando como claramente se ve, sobre el principio general que se comenta.

B. Legalidad de la prueba.

No existe unidad de criterio sobre lo que deba entenderse por este principio, ya que algunos piensan que el mismo se trasluce al exigirse al juzgador que su convicción deberá lograrse exclusivamente a través de los únicos medios de prueba, expresamente autorizados por la ley.

Por el contrario, otros prefieren describir la legalidad de la prueba derivándola de la contraprestación entre la actividad probatoria en concreto y lo que la ley exige de manera general y abstracta sobre la materia.

La verdad es que el concepto de "legalidad de la prueba" tiene íntima vinculación con lo que algunos llaman "asunción", esto es, la incorporación efectiva del hecho por probar al expediente y la providencia que ordena tenerlo en cuenta. De allí que el artículo 252 *ibídem*, disponga que no podrá apreciarse ninguna prueba "sin auto en que haya sido ordenada o admitida", y además, que deberá **legalizarse** "mediante auto en que se indique su conducencia".

C. Libertad de prueba y enumeración de medios probatorios.

Los artículos 254 y 258 de la Nueva Compilación Procesal Penal, deberán analizarse como si fueran uno solo; por supuesto que, en el segundo de los artículos mencionados, de manera taxativa, se pretende enumerar como únicos medios de prueba la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios. En tanto que el artículo 254, enseña que las diversas circunstancias que interesen al proceso penal "podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código". Aparentemente el artículo 258, por no enumerarlo, parece excluir el juramento como medio de prueba, pero ello no es así. En efecto el artículo 364 *eiusdem*, claramente establece que cuando se trate de hechos punibles contra el patrimonio económico, "la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el Juez decretará la prueba pericial para establecerla". Resulta necesario complementar esta norma con los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil para su mejor comprensión y aplicación.

Lo que no se aviene con el referido artículo 258 atrás mencionado, es la circunstancia de haber hecho una enumeración rígida, estricta o taxativa, cuando la doctrina más contemporánea y los Códigos más recientes sólo hacen enumeraciones ejemplificativas, para terminar permitiendo también a "cualquiera otro medio probatorio que llegare a aparecer y resultare útil para el esclarecimiento de los hechos". En esta última hipótesis el Juez utilizará el medio nuevo, "de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio", según voces del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y otros Estatutos semejantes.

D. Apreciación de las pruebas.

Varios son los sistemas de valoración o apreciación de las pruebas, que por lo ampliamente difundidos no entramos a ocuparnos de ellos. Solamente resaltamos que el artículo 253 del Estatuto ritual que se analiza, establece que aquellas "deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", como es constante en doctrina y legislaciones modernas.

La inocencia o la responsabilidad del presunto autor o autores del hecho punible, deberá ser consecuencia de los hechos constitutivos de la respectiva infracción penal establecidos mediante los medios de prueba, que como se vio atrás son múltiples. Pero en cuanto a su valoración el Juez deberá tomarlos y sopesarlos como un verdadero haz, o como dicen otros, las pruebas deberán apreciarse como una unidad. La pluralidad de medios probatorios, procesados a lo largo de la actuación, en últimas, constituyen una unidad conceptual, de tal suerte que se interpreten unos por otros.

El juicio valorativo, es producto del trabajo intelectual que el Juez realiza sobre los diversos instrumentos probatorios, los que se complementan unos por otros.

La sana crítica o persuasión racional, como también se le conoce universalmente, impone la circunstancia de que el convencimiento del Juez no puede ser producto sino del análisis inteligente, razonado y lógico, que este hace de los diversos medios de prueba aportados a los autos. El fallo, pues, no es producto del sentimiento del juzgador ni del capricho del legislador, como en los sistemas de íntima convicción moral o los de tarifa legal, sino que la conclusión a que llegue el Juez es producto del razonamiento lógico, científico y jurídico, del material o acervo probatorio, considerado "en conjunto".

Nada dijo el Nuevo Código sobre la necesidad de cierta prueba solemne que se requiera en un momento dado para demostrar calidades o cualquiera otra circunstancia, v. gr., la prueba del estado civil de las personas, la calidad de Juez, perito o testigo a que se refieren ciertos tipos penales, etc. Nosotros entendemos que existen hechos, actos, calidades y circunstancias que exigen su demostración solamente a través de ciertos medios probatorios solemnes, sin los cuales aquellos no podrán tenerse por establecidos. De manera tal que el principio de valoración conocido con el nombre de "sana crítica", deberá entenderse sin perjuicio de las solemnidades prescritas por las leyes para la existencia, validez y eficacia de ciertos actos, contratos, estados y calidades.

Como consecuencia de la adopción del sistema de "persuasión racional" o "sana crítica", el Decreto 50 de 1987 abandonó el desueto concepto de "plena prueba", por cuanto es entendido que el calificativo de "plena" sobra en la valoración probatoria, dado que basta con concluir si existe o no la prueba sobre la existencia o inexistencia del hecho que se investiga y los agregados de "plena" o de su contrario "semiplena", tan solo ayudan a confundir al intérprete. En otros términos, el único predicado posible en materia de pruebas, es el de su existencia o inexistencia.

E. Otros principios generales.

Si bien es cierto que el Nuevo Código no consagró un sinnúmero de principios generales que rigen la prueba, en todo ámbito procesal, debemos entender que por constituir máximas y logros del Derecho Probatorio, nadie podrá desatenderlos. Así, los que se conocen con los nombres de "comunidad de la prueba", de "publicidad" y "contradicción", de "igualdad de oportunidades", de "preclusión", de "concentración" y el de "carga de la prueba", entre otros. Sin embargo, sí se ocupó de algunos aspectos muy importantes, que van a resultar muy útiles en el campo del proceso penal y que si bien no alcanzan a constituir principios generales del Derecho Probatorio, resultan aceptables dentro de ese Capítulo I del Título 5o.

Así, se consagró la institución de la "prueba trasladada" en el artículo 256, al cual solamente habrá que aclararle que no basta con el simple traslado físico de la probanza para que ésta resulte eficaz, sino que se impone la exigencia de la publicidad y de la contradicción, que como bien se sabe, son requisitos indefectibles para poder apreciar o no cualquier medio probatorio.

El artículo 259 señala una regla de conducta para el Juez a efecto de que propugne por la conservación y fidelidad de las pruebas, a fin de que no se oculten, alteren o destruyan, por lo que le permite ejercer ciertos poderes para tal propósito.

Se consagra por el artículo 260 la figura de "asesores especializados", a efecto de que el Juez se sirva de auxiliares, expertos en determinadas artes del saber humano, para que con su auxilio y luces, pueda comprender mejor el problema que se debate y logre dirigir acertadamente el debate probatorio. Dichos asesores no son peritos, pero tomarán posesión como éstos y podrán consultar ciertas piezas del expediente, en cuanto resulte necesario para el cumplimiento de su encargo.

V. Medios de prueba en particular

Pretendemos hacer un somero análisis de algunos medios de prueba, regulados por el Nuevo Código en los Capítulos II, III, V y VI, puesto que lo relacionado con documentos e indicios será materia de estudio separado. Por supuesto que se trata de una elemental presentación de los aspectos que en nuestro sentir merecen resaltarse, bien por su acertado tratamiento o porque dejó de hacerse o porque se hizo de manera deficiente.

A. Inspección.

Los artículos 262 a 265 regulan este medio de prueba, al cual decidieron denominarlo simplemente "inspección", es decir, se suprimió la palabra "judicial" u "ocular", como tradicionalmente se había venido denominando dicho medio. Parece que dicha supresión obedece a la idea de que la verificación o constatación directa de los hechos que interesan a la investigación, no es de resorte exclusivo del Juez sino que también pueden llevarla a cabo los funcionarios de policía judicial. Con anterioridad, desde la vigencia del Código de Procedimiento Civil, se convino en suprimir la palabra "ocular" y reemplazarla por "judicial", puesto que el Juez, durante la práctica de la prueba no solamente utiliza el órgano de la vista, sino que debe valerse de los restantes, como el olfato, el tacto y el gusto.

El artículo 262 del Código que entró a regir el 1º de julio de 1987, establece que en el mismo auto que disponga llevar a cabo la inspección, deberá ordenar "el allanamiento, si a ello hubiere lugar". De tal suerte que deberá tenerse sumo cuidado para que la providencia orde-

nadora de la prueba igualmente se extienda a la orden de allanamiento. Hubiese sido mejor una norma de carácter general en donde se dijera que la práctica de diligencia judicial, de cualquier género, que deba efectuarse en inmuebles, naves y aeronaves, lleva ínsita la facultad de practicar los allanamientos necesarios para que se surta la diligencia.

De otra parte, el auto ordenador de la prueba precisará los puntos materia de verificación, los objetos, lugares o personas por inspeccionar; y, el sitio, fecha y hora en que deberá llevarse a cabo dicho medio probatorio. Si se viere la necesidad de la colaboración de expertos o peritos, así se dispondrá en aquel auto o al momento de practicar la prueba. Durante la misma, las partes y el Juez podrán precisar otros puntos a los cuales se haga extensiva la inspección (Art. 263).

No establece el Código algo que en el de Procedimiento Civil ha surtido buenos resultados, cual es que la diligencia deberá comenzarse en el despacho del Juez, para luego trasladarse el personal de la diligencia al sitio en donde se llevará a cabo la inspección, con lo cual se garantiza a los interesados su participación en ella.

Como ya lo había precisado el artículo 255, "podrán utilizar los medios técnicos adecuados" para la práctica de la inspección judicial; así, el Juez podrá disponer que se grabe en aparatos magnetofónicos lo que suceda durante la inspección, o si lo creyere conveniente, de igual forma, ordenará la filmación de objetos, lugares y personas, o lograr la reproducción y levantamiento de planos y croquis, etc.

El contenido de las grabaciones en cintas magnetofónicas o en video cassettes, se vertirán mecanográficamente, y las partes dentro de los tres días siguientes, si no están conformes con tal versión, "podrán solicitar verbalmente la confrontación del acta con la grabación, la cual se conservará durante dicho término", tal como lo dispone el penúltimo inciso del artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por cuanto este Nuevo Código no dispuso nada al respecto.

Lo que no puede aceptarse, cuando se utilicen medios técnicos para la práctica de pruebas, (de cualquier naturaleza y no solamente con respecto a la inspección judicial), es lo que dispone la parte final del ya mencionado artículo 255. En efecto, allí se lee que "dichas pruebas serán valoradas por el funcionario en la misma forma que las de carácter documental". Esto no puede ser cierto, dado que el hecho de que se contenga en una grabación o en un video cassette, por ejemplo, la prueba de confesión, la de testimonio o cualquiera otra, no cambia su naturaleza y continuará siendo confesión, testimonio, etc. En otros términos, el aparato o medio técnico es como un recipiente en el cual se halla la prueba de confesión o la testimonial; no podemos confundir el continente con el contenido.

Durante la práctica de la inspección se examinarán los objetos, lugares o personas materia de la misma, debiéndose hacer hincapié en los aspectos y circunstancias que interesan al proceso. Los sujetos pro-

cesales podrán hacer las manifestaciones que sobre tales tópicos tengan a bien, pero fundamentalmente la verdadera esencia de la inspección radica en que el Juez consigne sus apreciaciones personales, vale decir, la impresión que como hombre haya tenido respecto de los puntos objeto de la misma. La inspección que simplemente se limita a dejar constancias de los interesados y manifestaciones de los peritos, —cuando concurren— no constituye el medio de prueba que se comenta, puesto que la importancia de la misma, que es lo que la caracteriza, es el **reconocimiento personal del Juez**.

B. Peritación.

Bien sabido es que el Juez tiene la obligación de conocer el Derecho, mas no las demás áreas del saber humano. Como en los procesos se presentan hechos que imponen especiales conocimientos de carácter científico, técnico o artístico, se estableció la prueba pericial a efecto de que expertos en el respectivo ramo, colaboren con el Juez a fin de hacerle entendibles los acontecimientos que para él resultan difíciles de captar; y, para que a la vez, se precisen las causas y los efectos de los mismos. Cosa igual ocurre cuando en el proceso se necesita asignarle valores económicos a determinados bienes involucrados en la investigación, caso en el cual se decretará el avalúo correspondiente a fin de que el perito informe el valor de los mismos.

El Nuevo Código mantiene el criterio del derogado en el sentido de que existen peritos comunes y peritos especiales. Los primeros son los que forman parte del cuerpo técnico de policía judicial, de medicina legal, o de cualquiera otra entidad de la Administración Pública, que por su especial versación, preparación y formación profesional, técnica o artística, auxiliarán al Juez Penal en lo que de ellos se requiera. Cuando no fuere posible servirse de estos funcionarios de la Administración Pública, el Juez Penal deberá designar el perito o peritos, de las listas de auxiliares de la justicia elaboradas para la actuación en los procesos civiles (Art. 268).

Dispone el artículo 270, que los peritos pueden declararse impedidos o ser recusados, por las mismas causales que para los funcionarios. De esto conocerá el funcionario que ordenó la prueba y se resolverá de plano.

No hay claridad sobre el número de peritos a intervenir en la respectiva actuación penal; indistintamente se habla de perito o peritos, por lo que habrá que concluir que será el Juez quien, según su prudente juicio, designe uno o dos peritos, según la naturaleza de lo que se vaya a investigar, de la mayor o menor complejidad del asunto, del mayor o menor número disponible de expertos, etc. Cuando sean dos peritos, "juntos practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones conducentes para emitir el dictamen", reza el artículo 272. Si los peritos discrepan o difieren en el dictamen, cada quien lo presentará por

separado; pero nada dice el Código de cómo subsanar tal diferencia. Creemos que tal omisión se subsana aplicando el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, con la institución del "perito tercero", quien emitirá su dictamen "sobre los puntos en que discrepen los principales".

De conformidad con el principio **iura novit curia**, al Juez le compete todo lo atinente al derecho, de allí que no sea del resorte de los peritos "emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal", como expresamente lo prohíbe el artículo 272 **in fine**.

Sobre oportunidades para presentar cuestionarios a los peritos, el Decreto 50 establece que se precisarán con el auto que decreta la prueba y hasta antes de practicarse, siempre que fueren pertinentes y útiles al proceso (Art. 273).

Los peritos presentarán su dictamen por escrito "dentro del término que el Juez le haya fijado, el cual puede ser prorrogado". Si la peritación concurre con inspección, conforme al inciso final del artículo 264, el dictamen puede rendirse "en el mismo acto de la diligencia", lo que de suyo está permitiendo que se haga oralmente en ella.

De otro lado y en punto a la contradicción del dictamen, los artículos 276, 277 y 278 se ocupan de ello, para recalcar que se debe correr traslado del mismo por tres días, a efecto de que las partes "puedan pedir que lo amplíe, lo complete o lo aclare". Lo atinente a la complementación y aclaración del dictamen, lo vemos razonable; no así, con respecto a la ampliación, puesto que las partes pueden aprovechar tal facultad para someter nuevos puntos a consideración del experto, lo que en estricto sentido constituiría nuevo dictamen sobre la parte de la ampliación.

El artículo 277 permite objetar el dictamen por error, violencia o dolo y tal facultad subsiste hasta "antes de que se dicte el veredicto del jurado...", o antes de que un (sic) asunto entre al despacho del Juez, para sentencia, en los demás casos". Dos observaciones ameritan la referida disposición, a saber:

a) La ilimitada oportunidad para objetar el dictamen, desde luego que resulta extrema y puede prestarse para dilatar el proceso; más aún, resulta inconveniente dicho tratamiento, puesto que al convocarse para audiencia pública de juzgamiento, lo ideal es que todo el acervo probatorio se encuentre recaudado, a efecto de que el Jurado o el Juez de derecho, en su caso, pueda decidir de acuerdo con lo alegado y probado; y

b) Modernamente la objeción solo procede por "error grave", ya que los otros motivos, violencia o dolo, bien pueden presentarse pero si no conducen a un dictamen gravemente equivocado, no existe razón

valedera para que se tramite la objeción. En todo caso, si por violencia o por dolo el perito emite experticio equivocado o erróneo en materia grave, será el resultado y no la causa de él quien amerita la objeción.

Finalmente, la objeción se tramitará conforme al trámite incidental previsto en el artículo 144, el que entre otras cosas quedó deficientemente regulado en lo atinente a práctica de pruebas. La objeción deberá decidirse previamente y si se declara fundada se ordenará una nueva peritación; pero nada dice el artículo 278 sobre la publicidad y contradicción del nuevo dictamen, lo que indudablemente deberá llevarse a cabo conforme a las normas anteriores, salvo que no procederá nueva objeción, puesto que se constituiría una cadena interminable de objeciones.

C. Testimonio.

Tal vez la prueba más discutida en el ámbito de todo proceso, a lo largo de los tiempos, lo ha sido la testimonial; por los peligros que ella puede aparejar. Sin embargo, mientras el hombre sea el elemento fundamental de todo proceso, deberá valerse de las declaraciones de sus congéneres para desatar las controversias que allí se ventilan. Lo importante, pues, es que se establezcan mecanismos expeditos y eficientes para recibir la prueba testimonial, para controvertirla y para sopesarla razonadamente.

El nuevo estatuto establece el deber de testimoniar y las excepciones al mismo, en los artículos 286 y 287. Se entiende que toda persona residente en el territorio patrio, si se le requiere para que colabore con la Administración de Justicia, informando sobre los hechos de que tenga conocimiento, no podrá sustraerse a ello por cuanto que es un deber cívico prestar su concurso. Sin embargo, por razones originadas en el principio de reserva y para mantener la unidad familiar, nadie estará obligado a declarar contra sí mismo, como tampoco en contra de cierto número de personas allegadas que tradicionalmente se han considerado como integrantes del llamado "grupo familiar".

De otro lado existen actividades, profesiones u oficios que hacen que las personas depositen su confianza en ciertos profesionales, confiándoles datos secretos, que de otra manera no los hubieran revelado. En términos generales se habla del "secreto profesional", para consignarlo como excepción al deber cívico de testimoniar.

Los artículos 288 y 289, consignan en su orden que al testigo que no pueda comparecer al despacho judicial, por enfermedad, se le recibirá su declaración en el lugar donde se encuentre; y, el segundo, que las personas allí enumeradas "rendirán su testimonio por medio de certificación jurada y con este objeto se les pasará copia de lo conducente". Con respecto a esta modalidad de testimonio "por certificación jurada",

entendemos que la investidura de tales personas y la función pública que desempeñan justifica dicho procedimiento; pero recomendamos que la crítica que se haga de dichas declaraciones sea mucho más drástica que con el común de ellas, desde luego que la inmediatez y la contradicción no pueden surtirse por la forma como el testigo "privilegiado" rinde su declaración.

Los testigos deberán interrogarse de manera separada a fin de que no escuchen entre sí el dicho de quien lo precede. La parte final del artículo 291 nos parece impracticable, habida consideración que resultará imposible impedir que quien ya rindió declaración no pueda hablar "con quienes aún no han declarado"; esto se logrará durante la misma audiencia, mas no en oportunidades posteriores.

Si bien es cierto que el artículo 293 trata de los testimonios que hubieren de recibirse "en audiencia pública", se está refiriendo a la "audiencia pública de juzgamiento" o de "alegaciones finales", pero por parte alguna hace relación a la audiencia pública de testimonios, que es la diligencia señalada a propósito para recibir las declaraciones en los términos probatorios de la investigación y de la causa.

Tampoco dice cómo se lleva a cabo el interrogatorio al testigo, por lo que respetando el artículo 12 *ibidem*, habrá que seguirse la misma orientación consignada en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, que después de identificado el testigo y de recibírsele juramento, se le preguntará sobre sus datos personales a efecto de establecer su personalidad, y posteriormente el Juez pedirá al declarante que haga una narración espontánea y genérica de los hechos que le consten y que interesen al proceso. El Juez continuará interrogando sobre los puntos individuales y concretos, que constituyan objeto de la controversia, para posteriormente permitirle a la parte que propuso el testimonio luego a la contraria, que pregunten y repregunten al testigo, si a bien lo tienen.

No se menciona nada respecto del número de declarantes sobre un mismo hecho objeto de averiguación. Pero tal omisión del Código no es óbice para que el Juez, como verdadero director del proceso y destinatario de la prueba, limite el número de declarantes cuando por otro u otros medios tenga suficiente información sobre el hecho por probar, a efecto de que no se desgaste innecesariamente la actividad judicial. El concepto de prueba supérflua o innecesaria, por encontrarse el Juez suficientemente informado, le permite tal rechazo o limitación al número de testigos.

D. Confesión.

A partir del artículo 296 y hasta el artículo 301, el Nuevo Estatuto se ocupa de tan importante medio de prueba, como lo es la declaración del procesado mediante la cual acepta la comisión de los hechos que tipifican el hecho punible.

Distingue el Código, como se hace en la doctrina, entre confesión simple y confesión calificada. La primera, se define como la admisión que hace el procesado de haber participado en la comisión del hecho que se investiga "sin la manifestación de haber obrado en circunstancias de justificación o inculpabilidad, o cualquiera otra que modifique el grado de su participación, o específicamente atenúe la penalidad". Los requisitos para la existencia y validez de este medio probatorio, son los siguientes:

- a) Que se haga ante Juez competente;
- b) Que el procesado esté asistido por defensor;
- c) Que se le hubiere informado al procesado que no está obligado a declarar contra sí mismo; y
- d) Que sea espontánea, consciente y voluntaria. Por la claridad de los términos o vocablos empleados por el artículo 296, nos sentimos exonerados de hacer comentario alguno sobre el mismo.

En cuanto respecta a la confesión calificada, parte del supuesto de que el procesado admite el hecho, pero a su vez aduce que obró conforme a causales de justificación o inculpabilidad, o cuando esgrime cualquiera otra circunstancia que pueda modificar su participación o que pueda acarrear atenuación de la pena. De todas formas agrega el artículo 297, que deberán estar presentes los presupuestos requeridos para la existencia y validez de la confesión.

Sobre el concepto de confesión calificada, no hay unanimidad en la doctrina, sin embargo, la mayoría de los comentaristas entienden por confesión calificada la declaración que hace la parte sobre hechos que le perjudican o que por lo menos favorecen a su contraria, pero acompañada de adiciones o de modificaciones favorables al confesante. Esa favorabilidad del agregado o adición, puede constituir extinción o modificación de las consecuencias que traería la confesión simple; así, cuando se acepta el hecho perjudicial pero se aclara que su naturaleza jurídica es distinta a como se le pregunta.

Por su parte el artículo 298 da el alcance de confesión, aunque extraprocesal, a la que se hace ante funcionario distinto del competente, siempre y cuando sea espontánea, consciente y voluntaria.

Acorde con lo que recomienda la doctrina contemporánea, la confesión es un medio de prueba que, desde el punto de vista de la eficacia, es semejante a cualquiera otro de los medios demostrativos; de donde, admitirá prueba en contrario y el confesante podrá retractarse. Esa es la razón para que el artículo 299 establezca que el Juez competente "continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho".

