

# EL TESTIMONIO

POR DARIO VELASQUEZ G.

## A).—CONSIDERACIONES GENERALES

Será el testimonio, en materia penal y bajo algunos de sus múltiples importantísimos aspectos, el punto central de este mi trabajo de tesis.

Si fuese a aventurar una apreciación histórica acerca del testimonio, habría de decir de él que es tan antiguo como la misma humanidad y que ha servido siempre de base al hombre para apoyar sus decisiones desde el momento mismo en que se sintió con la sagrada misión de hacer justicia. Con sobrada razón se ha dicho que "los testigos son los ojos y los oídos de la justicia".

Día a día ha venido perdiendo algo de aquella suma importancia probatoria el testimonio, por cuanto los fríos datos de la experiencia, analizados a la luz de la nueva ciencia —porque como tal puede denominarse a la crítica testimonial— han venido a pregonar los peligros de un testimonio no pasado y repasado por la criba de una sana y constructiva crítica, y también porque el ideal en materia probatoria es hoy procurar que la prueba sea más objetiva que subjetiva e, inocuo es decirlo, el testimonio es eminentemente subjetivo.

Con esa labor de sana valoración del testimonio en manera alguna se pretende desplazarlo del campo probatorio, sino reconocerle su auténtica valía, porque —como dice Gorphe— "el valor del testimonio depende de la crítica que se haga de él. La prueba testimonial, basada en el crédito de la experiencia ajena, es un medio de prueba que no podría bastarse a sí mismo. Para no degenerar en una fe ciega, sencilla e ilusoria, esta creencia, como cualquiera otra, tiene necesidad de someterse a la prueba de la razón, de justificarse". (\*)

(\*) Francisco Gorphe, "La Crítica del Testimonio", tercera edición. Editorial Reus, Madrid, pág. 19.

El recibir, sin beneficio de inventario, todo testimonio como probatoriamente válido, es cabalmente lo que ha conducido a su progresivo desprestigio. De ahí el que una sana crítica del mismo al concederle su auténtico valor, antes que perjudicarle lo favorece, pues desplaza los motivos de sospecha que despertaba y le devuelve la fe que había perdido.

Nuestro Código Procesal no define el testimonio. Una idea del mismo —que no una definición, por las dificultades ya anotadas para bien definir y los consecuentes peligros de una defectuosa definición— es la siguiente: Puede entenderse por testimonio la manifestación o comunicación que una persona hace a otra de algo que le tocó **personalmente** presenciar. Y digo **personalmente**, porque de acuerdo con la etimología latina de la palabra testigo, únicamente lo es aquel que se encontró directamente a la vista de lo ocurrido, aquel que se halló presente cuando lo que se indaga tenía su ocurrencia. El testigo de "oídas" no lo es en relación con el hecho, y si algo atestigua él, es el haber descuidado lo que ahora narra, de oídas de quien sí lo presenció, si es que su dicho es de "segunda mano"; o de quien, a su vez, lo escuchó de éste, si su dicho es de "tercera mano", y así sucesivamente.

El testimonio, de acuerdo con la clasificación que intuí en nuestro estatuto procedimental, será prueba **completa** o **incompleta**, según que llene o nó las exigencias del artículo 205. De acuerdo con la general clasificación de las pruebas en directas e indirectas, es directa. Y si se atiende al criterio clasificador de Framarino, resulta ser prueba **formal**, y como tal puede contener ya la prueba directa, ya la indirecta. Contiene una prueba personal directa en este ejemplo: X ve cuando Y ultima a Z y así acude a comunicarlo a la justicia. El homicidio cometido es el objeto directo de la disposición y por eso se tiene una prueba directa, la que es rendida en forma testifical. Luego el testimonio está en este caso, como forma de la declaración, albergando una prueba directa. En otras palabras, aunque con ello violente la terminología de Framarino, ese testimonio es prueba directa.

En el ejemplo que a continuación se aduce, contiene no ya una prueba directa, sino una indirecta. X observa cuando Y y Z están acaloradamente discutiendo; de repente Y huye precipitadamente y así lo advierte X. Acude éste a la justicia y da la noticia de que Y y Z estaban discutiendo y que de un momento a otro el primero huyó. Se logra luego comprobar que el segundo apareció muerto. Se trata entonces de averiguar ese homicidio. En relación con él nada suministra X, pero su atención —de manera indirecta, por indiferencia— conduce al hecho céntrico de la investigación (la muerte de Z). Luego con relación a ese hecho central su declaración es indirecta. Está entonces el testimonio sirviendo de **forma** a una declaración personal **indirecta**, o en otros términos así que —como ya

lo dije— violento con ella la terminología de la teoría de Framarino, ese testimonio es **indirecto**.

Luego en la teoría clasificadora de Framarino no podemos afirmar que el testimonio es prueba directa ni indirecta. Únicamente podemos sostener que es prueba formal y que, como tal, puede albergar bien la prueba directa, ya la indirecta.

## B).—FUNDAMENTO DEL TESTIMONIO

Indudablemente el fundamento, en abstracto desde luego, de la credibilidad en el testimonio es la universal presunción de veracidad.

La verdad es el objeto propio de la inteligencia, como el bien lo es de la voluntad, y así esta superior facultad del hombre tiende por naturaleza a la verdad. Nunca la inteligencia adherirá al error como tal, sino que si llega a abrazarlo es en cuanto se le presenta camuflada bajo el ropaje de la verdad.

De ahí nace la presunción de que el hombre, por regla general (recuérdese que la base de las presunciones es el normal, el común, el ordinario ocurrir) está siempre más inclinado a decir verdad que a mentir, por cuanto para lo primero no tiene más que responder a los llamados de la principal de sus facultades superiores, en tanto que para lo segundo ha menester la llamada presunción de veracidad, que sirve de base a la credibilidad que prestamos al testimonio humano.

Es esta una razón de orden filosófico para explicar el por qué de la credibilidad que tributamos al ajeno testificar. Hay otra razón de basamento igualmente filosófico, pero que podría denominarse "de sentido común". Es la de la natural limitación de la capacidad cognoscitiva del hombre. La inteligencia del hombre, al igual que éste, es limitada y, por ende, el campo de sus conocimientos es restringido. El hombre por sí mismo no puede autotabarse en ningún campo; tampoco en el intelectual. El hombre, como bellamente lo dice Framarino, "no es más que un punto en lo infinito del espacio, un momento fugaz en la infinito de los tiempos". Qué de pocas las cosas que pueden enmarcarse en su acontecer dentro de los estrechos límites de la existencia de cada mortal! En tales condiciones, si nos guiásemos por el criterio de admitir únicamente lo que en forma directa presenciásemos, qué de limitado el acervo de nuestros conocimientos! Aquellos hechos que formaron historia que nos precedieron en centurias y milenios los admitimos como ciertos, porque damos fe a aquellos que hicieron factible el que llegaron hasta nosotros. Todos aquellos conocimientos que se nos brinda en temprana edad, los mismos que muy después únicamente venimos a valorar conscientemente, los aceptamos igualmente como ciertos, porque creemos en la palabra de quienes nos los transmiten. Si no fuese porque prestamos fe a nuestros semejantes, quedaríamos cir-

cunscritos al egoísta, estéril y reducido mundo de nuestro directo y personal percibir.

Limitándonos al campo de nuestro estudio, qué de pocos los delitos que llegarían a ser investigados y punidos si el Juez pudiese únicamente apoyarse en sus personales experiencias!

De suerte que esa presunción de veracidad hace factible el que, en principio, se preste mérito a quien se presenta a deponer acerca de hechos que el funcionario no presencié. Ya tendrá éste manera de comprobar, mediante la confrontación de la prueba y la sana crítica de la misma, si el deponente es digno de la confianza que se le brindó o si se situó por fuera de la presunción base del testimonio.

### C).—CUALIDADES DEL TESTIMONIO

Estas son las que ha de reunir según nuestra legislación procedimental: debe ser escrito, juramentado, espontáneo, exhaustivo, razonado, proceder de persona procesalmente identificada y ser recibido con sujeción a la norma de inmediación. Fuera de esto, ha de estar rodeado de las garantías del caso para que traduzca únicamente lo que el testigo quiso declarar y cuanto quiso declarar y, finalmente, hay obligación de rendirlo.

#### ESCRITO

Es el artículo 240 el que lo prescribe:

"Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo".

La misma paulatina y cuidadosa integración del expediente en orden al mejor esclarecimiento de lo sucedido, impone el que todo cuanto vaya siendo aportado a ese acervo lo sea en forma que perdure para que pueda así llegar a ser utilizado en el momento en que se entre a definir de fondo. De lo contrario, la decisión tendría que ser inmediata: subseguir a la recepción de cada prueba. Excusado es descender a hablar de las dificultades e inconvenientes que esto conllevaría, por cuanto ellos salen al encuentro de la menos dotada inteligencia.

A lo anterior hay que agregar que el grueso de la prueba, en virtud de múltiples circunstancias que no es del caso entrar a considerar, lo recibe otro que el funcionario que decide de fondo; precisamente el instructor. En tales condiciones, forzoso es que la prueba sea recepcionada por escrito para que así el fallador pueda enterarse de ella y utilizarla para su decisión.

Es, además, la recepción escrita de la prueba prenda de su mayor veracidad y exactitud. En efecto; poco se cuida, por lo regular, el hombre de aquellos actos suyos que pasan como el momento mismo que les sirvió de marco. Las palabras se las lleva el vien-

to, se suele decir. En cambio, cuando a lo dicho se le va a conferir la perdurabilidad del papel y va a servir, por lo mismo, de base a comprobaciones y a pormenorizados estudios, y hay de por medio además, como luego se verá, amenazadoramente pendiente como espada de Damocles una sanción para el perjurio, entonces se procura que lo que vamos a decir se ajuste a la realidad de los hechos y traduzca por lo mismo, la verdad de éstos.

## JURAMENTADO

Este es el texto del artículo 242:

"Los testigos, antes de rendir su testimonio, prestarán juramento de declarar solamente la verdad y toda la verdad que conocieron acerca de los hechos por los cuales se les interroga. Este juramento se lo tomará el Juez o funcionario de instrucción, quien además deberá leer al testigo, antes de recibirle su testimonio, los artículos del Código Penal sobre falso testimonio".

La fórmula del juramento no podía ser más solemne y comprometedora: "a sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombres, jura decir usted la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?". (Artículo 147, C. P. P.), y todo va precedido de la correspondiente advertencia (artículo 148 *ibidem*) y subsiguiente formal prueba (lectura del artículo 191 del C. P.) de que al jurar en falso no sólo compromete el perjurio su conciencia ante Dios, sino que se sitúa también dentro de la órbita de punición del Código Penal.

Es indudablemente el juramento la principal de las solemnidades de que lo rodea la ley. Son sus finalidades las de revestir de trascendental elegancia la atestación y propender por la veracidad de la misma. Bajo el primer aspecto, qué más augusto y sublime para aquel que nutre su espíritu con el alimento succulento de la fe que saber que todo cuanto va a afirmar tiene un respaldo soberano: su Dios, porque no a otra cosa equivale el jurar que a poner a la Divinidad por testigo de nuestro aserto?

Por lo que respecta a la segunda finalidad ha de decirse que si el juramento no llena ese cometido, no se ve qué otro acicate pueda haber que constriña al hombre a ser veraz. Para quien no respeta a Dios, qué otro motivo habrá que infundirle pueda respeto?

El juramento es la concreción de cuanto nos es más cara y para nosotros más significa. Bellamente fue expresado este concepto en un discurso ante el Parlamento francés, uno de cuyos fragmentos, en transcripción de la obra del tratadista Lessona, trae en la suya el doctor Antonio Rocha. De esta última tomo el siguiente aparte:

"Posee (la frase "la juro") un sentido profundamente moral y al mismo tiempo lleva consigo un significado religioso. Su carácter

propio es el de implicar una afirmación íntima y profunda de la conciencia individual, frente a frente de las demás conciencias. Qué hacéis cuando decís: "lo juro"? Concentráis en esa afirmación verdaderamente solemne todo vuestra personalidad; ponéis en ella todo vuestro ser y decís: "mis más íntimas creencias, las personas que me son más queridas, los recuerdos que me son más preciados, mis esperanzas más gratas, todo lo más querido y respetado, os doy en prenda como garantía de la verdad de mis palabras. He ahí, señores, lo que significa las palabras "lo juro". (\*)

Hay quienes concedan al juramento, como medio para obtener la veracidad de la atestación, todo el mérito y valor que en realidad encierra. Otros, en cambio, se lo niegan en absoluta. Dos transcripciones hace en su obra el doctor Rendón, en las que podemos apreciar uno y otro modo de pensar, y las que a mi vez tomo de la mencionada fuente. Es Mittermaier quien sostiene la necesidad del juramento:

"El juramento constituye una garantía aún más importante, mirado desde el punto de vista de la sanción religiosa, moral o legal. Se sabe por experiencia, que, muchas veces, cuando el hombre no está ligado con juramento, manifiesta la verdad, si le conviene, en sus declaraciones; pero si la fe del juramento le obliga, al instante se le ve volver a su versión primera, y no callar la verdad que un deber imperioso le ordena revelar. La santidad del juramento, si no está enteramente depravado, obra sobre su alma y la purifica; da una fuerza irresistible a la corriente que la arrastra al verdadero camino; retrocede ante la vergüenza de sellar la mentira con un sello verdaderamente sagrado y despreciar lo que sus conciudadanos llaman una especie de arca santa de la verdad; en fin, a falta de sentimientos más generosos, la prudencia le hace fijarse en las terribles consecuencias de un juramento falso y en toda una vida llena de angustias y zozobras hasta el día en que se descubra. Tal es el poder del juramento, al cual debe también revestirse de las solemnidades convenientes, tomando su fórmula de los sacramentales autorizados por la religión del testigo y concibiéndolo sobre todo en los términos más propios para hacer impresión en su espíritu". Al contrario, el profesor Emilio Mira López, estima "superfluo" el juramento: "sucede el hecho curioso de que los testigos más morales son precisamente los que acostumbra impresionarse más ante las amenazas, la severidad y el ceremonial que se desarrolla ante el interrogatorio. En cambio, los inmorales o amorales —aquellos sobre los que en realidad se necesitario ejercer el estímulo— no reaccionan ni poco ni mucho ante él. Por ello conceptuamos superfluo el

(\*) Antonio Rocha, "De la Prueba de Derecho", tercera edición. Talleres Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia, 1951, página 255.

juramento y creemos absolutamente insuficientes (aun cuando necesarias) las advertencias acerca de la responsabilidad inherente al acto del testimonio". (\*)

Hecha la salvedad del respeto que me merece el autor transcrito, me permito glosar en esta forma su pensamiento: Ciertamente es a los testigos más morales a quienes más impresiona el juramento, en tanto que los amorales no reaccionan siquiera frente a él. Pero de aquí pasar a deducir la inutilidad del mismo es quizás generalizar demasiado y concluir en forma más extensa de lo que permiten las premisas, toda vez que forzoso es reconocer que entre los muy morales y los amorales hay otra gama extensa de testigos cuya moralidad —que podría denominarse "media"— oscila, como el término mismo lo indica, entre uno y otro extremo. Para ellos podría, pues, ser fructífero el juramento, y esto nada más justificaría su defensa. Fuera de que para los muy morales también lo es, pues sin el acicate del juramento quizás no pondrían ellos toda la acuciosidad suficiente para rebrujar el mundo de sus vivencias y extraer de allí tal como quedaron tatuadas las impresiones de los hechos.

Torno, pues, a repetir que es el juramento la principal de las solemnidades de que la ley rodea al testimonio y estimo que llena perfectamente su cometido. Habrá excepciones, claro está, y muchas, porque tocado de imperfección es el barro humano; pero aunque únicamente se llegase a comprobar que en una única ocasión el juramento surtió su finalidad, ello justificaría su erección en principalísima solemnidad del testimonio.

### ESPONTANEO

Dice el artículo 238:

"Antes de formular a un testigo preguntas detalladas sobre las circunstancias de los hechos o sobre los mismos hechos, se le pedirá que haga un relato espontáneo sobre todo lo que sepa acerca del hecho principal que sea materia de la declaración. Y solamente después de que el testigo haya hecho este relato espontáneo, se le podrá formular el interrogatorio detallado".

Y ello está bien, porque lo que se busca es que el testigo relate únicamente lo que hasta él llegó a través de sus sentidos. Los testigos, como decía Bentham, son los ojos y los oídos de la justicia. Esta no tiene más que escucharlos y luego entrar a utilizar el relato. Mientras en forma más bruta y original sea rendida una

(\*) Gustavo Rendón G. "Cursos de Procedimiento Penal Colombiano". Ediciones del Departamento de Extensión Cultural de la U. de A., 1948.

declaración, más veracidad acusa. Los afeites provenientes de persona que no tiene por qué tenerlos, insinúan ajena intervención.

Buscando esta codiciada espontaneidad prescribe el Estatuto Procedimental:

"Los testigos serán examinados con separación, de modo que —uno no oiga ni pueda saber lo que el otro ha declarado. A este fin no se dejará, a los que han dado su declaración que hablen, ni aún vean a los que no han declarado todavía". (Art. 237).

"El Juez o el funcionario de instrucción se abstendrán de insinuar al testigo su respuesta, y de redactar en forma alguna la respuesta que el testigo diere. Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo". (Art. 240), porque la justicia lo que ansa es saciar su sed en la prístina fuente de la realidad de los hechos y no en abrevaderos alimentados con aguas de diferentes confines.

### EXHAUSTIVO

Para tal fin ordena el ya transcrito artículo 238, que después de que el testigo haya hecho su relato espontáneo "se le podrá formular el interrogatorio detallado". Claro que tal interrogatorio debe versar acerca de lo mismo que la declaración insinúa, pues de lo contrario se echaría por la borda otra de las grandes aspiraciones del legislador en relación con el testimonio: la ya comentada espontaneidad.

El interrogatorio tiene por finalidad esclarecer puntos dudosos y no permitir que el testigo deponga con ambigüedades y reticencias, todo con el objeto de obtener no sólo verdad en lo narrado sino toda la verdad de lo ocurrido.

Suma pericia y admirable sentido investigativo ha de tener el funcionario para recabar del interrogatorio todas las ventajas que ofrece, sin los peligros que presenta (capciosidad).

La no observancia de este precepto procedimental —lo que acusa o desconocimiento del mismo o desidia por aplicarlo— hace que de los de instrucción suba el sumario a los funcionarios de conocimiento prácticamente en ciernes, teniendo éstos que, mediante ampliaciones dictadas en el mismo, subsanar lo que el instructor, pudiendo y debiendo haber hecho no hizo, todo ello con las consiguientes demoras y el serio perjuicio que entraña para los intereses de la justicia y del sindicado, pues una justicia tardíamente aplicada es quizás tan nociva como la mal aplicada.

En otro dispositivo más, en el 241, deja traslucir el legislador esa su ambición de que la justicia obtenga del testigo cuanto él sabe en relación con lo que se investiga. En tal artículo autoriza a las partes que pueden intervenir en el proceso para que ejerciten la preciosa facultad de repreguntar, todo con el fin de "esclarecer



mejor los hechos". Mas, allí sí de la alerta vigilancia del funcionario para que el deponente no sea asediado a preguntas capciosas que en lugar de aclarar la verdad, la deforman y acomodan.

### RAZONADO

Equivale esto a decir que el deponente ha de dar la razón de su dicho. Si X afirma que es verdad que Y lesionó a Z, ha de entrar a explicar por qué hace tal veración; si porque lo presenció o porque le fue por otro narrado, y en uno u otro caso descender a referir pormenorizadamente los detalles de las impresiones recibidas o comunicadas.

El afirmar por afirmar, sin tener que entrar a dar la razón de lo dicho, conduciría no sólo a la ambigüedad de lo declarado, sino también a la irresponsable generalización de "el haber escuchado", "el haber visto", "el haber comentado".

No se puede perder de vista que todo hecho al acaecer queda fatalmente enmarcado dentro de especiales circunstancias de tiempo, lugar y modo. Pues bien, a ellas debe con precisión y acierto referirse el testigo.

Busca el legislador el cometido que glosa, al ordenar también que "los testigos deberán ser interrogados y deberán declarar sobre el modo como han llegado a su noticia los hechos que aseveran" (Art. 236), y prescribir que "no se admitirá por respuesta la expresión de que "es cierto el contenido de la pregunta", ni la reproducción del texto de la pregunta" (Art. 239).

### OBLIGATORIO

Razones de orden público —como la tutela social— son las que asisten al legislador para imponer a los testigos la obligación de declarar.

No es necesario teorizar demasiado para concluir que la impunidad socaba los cimientos mismos de la estructura social. Y no a otra cosa se llegaría que a la impunidad si cada quien pudiese negar llanamente su concurso a la acción de la justicia. Háce dicho que son los testigos los ojos y los oídos de ésta —por cuanto es la testimonial, de todas las pruebas— la que en forma más abundante entra a engrasar los expedientes. Eliminada ella —pues a tal se reduciría el que el testigo pudiese opcionar entre rendir o no su declaración— puédesse decir sin temor de llegar a ser tachado de exagerado, que la mayor parte de los delitos quedaría sin su condigna sanción, con lo cual los cimientos del orden social verían seriamente amenazados, pues cada quien se sentiría tentado de delinquir, halagado por esa complaciente seguridad de la impunidad de su delito.

Así fundamenta Mittermaier la obligatoriedad de atestar:

"Todo ciudadano está obligado a concurrir a la obra del Estado; y siendo indispensable para el mantenimiento de la seguridad y del orden público la persecución y represión de los crímenes, se sigue que la comparecencia a testificar por requerimiento del estado en materia criminal, constituye un deber civil. Negar a aquél los medios de procurar la deposición de los testigos que pueden solamente aducir muchas veces la prueba requerida, sería asegurar la impunidad a todos los crímenes. He aquí el derecho de completar a la testificación a cualquier individuo que rehuse absolutamente comparecer o explicarse acerca de ciertos pormenores, o prestar juramento. Nadie puede eximirse del juramento de este deber civil, ya bajo pretexto de que su deposición pudiera pararle perjuicio, ya alegando haber hecho promesa de callar en toda o en parte la verdad, ya, en fin, por razón de opiniones morales y religiosas que prohibieron el juramento. Todo convenio contrario a los deberes sociales es nulo, y las opiniones individuales, no pueden dispensar jamás a los ciudadanos de sus obligaciones para con el país". (\*)

Los dispositivos procedimentales que encierran la obligatoriedad del testimonio son el 225, 231 y el 243, cuyos respectivos textos son los siguientes:

"Toda persona está en la obligación de rendir el testimonio que se le pida en proceso penal, con excepción de los casos expresados en la Ley". (Art. 225).

"Al testigo que citado no comparezca a declarar, o no permanezca en su casa de habitación a la hora señalada, sin causa que justifique su no asistencia, se le impondrá por el Juez o funcionario de instrucción una multa de cincuenta pesos, convertible en arresto, a razón de un día por cada dos pesos, quedando siempre en el deber de rendir su declaración". (Art. 231).

"El testigo puede ser compelido con multas hasta de cincuenta pesos convertibles en arresto a razón de un día por cada dos pesos, a rendir la declaración que de él se solicita". (Art. 243).

Pero no es sólo respecto del testimonio la imposición. El legislador aspira, en guarda de los intereses de la justicia y —por ende— del orden social, a que todo aquel que esté en una u otra forma en condiciones de colaborar con la investigación y sancionabilidad de lo indebido lo haga, so pena de ser compelido a ello.

Tal es el sabor de los artículos 12 y 337:

"Todo habitante del territorio colombiano mayor de 21 años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, está obligado a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento al menos dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido, siempre que sea de aquellas cuya investigación deba iniciarse de oficio". (Art. 12).

"Toda persona que tenga en su poder objetos o papeles que puedan servir para la investigación, está obligada a exhibirlos y a

entregarlos al funcionario de instrucción. Si lo rehusare, podrá ser apremiada del mismo modo que el testigo que se negare a rendir su declaración, a menos que fuere de aquellas personas a quienes la ley autoriza para negarse a declarar". (Art. 337).

Angustia aún más el legislador el círculo impositivo al erigir en delitos la abstención de comunicar a la justicia la comisión de hechos vedados (artículos 199 y siguientes del C. P.) y el esguince que, bajo juramento, se haga para falsear la verdad o participarla menguadamente. (Artículos 191 y siguientes del citado código).

Claro que sin motivos de orden superior obligan al legislador a imponer la obligación de colaborar con la justicia en los términos expresados, razones del mismo orden le hacen proscribir la exoneración de tal obligación, en casos especiales.

No está, pues, nadie obligado a declarar contra sí mismo o contra sus inmediatos parientes. Tampoco lo está, en relación con lo que hasta él haya llegado por tal conducto, quien está constreñido a un sigilo religioso o profesional. Así terminantemente lo pregonan los artículos que a continuación transcribiré:

Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad" (Art. 25 de la Constitución Nacional).

"Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". (Art. 227 del C. de P. P.).

"No pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1º.—Los ministros de la religión católica o de otro culto admitido en la República, y 2º).—Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad". (Art. 228 *ibidem*).

"Los eclesiásticos no serán llamados a declarar en causas de sangre sino en los siguientes casos: 1º).—Si fueren realmente testigos únicos; 2º).—Si lo fueren virtualmente, por incapacidad de los otros testigos para declarar la verdad de los hechos o exponerla sin ambages; y 3º).—Si fuere invocado su testimonio por presumirse favorable al procesado. En estos casos se permitirá al testigo eclesiástico si lo pidiera, dejar constancia de que declara en obediencia a la (verdad) autoridad e implorando gracia". (Art. 247 *ibidem*).

Las razones que justifican estas excepciones son obvias: a).—La voz de la sangre acalla los llamados de la verdad; b).—La familia es el núcleo primigenio de la sociedad y de ahí el que haya que propender por tutelarla solícitamente, defendiéndola de todo moti-

vo que ponerla pueda en peligro; c).—Las malquerencias que surgirían en el seno mismo de la familia, a unos de sus miembros incriminar a los otros, la minarían en sus mismos cimientos. Esto por lo que hace al parentesco.

En relación con el sigilo profesional y religioso, ha de decirse que la obligación de declarar acerca de aquello que nos hubiera llegado a través de confidencias hechas en razón de la investidura sacerdotal o profesional que se ostenta, cegaría la fuente de aquellos íntimos, secretos y provechosos desbordamientos de conciencia a punto de estallar bajo el peso de tantos secretos. No habría confianza en los médicos de almas y cuerpos y serían los hombres como aquellas aguas perdidas bajo tierra, tanto más peligrosas cuanto más inadvertidas.

Quién franquearía las puertas de un consultorio, de un gabinete, de un bufete o las sagradas de un confesonario, si no tuviese la certeza de que aquellos a quienes confía sus cuitas pueden ser, si lo quieren, insondables como las tumbas?

Qué sería de ese bálsamo cicatrizador de conciencias que es la confesión, si los confesonarios no estuviesen escudados con ese antemural del sigilo sacerdotal? Abatido por tierra caería uno de los más fuertes sillares de la consoladora religión católica, justamente denominada por nuestra Constitución del año 86 —palabras más, palabra menos— primordial elemento de conservación de la tranquilidad y orden públicos.

En forma admirable glosa ya más a espacio estas mismas razones el tratadista C. J. A. Mittermaier, tantas veces citado y transcrito:

“Pero la sociedad, a su vez, cuando impone deberes semejantes, obrará sabiamente, no erigiendo nunca mandatos de la ley positiva en oposición con la ley natural o con cualquier otro deber social: toda colisión de esta especie arrastra necesariamente fatales consecuencias. Cuando la ley natural está en abierta oposición con la ley positiva, puede estarse seguro de su inobservancia. Llamad a declarar contra el acusado a sus parientes cercanos, y al punto vereis palmariamente demostrado este hecho. El legislador no haría bien en obligarles a hablar, porque colocados entre su deber y las afecciones naturales más poderosas, veríaseles muchas veces obedecer a éstas y sacrificar la verdad a los intereses del acusado; pero aunque así no sea, y suponiendo que el testigo sea honrado hasta el estoicismo, sería condenarle a un verdadero suplicio, abriéndole, por decirlo así, la boca por la fuerza; y por otra parte sus conciudadanos tal vez le vituperarían por la infracción cometida de los deberes de la naturaleza. Y si, por el contrario, su deposición fuese en descargo sería en verdad poco decisiva en el proceso, porque se creera muy fácilmente que sus palabras habían sido dictadas por la afección de familia...”. Sin embargo, sólo el parentesco más próximo debe aximir al testigo de responder; debe haber

entre él y el acusado relaciones tan estrechas, que esta obligación llegue verdaderamente a herir las afecciones derivadas del vínculo de la naturaleza. Deben colocarse en esta categoría los ascendientes, los descendientes, los hermanos y hermanas y sus hijos, los afines en primer grado. Los mismos motivos pueden hacer que se comprenda en ella a los esposos. Una vez sentada la regla, será siempre invariable, y se cometería una grave falta permitiendo su derogación en el caso supuesto de imposibilidad de alcanzar la verdad por otro camino. De este modo se abre la puerta a la arbitrariedad, y además en este caso excepcional, como en los otros, vuelven a presentarse en toda su fuerza las razones que se oponen a que se oiga a los próximos parientes.

"Las consecuencias que nacen del conflicto de dos deberes contrarios se manifiestan también en los individuos para quienes es una obligación sagrada callar los hechos sobre que son llamados a declarar. No obstante, es preciso que esta obligación esté confesada y reconocida por la ley positiva; en un compromiso voluntario de semejante naturaleza, por ejemplo, en aquel por el cual se contrajera con un malhechor la obligación de guardar secreto acerca de su crimen, nada hay que le dispense en presencia del Juez; del mismo modo que si la ley exime del testimonio en materia civil, no debe extenderse la excepción más allá de sus términos, así también de que el legislador haya impuesto a ciertas personas el deber de no participar a terceros los secretos que les son confiados por razón de su profesión, no se sigue una dispensa absoluta; no resulta de aquí, por ejemplo, que los médicos tengan, **de plano**, el derecho de negarse a hablar cuando son citados a testificar en el proceso criminal; sería necesaria una ley expresa para conferírsele; y hay en el proceso un interés de orden público y de verdad superior a todas las consideraciones particulares. Pero serán con razón dispensados de declarar; 1º).—Los abogados y defensores, cuando se trata de que divulguen lo que sus clientes les han confiado para que sirva a la defensa; 2º).—Los funcionarios públicos, cuando se trata de secretos de cargo, y su comparecencia no ha sido autorizada por la administración superior; 3º).—En fin, los eclesiásticos, cuando se trata de hechos que les han sido declarados bajo el sigilo de la confesión.

"Con respecto a los católicos, el silencio es hasta un deber impuesto por la ley espiritual: los secretos del confesionario son sagrados y si la ley civil quisiera estrechar al confesor a que hablase, tendería nada menos que a su completa violación; haría cometer al sacerdote un delito eclesiástico que envuelve una severa pena; echaría, en fin, por tierra la institución de la confesión, porque lo que determina, en efecto, a que se franqueen la mayor parte de las conciencias culpables, es el saber que una ley, que nadie puede obligarse a infringir, impone al sacerdote un religioso silencio. Con respecto a una persona de esta categoría, no tiene, pues,

excepción el principio, y pretender crear alguna, es edificar sobre un terreno movedizo, es abandonar al juez una solución que podría degenerar en arbitraria, y atentar a los fundamentos de la confesión. Supongamos que el legislador obliga al sacerdote a declarar en las causas en que se interesa la salvación del estado; tendrá que decidir la cuestión prejudicial de saber en qué caso debe considerarse comprometida la salvación del estado. Si se sostiene que el sacerdote podría ser llamado cuando pudiera suceder que un inocente cayera bajo el peso de una grave inculpación, el instructor se creará desde luego autorizado, siempre que prenda a un (dñ) individuo para obligar a hablar al eclesiástico con quien crea que se ha confesado aquél poco antes; en todo esto no verá más que un medio más sencillo y pronto de saber si el inculcado es o no autor del hecho. En lo que toca a los protestantes no sujetos como los católicos a una confesión auricular, y reglamentados por las leyes eclesiásticas, no hay un texto positivo que les prescriba el silencio; por eso se ha puesto alguna vez en duda que puedan ser dispensados de presentarse como testigos; pero debe considerarse que, cuando el pecador va a buscar el ministro protestante para pedirle, descubriéndole su conciencia, consuelos puramente espirituales, tiene por principal móvil la seguridad de una discreción inviolable y profesional, y es necesario convenir en que hay también por parte del pastor una obligación natural muy poderosa. El poder quiere, sin duda, que los fieles puedan con toda seguridad ir a buscar cerca de él el consuelo moral que les ofrece la religión. Pues bien: obligarles a testificar hechos que sólo se le han revelado bajo la fe de una confesión religiosa, sería destruir inmediatamente toda la confianza que necesita su carácter". (\*)

Con vocablos únicamente diferentes expresa Framarino idénticos conceptos. Abundar en demasía sería transcribirlos.

Así como no hay regla absoluta, tampoco hay excepción que la sea. El legislador contempla casos de excepción dentro de esa misma excepción que él prescribe. Así, habrá ocasiones en que los eclesiásticos tendrán que prestar el aporte de su declaración. Son los artículos 247 y 248 los que se refieren a la sustancialidad y a la adjetividad de dichos casos. Sobra advertir que no se trata de aquellos casos que caen bajo la órbita del confesonario, pues terreno vedado para el humano legislador es aquél. No sólo el mundo de la novela —que también el de la realidad— puede hablarnos de cómo ni la vida misma significa nada para los heroicos guardadores de las confidencias de los penitentes, cuando en tal sentido se les ha puesto a prueba.

También el sigillo profesional está sujeto a excepciones. Claramente lo dice el numeral segundo del artículo 228 y lo corrobora el 310:

(\*) C. J. A. Mittermaier. Obra citada, páginas 227 a 229.

"Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad" (Numeral 2º del artículo 228 del C. de P. P.). Subrayas fuera de texto.

"Toda persona a cuyo cargo se encuentre un hospital, casa de salud, clínica u otro establecimiento semejante, sea público o privado, dará cuenta por escrito y dentro de las 24 horas siguientes al Juez de instrucción o a otra (atroti) autoridad competente, de la entrada de cualquier individuo que tenga heridas o lesiones corporales, indicando brevemente el estado del paciente y transcribiendo la relación que haga él o las personas que le hubieren conducido acerca del origen de dichas lesiones y del lugar y estado en que se hubiere encontrado.

En ausencia del jefe del establecimiento, dará cuenta al que lo reemplace en el momento de la entrada del enfermo.

El que viole lo dispuesto en este artículo incurrirá en la sanción establecida en el artículo 201 del Código Penal". (Art. 310 *ibidem*).

En resumen, ha de decirse que motivos de orden superior imponen la obligatoriedad de declarar, pero razones del mismo orden exoneran de tal obligación en casos especiales.

#### HA DE RECIBIRSE EL TESTIMONIO CON SUJECION AL PRINCIPIO DE LA INMEDIACION

Así lo prescribe el artículo 235 que a la letra dice:

"Los testigos deberán ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o el juez ante su secretario, circunstancia que se hará constar en el texto de la declaración. En ningún caso y por ningún motivo podrá el juez ni el funcionario de instrucción delegar esta función. Si el testigo no fuere interrogado por el mismo funcionario de instrucción y el juez, y en la diligencia se afirmare que lo ha sido, el juez o el funcionario que debió recibir la declaración y el que realmente la recibiere incurrirán, por ese solo hecho, en el delito de falsedad de documento público. La declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo no tendrá valor alguno".

Lo ideal sería que el mismo funcionario que va a fallar hubiese sido el colector de la prueba durante la etapa sumarial, mas esto es una perfecta utopía. Con ello se obtendría la provechosa ventaja que ofrece el principio de la inmediatez de percibir directamente todas las manifestaciones, fiel trasunto de la psiquis de que rodea el testigo su deponer. Aquellos titubeos, aquellas cavilaciones, aquellas continuas rectificaciones, aquellos sonrojos y trepidaciones, etc., no escaparían a un avezado funcionario y le prestarían luego invaluable apoyo para la valoración del testimonio, lo que debe

hacer, según se lo prescribe la legislación, "teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración". (Art. 224 del C. de P. P.).

Tanta importancia concede el legislador a la captación de estas manifestaciones que en el inciso segundo de ese mismo artículo ordena que desde que "puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo se harán constar en la misma declaración". Con ello subsana un tanto la situación de hecho que obliga a que, por lo general, una sea el funcionario receptor de la prueba y otro el fallador de fondo.

Así como no es lo mismo escuchar la conversación de labios de una persona, que oír después el comentario acerca del mismo tema, pero hecho ya por segundo o tercer intermediario, porque lo último nos priva de la oportunidad que lo primero nos brinda, de formarnos un concepto, cuando menos, de aquel a quien escuchamos, de la misma manera hay profunda diferencia entre recibir al deponente en forma personal su atestación y entrarla a estudiar habiendo sido recepcionada por otro.

Tanto ansia el legislador que sea el funcionario (bien el de instrucción, ora el del conocimiento) y no sus colaboradores de oficina, quien se ponga en contacto directo con el testigo al recibirle su atestación, que llega hasta a erigir dentro de un código adjetivo, como es el procedimental, en delito de falsedad en documento público la afirmación de haber sido recibida, sin así haber sido, por el funcionario la declaración que recepcionó otro que él. Y extrema aún más las cosas pues inficciona de nulidad y deja por lo mismo sin ningún valor la declaración así recibida. (Art. 235 del C. de P. P.).

#### DEBE EL TESTIMONIO PROVENIR DE PERSONA PROCESALMENTE IDENTIFICADA

Así lo exige el artículo 244:

"Luego que el testigo haya prestado el juramento y oído leer los artículos de la ley penal sobre falso testimonio, se le preguntará sobre su nombre, apellido, esta, vecindad, profesión u oficio, y en seguida se le interrogará en la forma prevenida en el artículo 238 sin permitirle ninguna contestación oscura o ambigua".

Y ello con el fin de rodear de una mayor seriedad la declaración, individualizarla y obtener preciosos datos que servirán para la valoración del testimonio, como la edad del testigo, su parentesco con las partes o su independencia respecto de las mismas, su profesión u oficio, en determinados delitos (no es lo mismo, cuando se trate de averiguar un accidente de tránsito acaecido por falta de frenos, el concepto de un conductor de carro que el de un lego



en la materia, ni es lo mismo la declaración de un entendido en la materia que la de un buen vecino cuando de investigar un delito contra la salubridad pública se tratare, ni ofrece el mismo mérito la declaración de un sacerdote que la de un desconocido deponente, su estado civil, también en determinados delitos (no es lo mismo la declaración de una persona soltera que la de una casada en tratándose de delitos contra la libertad y el honor sexuales).

Finalmente, ha de estar rodeado el testimonio de las garantías del caso, para que traduzca únicamente lo que el testigo quiso declarar, y cuanto quiso declarar. Así lo prescribe el Art. 245:

"Concluida la declaración, el testigo podrá leerla por sí mismo, y el juez o funcionario le hará saber que le asiste este derecho. Si el testigo no quisiere hacer uso de este derecho, el secretario leerá en alta voz íntegramente, bajo pena de nulidad de la diligencia al pie de la cual se hará mención expresa de tal lectura. El testigo puede hacer las enmiendas, supresiones, adiciones o aclaraciones que tenga a bien, lo cual se escribirá con toda fidelidad al final de la declaración sin tachar ni borrar por esto lo que ya esté escrito".

Todo porque, como se ha reiteradamente afirmado, lo que la justicia persigue es beber de labios del testigo únicamente cuanto presenció en relación con lo que se investiga.

Para redondear esta rápida mirada que se ha dado al articulado que encierra todo lo concerniente al testimonio en materia penal, trataré de hacer —sin ningún comentario— una breve confrontación entre el testimonio en lo civil y en lo penal, confrontación que circunscribiré a sus aspectos principales:

#### EN LO PENAL

a).—No hay ninguna limitación para declarar por lo que respecta a la edad. (Art. 224).

b).—Antes de formular pregunta alguna al testigo, éste debe hacer un relato espontáneo de los hechos. (Art. 238).

c).—Únicamente debe recibirlo el funcionario. De no hacerlo y sin embargo afirmarlo así, se incurre en falsedad en documento público. (Art. 235).

#### EN LO CIVIL

a).—Únicamente quien haya cumplido sus catorce años es juzgado, por este aspecto, hábil para declarar. (Art. 668).

b).—El testigo responde siempre sometido a interrogatorio. (Art. 687).

c).—No hay artículo que erija en delito tal irregularidad, con lo cual se deja de par en par abierta la puerta a la nefanda costumbre de que se reciba el testimonio sin sujeción al principio de la inmediación.

d).—Una declaración que llene todas las exigencias de la sana crítica probatoria puede llegar a constituir por sí misma prueba plena.

e).—Consagra el legislador el sistema de la persuasión racional para valorar el testimonio. (Art. 224).

f).—No le otorga el Código Procesal tal facultad al Juez en lo penal.

g).—En ningún caso puede hacerlo. Especial prohibición tiene al respecto. (Art. 240).

h).—Únicamente percibe tal indemnización cuando para declarar hubiere tenido que desplazarse de un lugar a otro y así lo hubiere solicitado el interesado. (Art. 250).

i).—Hay preceptos que expresamente exoneran al testigo de declarar contra sí mismo y sus parientes más inmediatos. (Arts. 26 de la Constitución Nacional y 227 del C. P. P.).

j).—No se refiere el Código Procedimental en forma expresa a ninguna causal de impedimento, incapacidad o sospecha.

d).—Una sola declaración nuncica hará prueba plena sino que constituirá apenas, "presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". Art. 696 del C. J.).

e).—El sistema para su apreciación es el de la tarifa legal, bien que morigerado (Arts. 696 y 697). Necesario es informar, eso sí, que el proyecto de reforma del actual código Procesal Civil, si contempla el sistema de la persuasión racional.

f).—Antes de citar para sentencia o de fallar, según el caso, tiene el Juez la facultad de llamar al testigo residente en el lugar del juicio, para que aclare cualquier pasaje dudoso u oscuro de su declaración. (Art. 692).

g).—Puede el Juez que recibe la declaración, llegado el caso, redactar las respuestas que el testigo da, cuando éste no supiere hacerlo, claro que con las seguridades necesarias para no llegar involuntariamente a alterar el contenido de lo declarado. (Art. 688).

h).—Tiene todo declarante derecho a que la parte que pidió su testimonio le indemnice el tiempo empleado en rendirlo. (Art. 681).

i).—No está expresamente consagrada en el estatuto procesal para el declarante en lo civil tal garantía.

j).—Trae el Código Procesal causales de incapacidad, impedimento y sospecha. Arts. 668, 669 y 670).

## PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL TESTIMONIO EN LO PENAL Y EN LO CIVIL:

Uno y otro han de ser: **escritos** (artículos 684 y 692 del C. J. y 235, 241 y 245 del C. de P.); **juramentados** (artículos 683 del C. J. y 242 de C. P. P.); **razonados** (artículos 688 —inciso tercero— del C. J. y 239 del C. P. P.); **leídos al deponente** (artículos 692 del C. J. y 245 del C. P. P.); **susceptibles de reforma en tiempo oportuno** (artículos 692 del C. J. y 245 del C. P. P.); **recibidos por separado** (artículos 684 del C. J. y 237 del C. P. P.); **ambos dan cabida al derecho de repreguntar** (artículos 690 del C. J. y 241 del C. P. P.); **ambos deben proceder de testigo procesalmente identificado** (artículos 686 del C. J. y 244 del C. P. P.); **hay obligación de rendirlos con las debidas excepciones desde luego** (artículos 674, 677 y 689 del C. J. y 227, 228, 225, 231 y 247 del C. P. P.); **ambos admiten fuero especial para determinadas personas** (artículos 676, 678, 679 del C. J. y 230, 232 y 233 del C. P. P.). Finalmente, uno y otro han de llenar los caracteres de **publicidad** y **contradicción**. De ahí la necesidad de la ratificación de la prueba sumaria, excepción hecha de los pocos casos en que ella satisface.

### D).—FINALIDAD DEL TESTIMONIO

La finalidad del testimonio, como la de toda prueba en general, es la de llegar al descubrimiento de la verdad en relación con lo que se investiga. "Toda sentencia —dice Dellepiane— para ser tenida por justa, debe ser la expresión fiel de la verdad; que verdad y justicia se confunden en los fallos, lo que justifica las palabras con las cuales inicia Bonnier su clásica tratado sobre las pruebas: "la ciencia del derecho, y por lo tanto el juez, se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, al descubrimiento de la verdad". (\*)

Siendo esto así, forzoso es —por lo capital del tema— hacer así sea una breve alusión al mismo.

La verdad es la conformidad entre el concepto que nos formamos de un objeto y la realidad de este objeto. Cuando la idea que de él concebimos coincide con lo que en realidad es el objeto, hemos llegado a la verdad en relación con él.

La verdad, como decían los escolásticos, es pues la "adaequatio rei et intellectus", la adecuación o conformidad entre el entendimiento y las cosas, tomando por "intellectus" su acto, pero su acto por excelencia, o sea el juicio, que no es otra cosa que la afirmación que hace el entendimiento de la conveniencia o disconve-

(\*) Antonio Dellepiane, "Nueva Teoría General de la Prueba". Editorial Temis, Bogotá, 1955.

nencia de un predicado respecto de un sujeto, y entendiendo por "rei" todo lo inteligible.

Al llegar el juez en su sentencia a esta conclusión: "Pedro sí mató a Juan", no está haciendo otra cosa que formulando un juicio, pues está atribuyendo al sujeto "Pedro" el predicado "delincuencia". Si en realidad así ocurrieron los hechos, y fue Pedro quien mató a Juan (la prueba es la que tiene la misión de hacer tal demostración), entonces el juez ha llegado a la verdad en relación con los mismos, porque entre la manera como los hechos ocurrieron y la forma como él pensó que ocurrieron, hay una conformidad perfecta. En otras palabras, hay adecuación entre el entendimiento del juez (o sea el juicio que él se formó en relación con lo sucedido) y la cosa, o sea el suceso mismo.

Si la verdad es el objeto de toda prueba —por lo mismo es también del testimonio,— ha de verse en qué estados puede encontrarse la mente en relación con ella.

La mente en orden a la verdad puede hallarse en alguno de estos cinco estados: ignorancia, duda, opinión, error y certeza.

Es la ignorancia la carencia de todo conocimiento; la duda, la suspensión de la mente entre la afirmación y la negación; la opinión, la adhesión de la mente a un concepto, pero con el temor de que otro sea el verdadero; el error, la adhesión de la mente a un concepto falso, o sea, que no está en adecuación con el objeto que lo motivó; la certeza, la firme adhesión de la mente a un concepto en todo conforme con el objeto que lo motivó.

Fácil es advertir que de todos ellos es el estado de certeza el más perfecto. Se diferencia él de los otros en la siguiente forma: De la ignorancia por cuanto en ella no hay conocimiento; de la duda, porque en ella —a causa de la suspensión en que la mente se ve entre los motivos para afirmar y los para negar— no hay adhesión; del error porque en él —aunque hay adhesión— está ella viciada porque el concepto que nos formamos del objeto no responde a lo que en realidad es él; de la opinión, por cuanto en ella —aunque también hay adhesión— no es ésta tan firme que elimine el temor de equivocarse. La certeza es, por el contrario, la firme adhesión de la mente a un concepto en todo de acuerdo con el objeto o cosa que lo motivó.

De estos estados de la mente en orden a la verdad, importa estudiar la duda y la certeza. Esta, porque viene a ser la convicción de la posesión de la verdad, puesto que la certeza no es otra cosa que la "advertida y creída percepción de la conformidad de la noción ideológica con la realidad", en lo cual consiste —como ya se vió— la verdad. Aquélla, por cuanto viene a ser el camino que nos lleva a la certeza, como luego se verá.

Omitimos el ahondar en el estudio de la ignorancia y del error porque ni ella ni él nos conducen a la certeza que es la que nos interesa estudiar en orden a la verdad, y por lo mismo en orden

a la prueba. La ignorancia es un estado negativo, es la carencia de todo conocimiento; el error nos cierra el paso a la certeza, porque encierra cabalmente lo contrario de lo que ella ansía percibir, que es la adecuación o conformidad entre la noción ideológica y la realidad. Recuérdese que el error es la adhesión de la mente a un concepto, pero que no está de acuerdo con el objeto que lo motivó. No hay pues en él conformidad entre la noción ideológica y la realidad.

No nos referiremos tampoco a la opinión, porque creemos que ella pueda reducirse a la probabilidad de la que luego se hablará. Nos referiremos entonces a la duda y a la certeza.

La duda, como ya se dijo, es la suspensión de la mente a causa de los motivos que se le presentan para afirmar, frente a los para negar. Hay, pues, duda siempre que nos hallamos frente a motivos afirmativos y negativos en orden a una aseveración. Ahora bien, cuando los motivos afirmativos tienden a imponerse sobre los negativos, estamos frente a lo probable. Por eso decía antes que la opinión puede asimilarse a lo probable, porque aunque tendamos a inclinarnos más a los motivos que tenemos para afirmar, no por eso podemos desplazar de lleno los para negar, ya que también merecen ser considerados. Hay, pues, un verdadero temor de que la verdad esté en el campo al que volvemos las espaldas cuando acogemos los que creemos verdaderos, temor ese que caracteriza la opinión y que flota igualmente sobre lo probable. Este el ejemplo que trae Framarino para explicar lo probable: hay dentro de una caja noventa y ocho bolas negras y dos blancas. Alguien, sin ver, extrae de aquella caja una de las bolas y se deshace de ella. Sin observar el interior de la caja, quiero saber si la bola extraída es blanca o negra. Claro que lo más probable es que sea negra, porque para esta afirmación cuento con noventa y ocho motivos por sobre dos que me sirven para afirmar lo contrario. Si digo que la bola extraída es de color negro, emito un concepto probable. Hay en ese caso una adhesión de mi mente a ese concepto, pero no logro eliminar del todo el temor de haberme equivocado porque esas otras dos motivos (el haber dos bolas blancas) son igualmente dignos de ser tenidos en cuenta, y bien pudo haber sido la extraída una bola de color blanco.

Con el anterior ejemplo mejor se aprecia aún cómo la opinión y lo probable pueden ser asimilados.

Si son los motivos para negar los que se imponen a los para afirmar, tenemos lo improbable. Si se equilibran, estamos frente a lo creíble y si triunfan definitivamente los afirmativos sobre los negativos, nos hallamos frente a la certeza.

De la consideración de lo que es la duda deducimos, pues, los estados en que la mente —ya de manera fructífera— puede encontrarse en orden a la verdad. Decimos “de manera fructífera”, por-

que éstos sí tienden a conducirnos a la verdad, no así los otros estados a que antes me referí (ignorancia y error).

La mente puede, entonces, encontrarse frente a la verdad en estado de **credibilidad**, de **probabilidad**, o de **certeza**. Elimino de mi estudio también la improbabilidad, por las razones expuestas en relación con la ignorancia y el error y por cuanto lo improbable no es más que el reverso de lo probable, de suerte que si la mente llega a hallarse en estado de probabilidad, es por cuanto los motivos afirmativos tendieron a imponerse sobre los negativos, y por lo mismo, quedó en tal caso desplazado lo improbable.

En la forma más breve que me sea posible me referiré a estos tópicos, siguiendo muy de cerca al tratadista Framarino. (\*)

La verdad, torno a repetirlo, no es otra cosa que la conformidad del entendimiento con el objeto, o lo que es lo mismo, la adecuación entre el concepto o idea que nos formamos de un objeto y lo que éste es en realidad. La certeza viene a ser la visión y admisión de esa adecuación o conformidad. En otras palabras, podríase decir, la consciente posesión de la verdad.

La verdad puede dividirse en: metafísica, lógica y moral. A esta última la denomina Framarino, histórica. La primera es la conformidad o adecuación de las cosas con las ideas que Dios tiene de ellas. La segunda, la conformidad o adecuación de las ideas con las cosas. La última, la conformidad o adecuación de las palabras con las ideas.

Fácil es advertir que de estas tres divisiones de la verdad, la primera es la única que no tiene opuesto. No lo tiene, porque las cosas no pueden dejar de conformarse con las ideas que Dios, su hacedor, tiene de ellas. La verdad lógica tiene su opuesto, que es el error, o sea, la falta de conformidad o adecuación de la idea con la cosa. La verdad moral también tiene el suyo, que es la mentira. Radica ella en la ausencia de conformidad o adecuación entre la palabra y el concepto o idea que de ella nos formamos.

La consideración de la verdad nos lleva a la certeza, porque ésta no es más que la creencia en la posesión de aquélla. Por eso Framarino, de las diversas divisiones de la verdad, va deduciendo las diversas clases de certeza. Y para lograrlo parte de un criterio subjetivo como subjetiva eminentemente es la naturaleza de la certeza. Tal criterio es la forma como la mente percibe la verdad.

Divide la verdad en: **puramente intelectual** y en **sensible**, atendiendo para ello al modo como el espíritu la posee. La primera es aquella a la que el espíritu arriba "por la simple percepción intelectual". Es la segunda aquella "a cuya posesión no puede llegar el espíritu sin el concurso de los sentidos".

(\*) Framarino, obra citada, páginas 15 a 67.

Como la inteligencia es la facultad adecuada para percibir la verdad, toda vez que como ya se dijo es ésta (la verdad) el objeto al que naturalmente ella tiende, pasa el autor a considerar las funciones de que se vale dicha facultad para llegar a tal cometido. Las reduce a la intuición y a la reflexión, y refiriéndolas a las dos clases de verdad ya mencionadas va deduciendo las diversas especies de certeza. Tenemos, entonces, una **certeza intuitiva puramente lógica**, que es la que brota de la intuición de la verdad puramente intelectual. Basta la contemplación de la verdad puramente lógica para percatarse inmediatamente, sin necesidad de otra consideración, de la conformidad de la noción ideológica con la realidad. En la **certeza reflexiva puramente lógica**, que al igual que la anterior, brota de la verdad puramente intelectual, no percibimos esa conformidad mediante el simple golpe de visión intelectual (intuición) sino que precisamente, para ello, del discurso, de la reflexión. Mediante el raciocinio, de una verdad puramente intelectual percibida directamente, vamos a otra.

Frete a la verdad puramente intelectual está, como se dijo ya, la **sensible**. Framarino la subdivide en: verdad **sensible material** y verdad **sensible moral**. Es la primera "la que está en sí misma constituida por una materialidad no perceptible más que por medio del sentido". Es la segunda, "la que siendo en sí misma hecho psíquico, como los hechos de nuestra conciencia, no puede percibirse más que a través de lo material en que se exterioriza".

La verdad sensible material también puede ser percibida directamente, esto es, por intuición. En ese caso da lugar a una **certeza intuitiva física**, así denominada porque surge ante la sola contemplación de la verdad sensible material. Advertida ésta, sin necesidad de otra ayuda, percibimos la conformidad que esa verdad sensible material acusa.

Claro que como la intuición es función del intelecto, no podemos decir que fue el sentido el que por sí sólo nos brindó esta certeza. Se precisó indiscutiblemente del concurso de la Inteligencia pero en mínimo grado, pues su acción se redujo simplemente a aprobar lo que el sentido le presentó. Estamos, como dice Framarino, frente a "la intuición sensible, la intuición del sentido, la percepción intelectual de lo que se siente". Por eso el autor, en consideración a la parvedad y carácter accesorio del concurso de la inteligencia en este caso, la deja de lado y opta por denominar a esta certeza **simplemente física**. Y como no se advierte así motivo que la haga confundir con la **intuitiva puramente lógica**, que es la que brota de la intuición de la verdad puramente intelectual, la simplifica también en su denominación y la nombra **certeza puramente lógica**. Y son éstas, para el autor, las dos especies primitivas de la certeza, como también las dos únicas especies **simples** de certeza.

Es pues la **certeza simplemente lógica** "la creencia en la pose-

sión de la verdad, dependiente de la sola inteligencia", y la **simplemente física** "la creencia en la posesión de la verdad, dependiente del sentido y accesoriamente de la inteligencia en la intuición del sentido".

Al conexonar la verdad sensible con la segunda función del entendimiento (la reflexión) obtenemos la certeza **mixta**, así denominada, porque es una mezcla de la certeza lógica y de la física. Opera ella sobre todo en tratándose de las que denominamos dentro de esa clasificación **verdades sensibles morales**, pero ello no quiere decir que no abra también respecto de las **sensibles materiales**. En relación con aquéllas opera así: como ya se dijo, las verdades sensibles morales consisten en hechos psíquicos que no pueden conocerse sino a través de lo material en que se exteriorizan. Pues bien, para la certeza en relación con esta clase de verdades el sentido colabora con la percepción de la manifestación exterior de lo psíquico y la inteligencia con la apreciación de los hechos morales de la conciencia, por medio del raciocinio y con base en la exteriorización material de lo psíquico ya conocido por el sentido. En otras palabras, partiendo de algo conocido llegamos a descubrir algo desconocido. Llegamos así por medio de la reflexión a una verdad que desconocíamos. Al poseer tal verdad tendremos la certeza de la misma, certeza que es mixta, o sea, una mezcla de la física y de la lógica. Es física, en cuanto a la verdad que descubrió el entendimiento por medio del raciocinio y con base en la anterior.

Esta certeza mixta es propiamente la que tiene importancia en el campo penal. La puramente lógica no puede tenerla, porque en lo penal se trata de investigar actuaciones humanas que tienen su buen roce, no meramente tangencial, con la realidad. Todo acto humano, como producto que es del compuesto cuerpo y alma, necesariamente participa de la doble disimil naturaleza de esos heterogéneos coprincipios. En cuanto producto del cuerpo, es algo material, tangible; es la acción del brazo homicida que hunde el puñal en la víctima. En cuanto fruto del alma, es algo inmaterial e inmanente; es la intención que se fragua en la intimidad del sujeto y allí permanece. Pero a pesar de su inmanencia siempre se revela externamente mediante manifestaciones que la delatan, toda por la íntima correlación de esos dos principios que aunque disímiles, heterogéneos, fueron creados sin embargo para unirse y complementarse mutuamente.

Como en la certeza puramente lógica operamos dentro de un campo de verdades puramente intelectuales, se cae de su peso que no es esa la que tendrá relevancia en tratándose del ámbito concreto de la criminalidad.

La certeza simplemente física, si puede darse en el campo penal, pero en reducida escala. Sería el caso del delito cometido en presencia del que luego lo entra a juzgar. La materialidad misma de la acción, percibida por los sentidos, le brinda al juez la verdad



delictual y lo deja también en posesión de la misma verdad, o en otros términos, le comunica una certeza inmediatamente percibida.

Las anteriores consideraciones nos llevan a la conclusión, ya enunciada, de que es la certeza mixta la propia del campo delincencial.

Esta certeza mixta la divide a su vez Framarino en: físico-lógica o lógica por antonomasia, físico-histórica o histórica por antonomasia, y en físico-histórica-lógica o simplemente histórico-lógica.

### CERTEZA FISICO-LOGICA O LOGICA POR ANTONOMASIA

Es aquella en que al percibir en forma sensible e inmediata un hecho material cualquiera, nos elevamos a otro que desconocíamos y que venimos a deducir con base en el primero, del cual tenemos certeza física. El ejemplo clarifica la cuestión: X, mujer casada pero separada del marido, después de estarlo ostensiblemente por espacio de dos años, da a luz una criatura. Es este un hecho material que cae bajo el conocimiento de nuestros sentidos y del cual obtenemos inmediatamente certeza (en ese caso certeza simplemente física), pues percibimos sin necesidad de intermediario alguno la conformidad entre el concepto que nos formamos (que esa mujer dio a luz un niño) y la realidad misma.

Percibido este hecho material en forma sensible y directa y ciertos de él, (certeza simplemente física), como acaba de verse, nos elevamos con base en el constante modo de ser y de obrar la naturaleza a la conclusión de otro hecho que no cae bajo el campo de nuestros sentidos: la comisión de un adulterio por parte de la cuestionada mujer.

De este adulterio tenemos nosotros una certeza físico-lógica o lógica por antonomasia cuya fuente resultó ser una prueba material indirecta.

### CERTEZA FISICO-HISTORICA O HISTORICA POR ANTONOMASIA

En ésta no tenemos ya ante nosotros un hecho material, como en la anterior, sino la palabra hablada o escrita del testigo. Percibimos dicha palabra y obtenemos así la certeza física de la existencia de la misma. Esto logrado, pasamos, mediante el raciocinio, a formarnos convicción de la veracidad del atestante y, en obteniéndolo, fácilmente descendemos a afirmar la veracidad de lo atestado. Ej.: Se presenta X al juez y le comunica que Y mató a Z. No se está frente a un hecho material, como en el anterior evento, porque el juez nada ha presenciado. Ha escuchado únicamente un relato. Lo que ha percibido es la palabra del informante. De ella sí tiene la percepción inmediata, sensible y, por lo mismo, la certeza física de su existencia. Se da entonces a la tarea de comprobar la veracidad de X y lo logra en forma satisfactoria. Puede pasar,

ya sí, a afirmar, con base en ello, la veracidad de lo informado. Tiénese en este caso una certeza físico-histórica de que la información de X es cierta.

La relación en este caso se estableció entre la persona que testificó y lo testificado. La fuente de esta certeza fue un testimonio personal directo.

### CERTEZA FISICO-HISTORICO-LOGICA O SIMPLEMENTE HISTORICO-LOGICA

Es una amalgama de las precedentes. Es su base un testimonio personal —como en la físico-histórica— pero no directo como en ésta, sino indirecto. En otras palabras, el hecho material que —conocido— lleva a la deducción de otro desconocido, no es percibido directamente por el juez sino que le es suministrado por el testigo. Ej.: se presenta X al juez y le informa que la mujer Y, casada y separada ostensiblemente de su marido, dos años há, acaba de dar a luz una criatura. Tiene ante sí el juez un hecho material, pero no percibido por él mismo sino afirmado por otro, y una información, por él escuchada y recibida. Esta última la percibe directa y físicamente; el hecho material lo percibe indirectamente. Entonces, mediante el raciocinio, entra a comprobar la veracidad del testigo y a establecer qué relación haya, probatoriamente hablando, entre el hecho afirmado por X y el adulterio que dicho hecho insinúa. Obtenido lo primero, desciende, con base en ello, a rubricar la veracidad de lo afirmado y tiene así la certeza físico-histórica. Lograda lo segundo, predica la comisión del delito y obtiene así la certeza físico-lógica. De ahí su nombre de físico-histórico-lógica.

La relación establecida fue doble: de un lado entre la persona que testificó y lo que testificó; del otro, entre el hecho manifestado y el delito que insinuaba. La fuente de esta certeza fue un testimonio personal indirecto, a sea: "el testimonio indirecto de una cosa, como contenido del testimonio de una persona".

Generalizado ya, puédesse decir que la fuente de la certeza físico-lógica es la prueba material indirecta; la de la certeza físico-histórica, la prueba personal directa; y la de la físico-histórico-lógica, la prueba personal indirecta.

.....

Vistas así las diversas especies de certeza —los que materializaré al final del capítulo en un improvisado cuadro sinóptico— según lo he venido estilando en este trabajo de tesis, puédesse ya brindar algunos conceptos esenciales acerca de la certeza.

La certeza viene a ser, se ha dicho ya con Framarino, la admitida conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica. En otras palabras, la admitida adecuación entre el entendi-

miento y la cosa. Y como en dicha conformidad o adecuación entre lo que pensamos de un objeto y lo que en realidad es, consiste cabalmente la verdad, puede entonces afirmarse que la certeza es la admisión de la verdad, o "la creencia en la posesión de la verdad".

Así las cosas, fácil es advertir que la certeza es un estado subjetivo del alma. En otras palabras, tiene naturaleza eminentemente subjetiva. Y digo "eminentemente", porque no todo es subjetividad en la certeza. Si así fuese, encallaríamos en los escollos del subjetivismo y del idealismo.

Es la certeza un estado subjetivo, pero no del todo independiente de la realidad objetiva. Es, como dice Framarino, "un estado psicológico producto de la acción de la realidad percibida, y de la conciencia de tales percepciones". (\*)

Diría ya, utilizando para ella el lenguaje de los escolásticos, que es la certeza un ente de razón pero con fundamento en la cosa. "Ente de razón", en cuanto es producto de nuestras inmanentes facultades. "Con fundamento en la cosa", por cuanto ella tiene su razón de ser en consideración a la verdad y ésta, si bien por uno de sus extremos toca con la inteligencia, por el otro, en cambio, se unta de materialidad, al apoyarse en el objeto, en la cosa. Es que respecto de todas las creaciones de la mente tiene vigencia lo que los escolásticos en relación con el conocimiento encerraron dentro de las máximas "Omnis Cognitio incipitur a re, sed perficitur ab intellectu" (todo conocimiento empieza en la cosa, en el objeto, pero es perfeccionado por el entendimiento), y "nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu" (nada hay en el entendimiento que primero no hubiese estado en el sentido). Máximas estas que traducen el recíproco concurso en el actuar humano de los dos dicimiles principios que integran el compuesto: espíritu y materia.

Siendo la certeza un estado del alma es en sí indivisible e idéntica siempre a sí misma, lo que equivale a decir que no podemos fraccionar la certeza: hay o no hay certeza. Estamos ciertos de la conformidad que existe entre una noción ideológica y su correspondiente realidad ontológica, o nó lo estamos. Pero no podemos estarlo en un 20, un 50, un 90 por ciento, porque al fraccionar la certeza desvertebraríamos su osatura misma que, como se ha reiteradamente dicho, es subjetiva.

No hay contradicción entre lo que acaba de afirmarse y el hecho de haberse procedido antes a clasificar la certeza. La clasificación obedece a las diversas formas que puede revestir la certeza: puede ser entonces, como se vio, o puramente lógica, o simplemente física, o histórico-lógica, etc. Pero esas especies, en sí mismas, son indivisibles e idénticas. La puramente lógica, puede recor-

(\*) Framarino, obra citada, página 39.

darse, es la que brota por intuición o reflexión de la consideración de una verdad puramente intelectual. Pues bien, en ese caso o estamos ciertos de la conformidad que acusa esa verdad puramente percibida o no lo estamos. En otras palabras, o hay certeza puramente lógica o no la hay; pero no podemos tampoco fraccionarla. Y así podría irse argumentando respecto de cada una de las diversas especies.

La clasificación de la certeza obedece a las diversas especies de la verdad ante las cuales surge ella. Pero en sí misma, en su esencia, no es más que un estado subjetivo del alma, y como tal es idéntica e indivisible.

La certeza surge ante la verdad, pero no es la verdad; no es más que la creencia en la posesión de ésta.

Siendo la certeza un estado subjetivo (en los términos en que se ha dejado explicado), de tal naturaleza deben ser también los criterios que sirven para fijar sus diversas especies. De otro modo se incurriría en contradicción y se tendería a desnaturalizar la certeza. Por eso hace Framarino objeto de su crítica la clasificación que algunos autores traen de la certeza con base en el criterio de la verdad **objetiva**, no obstante haber empezado por reconocer como subjetiva su naturaleza. (Recuérdese que él adopta para su clasificación un criterio subjetivo cual es la diversa manera como el espíritu puede poseer la verdad).

Creo oportuno transcribir, más bien que sintetizar, la censura que hace el autor a la clasificación de la certeza con base en criterios objetivos. Son estas sus palabras:

"La distinción de la verdad es necesaria, constante y eventual es exactísima en cuanto se refieren a la verdad. Pero si se quiere aplicar esta misma distinción para determinar las especies de la certeza, no se consigue otra cosa que desnaturalizar ésta. La certeza no es más que un estado subjetivo del espíritu humano, de cualquier naturaleza que sea la verdad, no es cierta para el espíritu humano, más que en cuanto se la crea conforme con el concepto que de ella se tiene. En esta ciencia, en la conformidad de la noción ideológica con la verdad ontológica, es en donde descansa la ciencia de la certeza: por esto, cuando la verdad ontológica nos parece conforme con la noción que tenemos, es siempre y de idéntico modo igualmente cierta para nosotros, sea cual fuere su naturaleza. La una podrá ser objetivamente verdad necesaria, la otra constante, la otra, en fin, eventual; pero si todas tres se ofrecen como existentes en el mundo de la realidad tal cual se presentan en el pensamiento, todas tres serán ciertas del propio modo para nosotros.

"Esta división de la certeza con criterios objetivos, no ha sido siempre formulada por todos con la exactitud ontológica que indicamos, en cuanto a la verdad en sí, en la distinción citada de verdades metafísicas, físicas y eventuales. Hay tratadistas que hablan

de certeza metafísica, física y moral, entendiéndola por certeza moral la que se deriva del testimonio de una persona, que es la que otros más exactos llamaron histórica. Acaso me equivoque, pero me parece que reducida a esos términos la clasificación, sólo sirve para provocar confusiones. Ante todo, se ve fácilmente que la certeza moral, en ese sentido, no corresponde a la eventual: de los hechos eventuales que lo son, no sólo los hechos libres del hombre sino también los hechos particulares y extraordinarios de la naturaleza física, se puede adquirir certidumbre no sólo con relación a otros, sino por propia y directa percepción. De donde se infiere que la certeza moral, o como otros quieren histórica, como especie de certeza, no pueda comprenderse en la clasificación objetiva antes expuesta, se considera en sí, con criterio particular, y este criterio particular según hemos visto en nuestra clasificación, hablando precisamente de la certeza histórica, es un criterio subjetivo. La distinción, pues, de la certeza en metafísica, física e histórica, es una distinción heterogénea, que principia con criterios objetivos y termina al fin con un subcriterio subjetivo que sólo sirve para provocar confusión.

"Ha habido también quien, salvando la monstruosidad lógica de una distinción heterogénea en sus partes, ha dado significación homogénea y subjetiva a la indicada distinción de la certeza metafísica, física e histórica: es certeza metafísica, se ha dicho, la proveniente del mero raciocinio; física, la proveniente de los sentidos corporales; histórica, la proveniente del testimonio ajeno. Mas entendida de este modo la clasificación de la certeza, a pesar de ser ésta homogénea subjetivamente, resulta aún incompleta e inaceptable.

"Para convencerse de la inexactitud de semejante clasificación, basta fijarse un momento en las pruebas e intentar subordinarlas a las especies de certeza. Tomemos, por ejemplo, la prueba material indirecta, el indicio puro, percibido directamente en su existencia material, por el juez, y no creído bajo la fe del testimonio personal; de qué certeza será fuente la prueba material indirecta? De certeza metafísica, no; no se trata, en efecto, de verdades de pura razón. De certeza histórica tampoco. Ya que nos colocamos en el supuesto de que lo material del indicio se percibe directamente por el juez. Será, pues, fuente de certeza física? Veamos.

"Para juzgar de la naturaleza de una certeza cualquiera, se necesita referirla a su objeto, esto es a la cosa que se busca. Ahora bien, cuando se habla de prueba material indirecta, se habla de un hecho material directamente percibido que sirve para hacer conocer otro hecho no percibido directamente, y que queremos investigar; a este otro hecho, que no percibimos con nuestros sentidos, llegamos por la reflexión, lo alcanzamos por obra del raciocinio: pero de este otro hecho, que es el que precisamente logramos ver con la prueba material indirecta, no tenemos certeza física, sino cer-

teza lógica. Se dirá, acaso, que debe hablarse de certeza física, sólo porque se toma el móvil de la percepción sensible, directa, de lo material del hecho inicial?. De ningún modo, esa es la ley común de toda certeza mixta; se comienza siempre percibiendo directamente con nuestros sentidos lo material de lo que constituye la prueba, para pasar luego a crear, por obra lógica, la cosa probada. Verifícase esto también en el caso del testimonio personal; se empieza por percibir (lo) material y directamente la palabra del testigo, para luego pasar a crear en la cosa afirmada. Será también el testimonio fuente de certeza física?. En suma; con la clasificación de sentido subjetivo de la certeza en metafísica, física e histórica, la prueba material indirecta queda fuera del campo, por no ser subordinable a ninguna de las tres clases.

"Volveremos, pues, a fijarnos en la clasificación objetiva de la certeza en la fórmula, ontológicamente exacta, antes expuesta, de certeza metafísica, física y eventual, clasificación que se funda en la triple naturaleza posible de la verdad como necesaria, constante y eventual. Hemos considerado tal clasificación en su naturaleza y habiendo demostrado que no es aceptable para la certeza, considerémosla ahora en sus consecuencias.

"La primer consecuencia errónea a que ha llevado la errónea clasificación objetiva de la certeza, es la siguiente: considerando que la verdad necesaria es superior a toda otra verdad; considerando que la verdad constante es superior a la verdad eventual, en cuanto la primera no admite lo contrario, a no ser en el caso de una ley natural distinta y desconocida, y la segunda admite normalmente la posibilidad de lo contrario; considerando todo esto, se ha establecido una relación de más y de menos entre las varias especies de certeza. Se ha dicho: si la certeza metafísica consiste en la verdad necesaria ante la mente, tal certeza debe ser mayor que cualquier otra; y si la certeza física consiste en la verdad constante ante la mente, tal certeza será menos que la metafísica y mayor que la eventual. Ahora bien, tal consecuencia es errónea como lo es la premisa. La certeza es un estado simple e indivisible del alma. Y, por tanto, siempre igual e idéntica a sí misma. La certeza es la admitida conformidad entre la noción ideológica y la verdad ontológica; así, o se cree en esta conformidad entre la propia noción ideológica y la verdad ontológica, y se está cierto, ya se trate de verdades necesarias, ya de verdades constantes o de eventuales, o no se cree y no se está cierto de ninguna manera. Establecer un parangón entre la cantidad de las diferentes certezas, no está bien; la certeza, estado simple e indivisible del alma, es siempre igual, sea cual fuere la verdad objetiva a que se refiere. Quien ha percibido bien personal y directamente el hecho eventual de la herida hecha por Ticio a Cayo; quien ha percibido bien personal y directamente el hecho eventual de un peñasco desprendido de lo alto de una montaña y precipitado en el valle, está seguro de estas ver-

dades eventuales, como puede estarlo de que la parte es menor que el todo, verdad ésta necesaria, por ende de orden supremo entre las verdades.

"La diversa naturaleza de las verdades en que se cree, no implica diferencia de cantidad en la certeza como estado determinada del alma; tal estado del alma no tiene más ni menos, es siempre idéntico e igual a sí mismo. Se debe, sin embargo, observar que en un momento psicológico e ideológico distinto de la certeza concreta, se puede, considerando en abstracto las varias especies de la misma, afirmar relativamente una mayor o menor posibilidad de error: lo que no es lo mismo. Me explicaré: Cuando consideramos en abstracto esos juicios, pertenecientes a tres especies distintas de certeza, podemos encontrar desde el punto de vista de las especies a que tales juicios pertenecen, que el primero es más expuesto a error que el segundo, y el segundo que el tercero. Pero entiéndase bien; considerándolos en abstracto, y aquí está el nudo del problema, porque considerados en concreto, cuando llegamos a la certeza de una proposición dada, se indica con esto que hemos rechazado toda posibilidad de error, pues de otra modo no estaríamos ciertos. Se trata de momentos ideológicos y psicológicos distintos.

"Cuando el espíritu humano llega, pues, a estar cierto de una lógica, que no es el de la certidumbre concreta, considera en abstracto varias especies de certeza, se encuentra con que unas especies ofrecen menos garantías que otras para responder a la verdad objetiva, lógicamente afirma que la primera presenta mayor posibilidad de error que la segunda.

"Cuando el espíritu humano llega, pues, a esta cierto de una verdad determinada, quiere decir, repetimos, que ha echado a un lado toda posibilidad de error, por lo que la certeza es siempre igual para el espíritu humano, lo mismo cuando se refiere a una verdad necesaria que cuando se refiere a una verdad constante y eventual.

"La rapidez de los movimientos de la inteligencia contribuye con frecuencia a no permitir distinguir la sucesión y la diferencia de los momentos intelectuales, simulando a veces la simultaneidad y también la identidad; pero no debe esto engañar al filósofo. Lo sucesivo y lo distinto del espíritu, los pone de manifiesto la lógica cuando no se percibe en el tiempo.

"En resumen, no está bien eso de andar buscando cuál es la mayor entre las varias certezas, porque la certeza no tiene grados ni cantidad; se está cierto o no se está cierto. Es lógico tan solo investigar cuál de las certezas está más o menos expuesta al error. Siendo esto además lógico, desde el punto de vista de la certeza específica, considerada en abstracto, porque la certeza particular considerada en concreto, en la conciencia de un hombre dado, crea

siempre tener garantías suficientes contra el error, sin lo cual no tiene certeza". (\*)

Censurado el criterio objetivo como base de la clasificación de la certeza, pasa Framarino a explicar pormenorizada y gradualmente, las posibilidades de error que ofrece cada una de las especies de certeza, ciñéndose, claro está, a la clasificación que él hizo.

En síntesis traeré el pensamiento del tratadista, y en gráfico lo ofreceré al final de este capítulo.

Para Framarino es la certeza **puramente lógica** la que menos posibilidades de error ofrece, por cuanto en ella no opera más que una simple vía, la intelectual.

Viene luego la **simplemente física**. Ofrece ésta más posibilidades de error que la anterior, por cuanto en ella entra en juego una doble vía: el entendimiento —en forma accesoria— y el sentido, de manera principal. Pero ofrece menos posibilidad de error que las que le subsiguen, por cuanto en éstas es más complicada la acción, ya que entra a operar la reflexión, en tanto que en ella el papel del intelecto es sencillo y accesorio. Puede decirse que todo se reduce a la pura y simple percepción del sentido.

Ocupa el peldaño inmediatamente descendente la certeza físico-histórica. Presenta ella más posibilidades de error que las ya enunciadas, pero menos que la físico-lógica y la físico-histórico-lógica. Entra ya el raciocinio en plena acción y por eso es más susceptible de error que las anteriores, pero la labor no es tan ardua porque se reduce a probar únicamente la veracidad del testificante para luego de allí deducir la verdad de la testificado, y por esto está menos expuesta a error que las que a continuación serán mencionadas.

Tócale el turno a la certeza físico-lógica. En ella opera la reflexión y en forma muy ardua y complicada porque hay que llegar a cerciorarse satisfactoriamente de cómo un hecho lleva al conocimiento de otro totalmente desconocido y cómo de las múltiples relaciones que se generen entre ambos hechos es la que elegimos, la que debe ser tenida en cuenta por sobre las demás. Por estas razones está más expuesta a error que las especies anteriores, pero menos que la que se pasa a enumerar.

En el último de los peldaños se encuentra la certeza físico-histórico-lógica. Es ella la que más posibilidades ofrece de error, lo que es obvia, pues aun en sí las posibilidades de la físico-lógica y la físico-histórica ya anotadas.

#### SUJETO DE LA CERTEZA

Siendo la certeza de la naturaleza eminentemente subjetiva, no otro que el alma del que juzga puede ser su objeto.

(\*) Framarino, obra citada, páginas Nros. 29 a 32.



Ahora bien, las principales facultades del alma son el entendimiento y la voluntad. Se ha visto ya el concurso inmenso del entendimiento y la voluntad. Se ha visto ya el concurso inmenso del entendimiento en orden a la adquisición de la certeza. También la voluntad ha de desempeñar su papel, y lo va a hacer en un acto posterior a la adquisición de la certeza, que es el convencimiento racional.

Si la certeza es la seguridad de poseer la verdad, el convencimiento es la seguridad de poseer la certeza.

"La certeza es —dice Framarino— la afirmación preliminar de la verdad, significando que la noción ideológica se presenta como verdadera; el convencimiento es la afirmación sucesiva de la afirmación de la certeza, significando que la certeza es legítima y que el espíritu no admite dudas acerca de la verdad. El convencimiento racional, en suma, no es más que un juicio subsiguiente, determinante y perfeccionado del primero, que constituye la certeza; la certeza es la admisión de la verdad; el convencimiento, a su vez, es la admisión de la certeza, como legítima". (\*)

Aplicado ese convencimiento racional (así llamado porque es la aquiescencia de la voluntad, a lo que el entendimiento le presenta como cierto) al campo penal, resulta el convencimiento judicial. De suerte que el juez para dictar sentencia condenatoria, por ejemplo, no sólo debe estar **cierto** sino también **convencido** de la verdad, que en lo penal se reduce a la individualidad criminosa" que se investiga, o lo que es lo mismo, al delito.

Ese convencimiento debe presentar, según Framarino, las siguientes características:

a).—Ha de ser **simple e idéntico**, como simple e idéntica es la certeza de la cual brota. No hay, pues, fracciones de convencimiento. Se está convencido o no se está convencido.

b).—Debe ser **natural y no artificial**, esto es, debe brotar espontáneamente para el juez del arsenal probatorio que ha sido sometido a su estudio, y no de ajenas influencias. De ahí el grave inconveniente del "sistema legal de prueba", en el que el legislador de antemano impone al fallador el convencimiento. En este caso, puede el juez llegar a estar **cierto** de la verdad penal (delito); por cuanto se ha reunido la prueba que la ley le exige para que tenga como probado un hecho delictuoso, pero no **convencido** de la misma, porque puede no estar moralmente cierto de lo que legalmente tiene que estarlo por haberse reunido el recaudo probatorio.

En otras palabras, puede creer, por ejemplo, que el delito no se cometió, o que fue cometido por otro que aquel a quien la prueba señala como autor, y sin embargo ha de declarar su existencia

(\*) Framarino. Obra citada, página 41.

o condenar a éste porque el recaudo legal probatorio exigido para lo uno o lo otro se ha llenado satisfactoriamente.

Afortunadamente este sistema legal de la prueba ha ido siendo morigerado en su rigorismo y hasta superado en algunas ramas y aspectos del derecho, y llegará el día en que lo sea en forma total y definitiva. Ha de abonársele, eso sí, que en su época marcó un avance en las disciplinas penales, pues puso freno al nefando arbitrio judicial en tiempos en que se administraba justicia prácticamente sin fórmula de juicio.

c).—Debe ser **razonado** y no simplemente intuitivo.

d).—Y finalmente **social**. Por tal entiende Framarino el que sea tan bien fundado que a igual convencimiento llegue toda otra persona razonable que se entere de las pruebas que lo motivaron.

Se pretende, pues, que el convencimiento judicial no sea únicamente fruto de subjetivas apreciaciones del juez, sino genuino resultado de las pruebas aportadas.

No está por demás anotar en relación con la certeza que podemos denominar penal, que ella no podrá nunca ser absoluta porque en lo penal lo que trata de investigarse son hechos humanos y no verdades absolutas. De suerte que siempre habrá frente a los motivos que nos inducen a afirmar, motivos que nos inclinan a dudar. Pero hecho el análisis racional de unos y otros, y decidido que nos hayamos por los primeros, estaremos ciertos del hecho y tal certeza no será una mera probabilidad, sino que será tan verdadera —dentro de su esfera— como lo es la que surge de las verdades puramente intelectuales.

Refiriéndose a esta certeza judicial, afirma Framarino:

"Desde este punto de vista, la certeza no es más que la afirmación intelectual por parte del magistrado de la conformidad entre la idea y la realidad. Ahora bien, esta afirmación puede tener efecto, no obstante la percepción de motivos contrarios y a la afirmación; el espíritu de estos motivos contrarios, no encontrándolos dignos de ser tomados en cuenta los rechaza, y en contra de ellos o prescindiendo de ellos, afirma". (\*)

Traigo de Mittermaier las condiciones esenciales que se precisan, en su concepto, para la procedencia de la certeza:

"1ª).—Requíerese un conjunto de motivos acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción.

2ª).—Es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria. El que desea adquirir la certeza, no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien se detiene en todos los indicios que pudieran conducirlo a ella, y sólo cuando la ha hecho

(\*) Framarino, obra citada, página 49.

desaparecer completamente, es cuando su decisión se hace irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa. Estos principios, digámoslo de paso, dan al proceso inquisitivo, cuando su organización está sabiamente combinada, una extensión poderosa, un carácter imponente; porque el juez instructor se entrega con igual ardor a la investigación de los materiales que más tarde podrían ayudar a la defensa; recogería con esmero el más ligero indicio, aún contra un testigo de cargo, si de él pudiera resultar que este testigo lleva una vida poco honrosa, que debe sospecharse de su veracidad, o, en fin, que es enemigo personal del acusado.

3<sup>a</sup>).—No puede existir la certeza hasta haber sido alejados todos los motivos resultantes de los autos que tiendan a presentar la inculpación como descansando acaso sobre una imposibilidad, o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran. Se atrevería el juez jamás a condenar, aun cuando dos testigos afirmaran que el inculpado es el autor real del crimen, si dijera un testigo que en aquella época el mismo acusado residía muy lejos del sitio en que aquél fue cometido?

4<sup>a</sup>).—Antes que la certeza predomine, el entendimiento quiere ver alejados hasta los motivos mismos que no se apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario. Así se explica las minuciosas averiguaciones del juez instructor; así, cuando examina el lugar, el cuerpo del delito, debe, considerando el sitio en que se hallaban los testigos y tomando en cuenta el tiempo y la hora, preguntarse, si en efecto, aquellos han podido reconocer claramente al culpable. Mientras quede una sombra de duda, no puede haber certeza posible para el juez concienzudo.

5<sup>a</sup>).—Por lo que respecta a las circunstancias simplemente imaginables, aunque poco frecuentes, el entendimiento no podría olvidarlas desde el punto en que existieran indicios en la causa, por ligeros que fuesen, que estableciesen una probabilidad siquiera lejana. Convendría, pues, redoblar la atención si se supiera, por ejemplo, que uno de los testigos de cargo era enemigo del acusado.

Por lo demás, un amigo severo de la verdad deberá reconocer que la certeza, con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfección, y que siempre puede ser supponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre, en fin, la imaginación fecunda del excéptico, lanzándose en lo posible, inventará cien motivos de duda. En efecto: en cualquier caso puede imaginarse tal combinación extraordinaria de circunstancias, que venga a destruir la certeza adquirida. Pero a pesar de esta combinación posible, no dejará de quedar satisfecho el entendimiento cuando motivos suficientes estableciesen la certeza, cuando todas las hipótesis razonables hubiesen desaparecido o sido rechazadas después de un maduro examen: el juez entonces creerá ciertamente estar en posesión de la verdad, único objeto de sus in-

vestigaciones. Además, el legislador ha querido que en esta certeza razonable estuviese la base de la sentencia. Pretender más, sería querer lo imposible, porque no puede obtenerse la verdad absoluta en aquellos hechos que salen del dominio de la verdad histórica. Si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis contraria, se verían quedar impunes los mayores culpables, y por consiguiente, la anarquía se introduciría fatalmente en la sociedad". (\*)

Visto, más o menos a espacio, cuanto dice relación a la certeza, basta hacer una breve alusión a los otros dos estados en que, de manera fructífera, puede hallarse la mente en orden a la verdad. Son ellos la probabilidad y la credibilidad, los cuales constituyen caminos por donde vamos a la certeza.

### PROBABILIDAD

Existe lo probable cuando frente a los motivos que tenemos para afirmar irrumpen igualmente los para negar, mas sopesados convenientemente unos y otros, nos sentimos inclinados por los primeros, sin que por eso logremos alejar el temor de que la verdad esté de parte de los otros.

Es el caso del ejemplo, antes aducido, de las cien bolas (98 negras y 2 blancas) que guardamos dentro de una caja de la cual extraemos una, sin enterarnos de su color. Tenemos en ese caso 98 razones por sobre dos para afirmar que la bola extraída es de color negro, y si lo hacemos emitimos un juicio probable, mas no lograremos con ello alejar el temor de que la mencionada bola haya sido de color blanco.

La probabilidad no rechaza por completo los motivos que momentáneamente quedan desplazados al resolverse uno a afirmar o negar. Hay en ella un sedimento de incertidumbre, que es cabalmente el que la diferencia de la certeza, pues en esta sí es imprescindible rechazar definitivamente las razones negativas cuando se acoge una a las afirmativas.

Lo probable constituye un escalón o peldaño para llegar a la certeza. Se comienza por dudar entre atendernos a las razones que nos mueven a creer y las que nos inducen a no creer, hasta que al fin —pesando y valorando— llegamos a rechazar las últimas y a acoger las primeras, con lo que nos encontramos en el campo de la certeza.

Lo probable es ciertamente la tónica que preside nuestros actos en la vida ordinaria, pero no por ello puede llegar a ser nunca la base firme sobre la que se afiancen las decisiones de la justi-

(\*) Mittermaer, obra citada, páginas 60 y 61.

cia. Para éstas se precisa de la roca inconvulsa de la certeza. "Desde el momento en que se tropieza —dice Framarino— con un motivo para no creer digno de ser tomado en cuenta, falta la certeza, y no se puede condenar". (\*)

Mittermaier comenta: "Conviene distinguir muy bien la **probabilidad de la certeza**. Hay probabilidad, cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, 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 otros también 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 bastante poderosos 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". (\*\*)

Como lo probable radica en ese balanceamiento entre los motivos de más y los de menos, al aumentar aquéllos —no solo en número sino en valor convictivo— crece la probabilidad. Al aumentar los segundos, disminuye ésta. En esa oscilación radica la esencia de lo probable y por eso de él puede predicarse la graduabilidad, concepto éste que fue enfáticamente rechazada cuando de la certeza se trató, porque el admitirlo, en relación con ella, equivaldría a destruir su misma esencia.

Los grados de probabilidad, los reduce Framarino a los **verosímiles, lo probable** y lo **probabilísimo**. Este último linda prácticamente con la certeza. De él a ésta puede decirse que no hay más que un paso pues en lo probabilísimo están casi eliminados los motivos que inducen a la negación. En siéndolo, pasamos casi insensiblemente de la probabilidad a la certeza. Por eso se ha dicho que aquélla es camino por el cual llegase a ésta.

## CREDIBILIDAD

Como puede recordarse, de la consideración de lo que es la duda, dedujimos los estados en que, de manera fructífera puede hallarse la mente en orden a la verdad. Díjose entonces que surgía la credibilidad cuando se equilibraban perfectamente las razones que había para afirmar y las para negar.

(\*) Framarino, obra citada, pág. 51.

(\*\*) Mittermaier, obra citada, páginas 61 in fine y 62.

Si en lugar de las noventa y ocho bolas negras y dos blancas del ejemplo anterior, hubiese más bien dentro de la caja cincuenta blancas y cincuenta negras y se extrajese una de ellas, al afirmar que la extraída fue blanca, se emitiría sencillamente un concepto perfectamente creíble, como perfectamente creíble sería el que se emitiría al aseverar que la bola extraída fue de color negro.

La credibilidad es camino que, en forma inmediata, nos lleva a la probabilidad, y en forma mediata, a la certeza. Así, cuando ese equilibrio entre los motivos de más y los de menos se rompe en favor de los primeros pero sin que los segundos queden por ello totalmente desplazados, hemos pasado de lo creíble a lo probable. Cuando el triunfo de los primeros es rotundo sobre los segundos, hemos pasado de lo probable a lo cierto.

La probabilidad y la certeza dicen pues relación a lo creíble, así como los reversos de una y otra (improbabilidad e incredibilidad) lo atacan y destruyen, respectivamente. Lo improbable desplaza lo creíble pero no en forma absoluta, porque si la oscilación que le dio vida (imposición de los motivos de menos sobre los de más) se llega a producir luego en sentido contrario (supremacía de los de más sobre los de menos) torna entonces a parecer la credibilidad.

Lo increíble, que es el reverso de lo cierto, si destruye en absoluto la credibilidad.

La certeza y la probabilidad implican la credibilidad, porque lo que es cierto y lo que es probable no pueden menos que ser igualmente creíbles. Lo creíble viene a ser pues "la potencia embrional de la certeza".

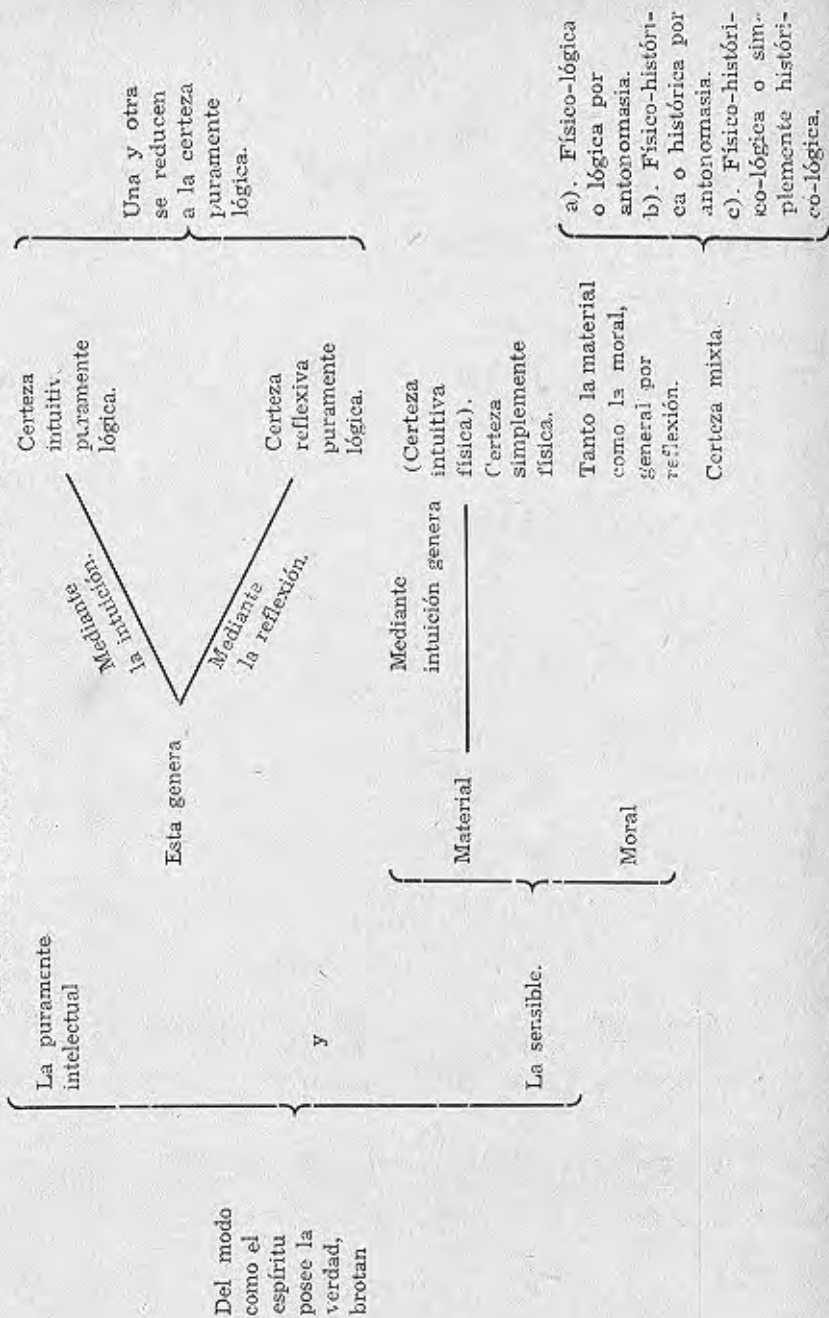
Como se ha dicho que la base de una sentencia debe ser la certeza, conviene advertir que la credibilidad —por pequeña que sea— de inocencia, desquicia la certeza de la delincuencia e impone la absolución.

Quedan así vistos los estados en que encontrarse puede la mente en orden a la verdad, que es la que constituye el fin de toda prueba, y por lo mismo el del testimonio.

.....

Agotado para mi trabajo de tesis el tema de la certeza, improvisaré gráficas para ofrecer de un golpe de vista la clasificación que de la certeza hace Framarino y la graduación de las posibilidades de error que ofrecen las diversas especies de ésta, temas éstos ya vistos más o menos a espácio en anteriores páginas de este trabajo.

Así deduce Framarino las diversas especies de certeza:



Esta es la progresión de posibilidad de error en las diferentes especies de certeza, descendiendo de las que menos grados presentan a las que más:



- a).—Certeza puramente lógica.
- b).—Certeza simplemente física.
- c).—Certeza físico-histórica.
- d).—Certeza físico-lógica.
- e).—Certeza físico-lógica-histórica.

#### E).—IMPORTANCIA DEL TESTIMONIO

Por excusado se da el entrar a elucubrar pormenorizadamente en relación con la importancia del testimonio. El mismo cuidado con que en la medida de mi modesta capacidad he venido tratando el tema, predica por sí mismo la importancia de éste.

Desde el momento mismo en que la humanidad tuvo la pretensión de administrar justicia, afianzó en el dicho del hombre sus dictados, y no es aventurado afirmar que el último fallo que se dicte por humano juez en cumplimiento de esta sacra misión de dar a cada uno lo suyo, tendrá entre sus basamentos el que brota de la prueba testifical.

Es que apenas ocurrirá un hecho sobre el cual, ya en forma directa, ya en indirecta forma, no tenga alguien algo que testimoniar. Con razón decía Betham que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia.

El testimonio ofrece, como las demás pruebas y más que ellas, serios inconvenientes. Pero aún así no ha podido ser desplazado del campo probatorio, ni lo será nunca. El día en que tal se hiciera, serían muchos los delitos que quedarían impunes, por haber dejado de lado la única quizás forma de averiguarlos y punirlos.

El testimonio es, pudiera decirse, un mal necesario del que no podremos deshacernos. Ante tal convicción lo que hemos de procurar es situarlo dentro de sus justos límites, mediante la sana crítica del mismo. Acertadamente dice Gorphe que el valor del testimonio depende de la crítica que de él se haga. (\*)

(\*) Gorphe, obra citada, página 19.



## F).—CLASIFICACION DE LOS TESTIGOS

La generalmente conocida es la que agrupa a los testigos en: *clásicos, capaces, incapaces y sospechosos*. Esta clasificación atiende a la capacidad del testificante para hacerlo y para despertar *credibilidad en su dicho*.

La primera de las subdivisiones (clásicos) bien puede ser considerada como una sublimación de la segunda (capaces). El testigo *clásico* es un testigo capaz que ofrece por sobre los que también lo son, una mayor credibilidad. La clasicidad del testimonio se reduce al summum de seguridades que pueda llegar a ofrecer un testigo. Fácil es entonces advertir que, dada la natural imperfección de lo humano, no es el clásico el testimonio ordinario, sino la excepción.

El testigo *capaz* es el testigo normal que ofrece a la justicia en orden a la credibilidad de su dicho el conjunto de seguridades que puede esperarse dentro del campo del común y ordinario ocurrir.

El *incapaz*, al contrario, carece de la integridad física o de la mental, o de ambas, con lo cual exhibe mítica su atestación, porque ella debe ser fruto de la integral estructuración humana.

Vienen a ser, pues, incapaces los que carecen del sentido u órgano que debió haberles servido para captar la sensación con base en el cual formaron el testimonio que rinden. Así, carece de capacidad (física, en este caso), el ciego para testimoniar con base en sensaciones visuales, ni merecerá crédito alguno el sordo que llegare a declarar que escuchó un disparo.

Son también incapaces los dementes y los infantes, pues carecen de su integridad psíquica. Aquéllos por defecto en el correcto funcionamiento de sus facultades superiores, éstos, por lo incipiente de dicho funcionamiento.

Igualmente lo son todos aquellos que, aunque normales, hubiesen estado al momento de ocurrir los hechos, o lo estén al referirlos a la justicia, privados del uso de sus facultades superiores como el ebrio, el que llegare a sufrir, en esos precisos instantes, una conmoción psíquica que lo inhibiese en el funcionamiento de tales facultades, el sonámbulo, etc.

No debe extenderse más la órbita de las incapacidades porque, en mi concepto, en virtud de la amplitud que el legislador brinda al fallador en materia penal para la apreciación del testimonio, todas las demás tachas que éste llegare a presentar, deben ir al receptáculo espacioso de lo sospechoso.

La causal mismo de incapacidad que intuye nuestra legislación civil en la falta de integridad moral (artículo 668, numeral 3º), creo que debe ser relegada más bien —en materia penal— a la sospecha, y erigida como una de tales causales en el mayor grado de gravedad, si así se quiere. Habrá así oportunidad para entrar a

valorar también la declaración de un tal reo, porque puede llegar a suceder que el dicho de un condenado por perjurio o falsedad esté ajustado a la verdad, y no lo esté en cambio el de alguien a quien la justicia no haya llegado a sancionar por tales delitos.

Por último, el testigo *sospechoso* es aquel que por múltiples circunstancias, llega a hacer desconfiar a la justicia, de que su dicho deba ser recibido sin beneficio de inventario.

Las causas de sospecha vienen a ser muchas y variadas. Brevemente las enumeraré:

a).—El haber sido el testigo condenado antes, en sentencia ya ejecutoriada, por los delitos de perjurio o falsedad;

b).—El vicio o la debilidad de los órganos de que precisaba para poderse pecar de lo ocurrido. Bajo este respecto es sospechoso el aserto del miope que se presentase a declarar acerca de hechos que ocurrieron a buena distancia del lugar donde él se encontraba;

c).—El deficiente funcionario de las facultades superiores, bien sea por defecto como en el fatuo, entendiéndose por tal a quien está apenas parcialmente desequilibrado; o por insuficiente desarrollo como en el niño; o por natural desgoste como en el anciano;

d).—El parentesco;

e).—La amistad;

f).—La enemistad;

g).—Las relaciones entre el testigo y alguna de las partes, relaciones éstas que pueden ser de domesticidad, de pupilaje, de adopción.

Finalmente, las aserciones del denunciante, del ofendido —que muchas veces no coinciden en una misma persona ambas calidades— y del acusado despiertan también justificada sospecha. Los primeros tienden por lo regular a hacer resaltar los hechos con los caracteres de gravedad más llamativos. El último, procura siempre exonerarse de toda responsabilidad, justificando si nó negando la acción vedada que se le imputa.

Framarino, atendiendo a la materia sobre que versa el testimonio y a la relación de tiempo entre éste y el acaecimiento del hecho, clasifica en la siguiente forma los testigos:

a).—Testigos elegidos ante factum (antes del hecho);

b).—Testigos (elegidos) presentes in facto (al momento de ocurrir el hecho);

c).—Testigos elegidos post factum (después de acaecido el hecho). (\*)

Son los primeros los llamados a cerciorarse de algo acerca de lo cual darán fe posteriormente. Con ellos prácticamente se tiende es a preconstituir prueba.

(\*) Framarino, obra citada, páginas 275, 276 y 451.

Esta clase de testigos juega más papel en el campo civil que en el penal. Se enteran de un contrato que luego debe celebrarse y, llegado el caso, atestiguan acerca de las conversaciones preliminares que escucharon. Los subdivide el autor en **verbales** e **instrumentales**, de acuerdo con la forma como se hicieron presentes en el acto. Si no sólo presenciaron sino que también firmaron algún documento, tendrán la segunda calidad; en caso contrario, ostentarán la primera.

Los testigos *in facto* son aquellos que habiendo presenciado el hecho están por lo mismo en condiciones de narrarlo. Perciben ellos lo que cualquier otra persona que hubiese estado igualmente presente habría percibido. Por eso Framarino denomina este testimonio **común** y engloba dentro de tal denominación el testimonio del tercero, el del ofendido y el del acusado.

El testigo *post factum* es el llamado a hablar de aspectos especiales del hecho, los que no caen bajo el campo comprensivo del común de los testificantes. Por eso denomina Framarino a este testimonio "**pericial**".

La diferencia principal entre el testimonio *in facto* y el *post factum* no radica en la accesoria circunstancia de haber o no haber estado el atestante presente en el momento en que el hecho se realizó, sino en la materia misma acerca de la cual versan uno y otro. El *in facto* recoge todo aquello que se observa a golpe de sentido; todo aquello que percibe el común de los hombres. El *post factum* tiene por materia cosas que no son advertidas por el grueso de los observadores sino por aquel que tiene para ella preparación adecuada.

Para Framarino es, pues, el perito un testigo, un testigo especial que depone no acerca de lo que es materia de la percepción de todos, sino acerca de aspectos especiales, técnicos. Es, entonces, el testimonio un género dentro del cual encajan esas dos especies: el común y el pericial.

Al dictaminar el perito que la herida recibida por Z de mano de X fue esencialmente mortal, y produjo por tanto en él el deceso, no está creando algo que no hubiera existido en ese momento en que los hechos tuvieron su ocurrencia en presencia de A, B, y C. La herida, al producirse, presentó el mismo carácter esencialmente mortal que el perito ahora dictamina. Si A, B y C no advirtieron aquello fue por cuanto se precisaba para ello de conocimientos que no poseían; pero sí vieron ellos la misma herida como una materialidad que a todos se revelaba.

El peritazgo no viene a ser, pues, otra cosa que un testimonio técnico rendido con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. El perito se limita a declarar lo que cae bajo el dominio de sus sentidos aleccionados (pudiera decirse), en la misma forma como el testigo común relata lo que sus sentidos burdos (pudiera agregarse) lograron percibir).

Testimonio acerca de hechos tanto el del perito como el del testificante corriente, con la sola diferencia de que en el primero el hecho es científico, técnico, y en el segundo es llano, común.

Estas diferencias encuentra Framarino entre el pericial y el común:

"Distínguese (dice refiriéndose al pericial) del común sobre todo porque al revés de éste, tiene por objeto la percepción de cosas no perceptibles por la generalidad de los hombres; ha ahí la primera fundamental diferencia entre ambos testimonios. Pero de que el pericial tenga por objeto la cosa indicada, síguese también como consecuencia, que no es un testimonio que pueda darse por quien quiera que eventualmente se haya encontrado presente al hecho; es preciso personas de capacidad especial, y para que éstas acudan es necesario invitarlas. Ha ahí otra diferencia: el perito es testigo elegido post factum, el testigo ordinario es testigo obtenido in facto; en su virtud el primero es sustituible y el segundo no. Pero si el perito es un testigo que se elige post factum, se comprende también que no puede ser llamado a testimoniar más que acerca de aquello que del hecho subsiste, esto es, sobre hechos que persisten posteriormente al delito. Y tal es otra diferencia: el testimonio pericial tiene por objeto hechos presentes, mientras el común está principalmente destinado a hacer revivir hechos pasados". (\*)

Si se atiende a la manera como llegaron hasta el testigo los hechos que relata, puede clasificarse el testimonio en: **presencial** y de **oídas**. Es presencial el que brinda aquel que se encontró en el lugar de los hechos en el momento en que éstos tenían su ocurrencia, y los percibió directa y personalmente. Equivale, en cierta manera, este testimonio al in facto de Framarino.

Es testimonio de oídas el que suministra el testigo después de haber bebido en segunda o tercera fuente la información de lo sucedido. La bondad probatoria del primer testimonio sobre el segundo es tan palmaria, que inocuo sería descender a glosarla.

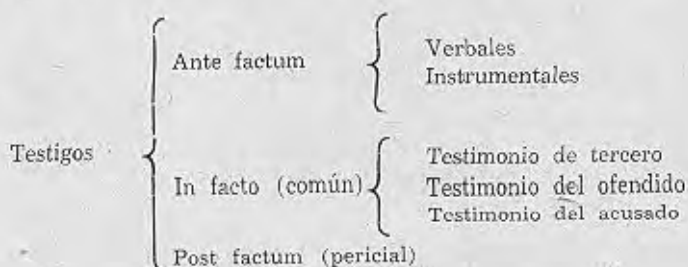
Ninguna de las tres clasificaciones que he comentado tiende a excluir a los demás. Tienen por base ellas diversos aspectos del testimonio y así, antes que oponerse, se complementan las unas con las otras.

A fin de ofrecer una mejor visión de conjunto, materializaré en gráficas las diversas clasificaciones de los testigos, ya enunciadas.

---

(\*) Framarino, obra citada, página 453.

Esta es la clasificación según Framarino. Consulta ella la materia sobre que versa el testimonio y la relación de tiempo entre éste y el acaecimiento del hecho:



Esta es la clasificación comúnmente conocida. Se basa en ella en la capacidad del testimoniante para hacerlo y para desperditar credibilidad en su atención:

