

ANALISIS COMPARATIVO DE LA CONFESION Y EL TESTIMONIO  
COMO MEDIO DE PRUEBA

CARLOS ARTETA SALTARIN  
ROSMERI VASQUEZ MENDOZA

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO-SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

DR # 0953



Nota de aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla,

PERSONAL DIRECTIVO

|  |                         |
|--|-------------------------|
| RECTOR                                   | Econ. JOSÉ CONSUEGRA    |
| DECANO DE LA FACULTAD                    | Abog. CARLOS LLANOS S.  |
| SECRETARIO GENERAL                       | Abog. RAFAEL BOLAÑOS    |
| SECRETARIO ACADEMICO                     | Abog. PORFIRIO BAYUELOS |
| PRESIDENTE DEL CONSULTO-<br>RIO JURIDICO | Abog. ANTONIO SPIRKO    |

## DEDICATORIA

Cómo decir gracias?

Decir gracias es muy poco en comparación con lo que hicieron y aún hoy hacen por mí y todas y cada una de las personas que con su apoyo moral, material e intelectual me ayudaron en gran manera para conseguir este triunfo.

Decir gracias especialmente a los que deberían estar, pero que hoy no lo están porque físicamente es imposible, pero en cada momento están en mi mente y en mi corazón y quienes sentaron las nobles bases para dar este importante paso en mi vida ellos son:

Mi madre Carolina Saltarín Martínez, mi tío el gran líder y poeta Daniel Saltarín Martínez, mis abuelos maternos que más que mis abuelos fueron mis padres Daniel Saltarín y Carolina Martínez Acosta.

Decir gracias, también a los que aún viven y quienes con su apoyo me ayudaron a escalar un pedestal más en la escale-

ra larga de la vida ellos son;

Mis tíos Luisa, Hugo, Alcides y Juan Saltarín Martínez, lo mismo que a mi hermano Rafael Guillermo.

Gracias también a quienes me transmitieron sus conocimientos en nuestra querida universidad especialmente a los doctores:

Lesbia Salas de Palacio, Elvirá de Barceló, Enrique Llinas Salazar, Rodolfo Pérez, Blas González y Alberto Peña Hernández.

También gracias al Doctor Carlos Llanos Sánchez, nuestro decano quien siempre se encuentra dispuesto a brindarle su ayuda al estudiante que se la solicita, gracias así mismo a un amigo por el cual logré ingresar a nuestra Universidad él es Víctor González.

Debo también agradecer a mis compañeros que con sus consejos supieron hacer ver en mi un concepto y una visión diferente de la vida, pero especialmente a un compañero y amigo quien su tesón y voluntad dignos de la región que lo vio nacer, ha sido para mi un ejemplo a seguir porque nos ha demostrado a todos que querer es poder, él es Lacides Plaza Pérez, el hijo de Mocarí (Córdoba).

Compañeros y compañeras, como:

Lina Flórez, María Eugenia Pérez, Margarita Bolaños, Cielo Silva, Ana Maestre, Javier Quiñonez, quienes también aportaron su colaboración para este logro, para ellos también gracias.

Carlos Eduardo

## TABLA DE CONTENIDO

|  | Pág.  |
|--|-------|
| INTRODUCCION   | xxiii |
| CAPITULO I   |       |
| 1. ANTECEDENTES HISTORICOS                               | 26    |
| 1.1. EL TESTIMONIO EN ROMA                               | 26    |
| 1.1.1. El testimonio en roma y su historia               | 27    |
| 1.1.2. Prudente desconfianza                             | 29    |
| 1.1.3. Limitaciones y exclusiones del testimonio en roma | 30    |
| 1.2. EGIPTO  | 31    |
| 1.3. RESEÑA HISTORICA DEL TESTIMONIO EN EGIPTO           | 32    |
| 1.4. BABILONIA   | 33    |
| 1.5. PALESTINA   | 34    |
| 1.6. INDIA   | 35    |
| 1.7. GEGIA   | 37    |
| 1.8. TESTIMONIO EN LA EDAD MEDIA                         | 38    |

|         |  |    |
|---------|--|----|
| 1.9.    | PARTICIPACION DE LAS SIETE PARTIDAS EN<br>EL DERECHO PROBATORIO ACTUAL | 39 |
| 1.10.   | PROCEDIMIENTO CANONICO   | 41 |
| 1.11.   | ESTATUTOS COMUNALES ITALIANOS Y COSTUMBRES<br>FRANCESAS                | 42 |
| 1.12.   | PENSADORES MODERNOS  | 42 |
| 1.13.   | CODIGO DE NAPOLEON   | 43 |
| 1.14.   | GERMANO  | 45 |
| 1.14.1. | Inadmicibilidad del testimonio en<br>sentido universal                 | 45 |
| 1.15.   | EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO                                     | 47 |
| 1.15.1. | Etapa de la presunción de veracidad                                    | 48 |
| 1.15.2. | Etapa de la desconfianza   | 49 |
| 1.15.3. | Etapa de critica científica  | 50 |

## CAPITULO II

|        |                             |    |
|--------|-----------------------------|----|
| 2.     | LA CONFESION                | 52 |
| 2.1.   | DEFINICION DE CONFESION     | 52 |
| 2.2.   | NATURALEZA DE LA CONFESION  | 53 |
| 2.3.   | CLASES DE CONFESION         | 56 |
| 2.3.1. | Expresa y tacita            | 56 |
| 2.3.2. | Simple y calificada         | 56 |
| 2.3.3. | Espontanea y provocada      | 56 |
| 2.3.4. | En juicio y fuera de juicio | 56 |

|        |   |    |
|--------|---|----|
| 2.3.5. | Confesion ficta o presunta  | 57 |
| 2.4.   | ELEMENTOS DE LA CONFESION   | 61 |
| 2.4.1. | Elemento subjetivo  | 61 |
| 2.4.2. | Elemento objetivo   | 61 |
| 2.4.3. | Elemento intencional  | 62 |
| 2.5.   | DIFERENCIAS DE LA CONFESION CON OTROS<br>MEDIOS DE PRUEBA Y CON EL ACTO JURIDI-<br>CO | 62 |
| 2.5.1. | Con el juramento  | 62 |
| 2.5.2. | Con el testimonio de terceros   | 64 |
| 2.5.3. | Con el documento  | 65 |
| 2.5.4. | Con el acto juridico  | 69 |

### CAPITULO III

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 3.     | EL TESTIGO TECNICO   | 71 |
| 3.1.   | GENERALIDADES  | 71 |
| 3.1.2. | DEFINICION   | 71 |
| 3.1.3. | Existencia del testigo tecnico   | 72 |
| 3.2.   | IMPORTANCIA DEL TESTIGO TECNICO  | 82 |
| 3.2.1. | Testigo que emplea lenguaje tecnico<br>sin tener los conocimientos científi-<br>cos, tecnicos o artisticos | 84 |
| 3.2.2. | Diferencia entre el testigo y el<br>perito   | 85 |

3.3. DISTINCION DE LA PRUEBA CON PERITOS 87

3.3.1. El conocimiento de tipo testimonial  
como conocimiento de orden comun y tec-  
nico 89

#### CAPITULO IV

4. ESTRUCTURA Y FASES DEL TESTIMONIO 94

4.1. ESTRUCTURA DEL TESTIMONIO 94

4.2. FASES DEL CONOCIMIENTO DEL TESTIMONIO 98

4.2.1. Conocimiento original y conocimiento  
derivado 100

4.2.2. El testimonio de tipo testimonial como  
conocimiento original 102

4.2.3. El conocimiento de tipo testimonial co-  
mo conocimiento favorecido por un saber  
preconstituido 104

4.3. CONDICIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS DEL  
TESTIMONIO 108

#### CAPITULO V

5. EL TESTIMONIO Y SU EVOLUCION LEGAL 112

5.1. QUE ES EL TESTIMONIO 116

5.1.2. Concepto del testimonio 118

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 5.1.3.  | Elementos del testimonio                             | 119 |
| 5.1.4.  | El testimonio de terceros                            | 122 |
| 5.2.    | REQUISITOS DEL TESTIMONIO                            | 123 |
| 5.2.1.  | Requisitos para que tenga validez jurídica           | 125 |
| 5.2.2.  | Presupuesto del testimonio                           | 128 |
| 5.2.3.  | Deber de testificar                                  | 132 |
| 5.2.4.  | Evolución del testimonio                             | 135 |
| 5.2.5.  | Clases de testimonio                                 | 141 |
| 5.2.6.  | Testimonio propios e impropios                       | 141 |
| 5.2.7.  | El testimonio de oídas                               | 142 |
| 5.2.8.  | Testimonio de parte y de terceros                    | 144 |
| 5.2.9.  | Testimonio de cargo y de descargo                    | 144 |
| 5.2.10. | Testigo de abono                                     | 145 |
| 5.2.11. | Testigo falso  | 145 |
| 5.2.12. | Testimonio de los menores de edad                    | 146 |
| 5.2.13. | Testimonio de eclesiásticos                          | 146 |
| 5.2.14. | El testigo único                                     | 148 |
| 5.2.15. | El testimonio de agente diplomático                  | 148 |
| 5.2.16. | Testimonio por certificación jurada                  | 149 |
| 5.3.    | DIFERENCIA DEL TESTIMONIO CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA | 149 |
| 5.3.1.  | Que es probar  | 150 |
| 5.3.2.  | La prueba en sentido jurídico                        | 153 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 5.3.2.1. | Apreciación de la prueba  | 156 |
| 5.3.2.2. | Carga de la prueba  | 157 |
| 5.3.3.   | Medios de prueba  | 161 |
| 5.4.     | DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y MEDIOS DE PR<br>PRUEBA  | 162 |
| 5.5.     | EL OBJETO DE LA PRUEBA  | 163 |
| 5.6.     | EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL  | 165 |
| 5.6.1.   | Diferencia entre objeto y fin de la<br>prueba   | 165 |
| 5.6.2.   | Fin extraprocesal y fin procesal  | 167 |
| 5.6.3.   | Diversas teorías sobre el fin de la<br>prueba   | 168 |
| 6.6.3.1. | Doctrina que le asigna a la prueba ju-<br>dicial el fin de establecer la verdad   | 168 |
| 5.6.3.2. | Teoría que reconoce como fin de la prue <u>ba</u><br>judicial el obtener el convencimien-<br>to o la certeza subjetiva del juez | 168 |
| 5.6.3.3. | Concepto de devis echandía  | 169 |
| 5.6.3.4. | Resultado de la prueba  | 170 |
| 5.7.     | PRUEBAS CIVILES Y PRUEBAS PENALES   | 171 |
|          | CONCLUSIONES  | 176 |
|          | BIBLIOGRAFIA  | 179 |

## INTRODUCCION

Por considerar el tema del Analisis Comparativo de la Confesión y el testimonio como Medios de Prueba, de gran importancia que desempeña dentro de la litis o de cualquier proceso de tipo investigativo, es decir, según su alcance jurídico, por lo tanto lo he escogido para analizar mi tesis de grado.

La confesión y el testimonio como medios de prueba, son pilares fundamentales para que el juez pueda esclarecer el caso.

En la confesión el procesado admite haber participado en el hecho que se investiga ya sea en circunstancias de justificación o sin ella.

El testimonio ha sido objeto de los merecidas criticas y alabanzas y teniendo en cuenta los principios de los franceses, sustantivos que usa el artículo 702 del

Código de Procedimiento Civil como criterio que debe poner en practica el juez al lado de otras consideraciones, para escoger razonablemente la verdad cuando sobre un mismo punto o hecho se presente, o las exposiciones de varios testigos que se contraigan ente sí, inclusive para presidir de las normas juridicas y la sana critica, por considerar el testimonio como eje central en cualquier tipo de proceso y que nuestra legislación lo ha acogido como medio de guia para que el juez pueda cumplir con lo encomendado por la rama jurisdiccional; Es importante por su contenido probatorio.

El testimonio a través de la historia ha transcurido por diferentes etapas teniendo en cuenta la publicidad los sistemas de libre convicción de la tarifa legal, de la presuación racional en la investigación de la verdad cada una de los criterios probatorios constituyen parte del cuerpo doctrinario que informa la critica.

## CAPITULO I

### 1. ANTECEDENTES HISTORICOS

LA HISTORIA NOS HÁBLA DEL testimonio como esencial dentro de la prueba la humanidad ha considerado este principio analítico como la más antigua y principal para la recta administración de justicia, como prueba de anterior analizaremos cada uno de los estados de la antigüedad.

#### 1.1. EL TESTIMONIO EN ROMA

Es de anotar antes de entrar a analizar el testimonio en Roma, se observaba una gran diferencia entre las legislaciones de los reyes y lo que se llamo república, entre estas y las imperiales.

Estas diferencias tuvieron como causa la necesaria evolución de todas las instituciones jurídicas y sociales.

Ejemplo los esclavos y, las mujeres estaban excluidas de manera absoluta, con el pasar del tiempo y forma gradual fueron desapareciendo los impedimentos que existían para lo que se ha enumerado.

Cuando a los esclavos se les permitió testimoniar no podían hacerlo en contra de sus amos; esta amplitud era para cierta clase de procesos pero poco a poco se disminuyeron los impedimentos, y se pudo deponer en cualquier tipo de proceso.

#### 1.1.1. EL TESTIMONIO EN ROMA Y SU HISTORIA

El testimonio en Roma, tuvo un principio histórico, basándose en la recopilación de tipo legal y conceptual, es la más sabia y admirable que registra la jurisprudencia del mundo, no hay base del testimonio o un estudio científico y analítico como de psicología experimental y clínico, pues apenas fragmentos aislados ante todas las leyes, como son las 4 y 9 DE TESTIBU-TACHAN, el testimonio de los parientes en línea recta, al inciso, al furioso, y a los dementes, como a los condenados en juicio público, y por último a los apóstatas.

También se ocupa de la superioridad de la prueba, sobre la prueba oral, aunque esté asierto ha sido discutido por los interpretes y de otros temas como el ONUS PROBANDI, con el cual el fecundo derecho ROMANO, aporta aspectos que pueden considerarse, más que impiricos, casi de psicología experimental.

La caída del imperio ROMANO, de occidente en 476, caso coincide con la expedición de la coodificación de la doctrina del esplendoroso DERECHO, desde entonces, esa larga noche de transformación sustrajo, precisamente por X Siglos hasta la caída del IMPERIO CON SU CAPITAL DISANTINA. En 1.473, del DERECHO, y su aplicación en las naciones EUROPEAS. Especialmente en DERECHO PROBATORIO o JUDICIAL, un nuevo aspecto o concepto irracional, y oscuro, como veremos el siguiente ejemplo, EL DE LAS ARDALIAS, o juicio de DIOS, esto era para determinar, que es el deudor y quien es el culpable, en algunos momentos se substituyó las investigaciones que habrían de aplicarse y perfeccionarse lo regional en el concepto DEL CORPUS CIVIL. ARDALIA, fue un sistema, de prueba judicial adoctado durante la edad media, en los tribunales civiles y eclesiasticos que confiaba en la intervención de DIOS, en favor de la inocencia y de la

verdad de DIOS, en favor de la inocencia de la verdad de DIOS, teniendo en cuenta o sin importar los modos a fuera incondusentes, e ilógicos. En esto se suponía que DIOS, se manifestaba, de manera milagrosa.

Contrariando no solo la lógica sino también las fuerzas y la expresión de la naturaleza, se llamaron juicios de DIOS (JUDICIA-DEI). Se pretendía que el fuego no quemará, que el agua no mojara, y que la fuerza de la gravedad no actúe, que la fuerza del inocente acrezca y la fuerza del culpable disminuya.

#### 1.1.2. PRUDENTE DESCONFIANZA

Se puede manifestar que en ROMA predominó de manera general el concepto de la prudente desconfianza, con respecto al testimonio, ya que se excluían a todo aquel que no reunía los requisitos para confiarle un testimonio, era una forma de reglamentar el testimonio de tipo psicológico ya que el juez debía indagar sobre la calidad del testigo, pero como en ROMA, de esa época sometía a los vaivenes de los cambios en sus instituciones que era una amplia facultad que tenía el juez en un principio para indagar sobre la credibilidad del

testigo, pero a fin de la república y durante el IMPERIO se fueron limitando por una serie de presunciones jurídicas de carácter político, y social. Pero de todas maneras fué el derecho ROMANO a quien se le asignó de ser precursor de la escuela positiva, permitiéndole al juez estudiar la personalidad del testigo antes de la declaración.

#### 1.1.3. LIMITACIONES Y EXCLUSIONES DEL TESTIMONIO EN ROMA

A pesar de que en roma ninguno podía ser constreñido a deponer contra su pariente, lo cual representaba un principio jurídico de mucho avance, existían muchas limitaciones para el testigo, como era la relación de sujeción moral y material de filios, (FILUIS FORMALIAS), y del libreto, como también la relación de parentela o de afinidad en general.

Los romanos, no consideraban que eso era serios obstáculos para que el declarante pudiera deponer con claridad el verdadero testimonio.

Estaban excluidos en ROMA de ser tenido como testigo los hermafroditas, los menores de 21 años, las mujeres, los infantes, los luchadores, de cualquier tipo de circo, claro esta que las limitaciones o exclusiones fueron desapareciendo paulatinamente; y vimo así a dar un buelco la prueba judicial de tipo legal.

En ROMA, los testigos se dividieron en dos categorias. Primero los testigos de vista, segundo los testigos de oída, que debían declarar sobre el hecho especifico del proceso y testigos laudatores, quienes debían iluminar al majistrado sobre la imagen moral de las partes, en este evento la baloración de la prueba se dejaba al intimo convencimiento del Juez.

## 1.2. EGIPTO

En gran parte de la era moderna cuando por falta de divulgación del documento tenía importancia y relevancia procesal el testimonio, pero a medida que el uso del documento se fue generalizando y a su vez restringiendo a una escala sectorial, así fue aceptado el testimonio como medio de prueba en todos los países de la historia para los asuntos de mayores importancia del tema

jurídico, económico, familiar y social, esto mirando al testimonio en el ámbito civil sucede en el proceso penal; donde le concidera como la prueba más fundamental, tal es así que es la única con más asertada.

FRANCOIS GORPHE. Mediante la escuela científica observa. Pero si el testigo es como el mundo, la ciencia del testimonio es muy joven que nuestro ámbito social. Es decir no ha acabado de nacer todavía.

### 1.3. RESEÑA HISTÓRICA DEL TESTIMONIO EN EGIPTO

A lo largo de la historia antigua de Egipto, predominó el sistema del libre convencimiento del juez, sistema carente de formalismo de la prueba legal, apareciendo ya algunos indicios en la aplicación de la tortura a los testigos falsos, o mentirosos. Por omisión de las leyes o códigos sagrados, se conoce pero en materia de la prueba en la cultura EGIPCIA. GORPHE, FRANCOIS. CRITICA DEL TESTIMONIO. Td por Ed rus madrid. <sup>1</sup>

---

1 GORPHE, FRANCOIS. Critica del Testimonio. Td por Editorial Rus Madrid. 1.933. Pp 3.

#### 1.4. BABILONIA

El antiquísimo Código de HAMURABI, se remonta cerca del siglo XXI antes de Cristo, que además de leyes penales y de derecho público reguló ampliamente en materia civil casi los mismos temas que siglos después del digesto ROMANO.

En esos entonces, ya se proveía a la forma solemne para la prueba del matrimonio y tuvo en alta estima la seriedad del testimonio oral.

Cuando dentro del famoso y legendario documento EXPRESO<sup>2</sup>. Sin contrato escrito ningún matrimonio tiene valor legal, si en proceso alguien rinde testimonio sin probar lo que dice, siempre que se trate de una causa coital es digno de muerte, y si rinde testimonio por trigo o dinero, sufrirá la condena del respectivo proceso.

---

2 ROCHA A., Antonio. De la Prueba del Derecho. 5ª Edición, Bogotá. Lernz 1.979. Pp 324.

Estas leyes de HAMURABI, instituían verdaderos y propios juicios de DIOS, ya sea que el testigo lograba probar lo que decía, cuando era lo contrario el testigo tenía que sufrir el tormento por, equivalente a lo que se afirmaba, si este no lograba demostrar la verdad.

#### 1.5. PALESTINA

En lo que palestina se refiere, en el antiguo testamento, o la sagrada BIBLIA, las leyes de Moises dió al pueblo hebreo una serie de disposiciones que nos hablan del valor probatorio del testimonio, cuando hacen relación al único testigo, al testigo malo.

Hay leyes que afirmaban que un testigo de mala fé no balía contra el testimonio de buena fé, esto era en cualquier tipo de proceso o cualquiera que fuera el pecado, porque en la palabra de dos o tres testigos se apoyaba la sentencia.

Para los testigos malos aparecen algunas leyes que cuando en consecuencia un testimonio resultare falso, al testimonio será castigado con la pena a la cual habría de ser condenado el acusado, si la situación hubiera

sido verdadera.

Un detalle interesante en una de sus leyes era el hecho que los testigos eran también los ejecutores de la sentencia, porque la mano de un sagrado testimonio era lo primero que se levantaba para condenar al culpable y que en algún momento quiso burlarse de las instituciones consagrada en algunas legislaciones.

Después venía la mano del pueblo, con este sacrificio quedaba estirpado el mal del medio del pueblo, al parecer es aquí donde se da la famosa expresión. Pena del talion, ojo por ojo diente por diente.

Teniendo en cuenta que sí el testimonio era falso la condena recaía sobre el testigo.

#### 1.6. INDIA

Desde el antiguo Código de Emanú, que se consideraba como el más antiguo sistema de leyes que regulaba temas y problemas de la época moderna y en materia de testimonio se establece aunque impiricamente el juramento. En Código de MANU<sup>3</sup> no eran admitidas para ad-

ministrar el testimonio.

Dentro de los excluidos se encuentran los, desgraciados los doblegados, por lo infortunio, de su vida, los ebregos, los ladrones, de estos impedidos para declarar en el Código de MANU, había que tener en cuenta el certificado de que quien cometía un sacrilegio contra estas instituciones.

Las teorías modernas tienen mucha similitud con la sicología judicial cuando nos habla de los factores modificares del testimonio como lo son.

La edad, la constitución física, factores fisiológicos, estado de animo, psicopatía.

---

3 TESORO G. BELLAVISTA. El testimonio y la Confesión en el Proceso Penal, Traducida. ROMERO SOTO JULIO, Bogotá, Presencia, 1.975. Pp 4.

Lo irracional de estas leyes de MANU era que se admitía los jefes de familia que poseían hijos varones, aquellos que habitaban en un mismo barrio, perteneciente o no a la clase militar, o aquellos de los siervos, además se establecería que los testigos deben pertenecer a la misma casta del acusado.

En cuanto a las mujeres no podían testimoniar, le pertenecía este sagrado deber únicamente al jefe del hogar teniendo en cuenta, la inconstancia de sus sentimientos de tipo personal honestidad por causa de su espíritu/.

#### 1.7. GRECIA

En lo que respecta a Grecia, el testimonio es muy poco lo que se encuentra en la constitución ya que lo único que se establecía era que los idiotas no podían ser llamados a testimoniar bajo ninguna circunstancia, Además se usaba la tortura para arrancar la verdad al testigo sin medir consecuencias en el proceso penal o de cualquier índole.

### 1.8. TESTIMONIO EN LA EDAD MEDIA

En la edad media el derecho atravieza por una serie de etapas en su evolución, así encontramos el proceso BARBARD, en esta etapa se observa que la litis de sierto modo para ser solucionada se sometía a la divinidad, en las ORDALIAS. En los juicios de DIOS. Como se ha enunciado y explicado que las ORDALIAS eran sistemas de pruebas judicial que se empleaba en juicios de DIOS. Además fue un sistema de pruebas judiciales adoptado durante la edad media en los tribunales civiles y eclesiásticos que confiaron con una fé sencilla y ardiente en la intervención de DIOS, en favor de incencia y de la verdad.

En un comienzo de la edad, media los testigos estaban excluidos en forma absoluta, posteriormente fueron admitidos.

El número de testigos eran tenidos con mayor credibilidad en las disposiciones. En la edad media los testigos para poder declarar, era necesario tener buena fama y un patrimonio económico, para pagar la multa si se le

comprobaba que había jurado en falso. Aquí como en la época ROMANA, no se podía recibir testimonio a los niños, ni a los parientes de las partes. Pero lo extraño era en la edad media de tener los animales en el juicio en el momento de deponer el testigo, se pensaba que estando el animal el deponente iba hablar con la verdad en la edad media corresponde ese momento histórico de las leyes de las siete partidas, en donde se tipifica el DUELO, como único medio de invocar el nombre de DIOS para demostrar que su justa causa tenía respuesta divina, el duelo manifestativo de la verdad se verifica cuando un ciudadano era ofendido en su honor, sin haber obtenido el veneficio de un testigo, no de otras manifestaciones de tipo sustancial y de inocencia, recurre al medio de desafiar a su adversario con la confianza en que la victoria sera el mejor testigo de la verdad.

#### 1.9. PARTICIPACION DE LAS SIETE PARTIDAS EN EL DERECHO PROBATORIO ACTUAL

Empero, como una especie de compensación ante el histórico yerro del tormento, que tantas naciones de la épo-

ca compartían, los detalles de la regulación de la prueba testimonial en las leyes de partidas revelan una avanzada observación psicológica, se exigía al juez frente al testigo tanto que algunas suscisten, y otras en cuanto al derecho de la mujer de buena fé o de buena fama podían ser testigos en todo pleito decía la ley XVII título XVI 3ª partida, que contrasta con su total rechazo de su dicho por los primeros glosadores, este es el axioma de IN-ANTIQUIS ENUNTIATIBA PROBAT, o sea que tratandose de cosa o hechos antiguos, bien vale el testimonio de oída y de fama según la ley.

El Juez puede volver á llamar al testigo y permitirle aclarar sus respuestas.

No obra con igual prudencia y asierto la ley de las siete partidas al autorizar otra costumbre de esa época como era el testigo a siertas circunstancias aplicado a los testigos y al acusado para probacar en ellos y en las confesiones y la verdad que en caso de suma importancia se requería.

El tormento se aplicaba de manera de suplicio se aplicaba en falta de una plena prueba, cuando apenas hubie-

ra resultado sospecha de responsabilidad, en las siete partidas se estipuló reglamento de tipo jurídico.

#### 1.10. PROCEDIMIENTO CANONICO

Este procedimiento significo por el contrario un retorno al procedimiento, ROMANO, y en consecuencia se corrigió muchos errores que se habían tomado en ITALIA, con las invasiones de los BARBAROS. Sin embargo simultaneamente a las ventajas que se obtuvieron con el temor muchas de las antiguas instrucciones ROMANAS, se creó una institución que rechazó el procedimiento penal dentro de una barbarie, no siendo mejor que la imperó en la alta edad media, aquí fué instituido el secreto de la instrucción que después llevo a los excesos de la tortura y de la inquisición.

El testimonio adquiere de nuevo su importancia, ya que eran interrogado por el juez y cuando esto aparecía recticentes eran sometido a la tortura, considerando el medio más eficaz para obtener cualquier declaración que fuera necesaria, en los venecianos se establecía que el testimonio de dos mujeres, podría equivaler al testimonio de 3 hombres.

### 1.11. ESTATUTOS COMUNALES ITALIANOS Y COSTUMBRES FRANCESAS.

Estos fueron sin embargo los mismos estatutos ventos, los que primero establecieron la valoración de la prueba del testimonio que debía de ser dejado al arbitrio del juez.

En la edad media encontramos escasos informes que hagan alusión a la valoración sicologica del testimonio, y este poco informe que se tiene se halla en los estatutos de los diferentes comunes italianos y en las costumbres francesas. LA COUTERNE DE PARIS, excluía los locos, los pordioceros, los alcolicos, herejes, vasallos, monjes y sirvientes.

### 1.12. PENSADORES MODERNOS

Con César Becharia, quien en su libro de los Delitos y de las penas, respondiendo al intestisimo estudio y de la forma social que preludiaba la REBOLUSION FRANCESA, se comenzó a usar conceptos más razonables en la sistematización de la prueba testimonial, fué BECARIAS, en su libro antes citado se encaminó a abolir, todas las

absurdas exclusiones medievales, quien afirma que solo pueden ser testigo solo los hombres doctados de una buena razón, y lo cual se afirma que todo hombre tiene la capacidad, de razonar de acuerdo a la ley excepto lo que la ley excepto los que la ley ha declarado interdictos, sin distinción de raza o sexo y de clase.

En cuanto a la credibilidad de los testigos, inaugura la doctrina de la escuela clasica, basándola en el interés que tiene el testigo de decir o no la verdad, o disminuir la credibilidad, de los testigos, y se hace necesario recurrir a un número mayor de prueba. Cuando se trata de delitos especialmente atroces o inverosímiles.

### 1.13. CODIGO DE NAPOLEON

En esta etapa la remisión al libre convencimiento del juez para su valoración de la prueba, en la mayoría de los casos o los vínculos de parentesco solamente se hace mención de la edad, admitiendo así con reserva el testimonio, no se hace mención de la edad, admitiendo así con reserva el testimonio, no se hace énfasis en la edad, o cualquier tipo de impedimento, están exclui-

dos las personas cercanas a las partes, y los lesionados no juran.

#### 1.14. GERMANO

La disposición en el proceso Germano no tenía la altivez de los germanos, sino que debido al grado de desarrollo económico aún con sus bases deficientes permitían la formación de un estado regido, firme y capaz de imponer el testimonio.

Las pruebas germanicas, superaban esas condiciones hasta llegar a instituir el medio probatorio pero sin obligar al deponente a cumplir el medio probatorio pero sin obligaciones al deponente a cumplir tal vez con lo que no ha visto o conocido en su existencia. La existencia de un testigo equivalía a el aclaramiento de tipo social y espontaneo del deponente, puesto que no se sentía presionado a declarar, simplemente declaraba sobre hechos ciertos y verdaderos.

##### 1.14.1. INADMICIBILIDAD DEL TESTIMONIO EN SENTIDO UNIVERSAL

Hay circunstancias de todas las naciones coinciden en no dar crédito al dicho del testimonio o de testigo judicial, y en alguno para recibirlo ni siquiera.

a) Por motivo de la calidad del testimonio que se halla en incapacidad de percibir una sensación o de transmitir la con la imparcialidad que es sustancial y característica del buen testigo.

El principal impedimento lo recogen los artículos 214 al 218, Código de Procedimiento Civil, y 227, del Código de Procedimiento Penal. Esto en desarrollo de la constitución nacional, como también existen legislaciones, que impiden rendir testimonio a algunas personas de ciertas actos civiles, y de más actuaciones que se requiera del testimonio.

b) Por motivo del contenido o expresión interna del testimonio que pueda restarle credibilidad en todo o en parte, según normas de críticas acogidas por la ley positiva, ejemplo en cuanto un testimonio sea vago e incoherente o falta de sentido sobre el dicho de una misma persona, que ha mentido en sentido sustancial del hecho.

c) Por motivo de la calidad o valor económico de un valor o de una obligación que el testigo dice haber contraído originalmente o transmitido y extinguido, sistema reglamentado y códificado en algunas legislaciones y en especial la nuestra.

d) Porque la ley exija determinada solemnidad para el nacimiento de la ley, cualquiera que sea su valor económico sistemas basados en los artículo 232, 264 del Código de Procedimiento Civil.

e) Que el testimonio oral pueda ser o pueda ir más allá de un simple documento reconocido o autentico, según el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil.

#### 1.15. EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO

Como medio de prueba judicial el testimonio ha recibido las más inmerecidas alabanzas judiciales y despiadadas críticas. A él se le ha hecho o atribuido los más grandes errores de la justicia y los más elogiados asertos. Su consideración ha evolucionado en dos grandes etapas.

### 1.15.1. ETAPA DE LA PRESUNCION DE VERACIDAD

Corresponde a la antigüedad, en la cual recibió una extensa admicibilidad probatoria, dado que se le atribuyó una excepcional confianza. Aún en tiempo relativamente moderno, JEREMIAS BENTA, decía que los testigos son los oídos y ojos de la justicia. Equivocadamente se predicó que su valor preferente en razón en que se halla basado en una presunción, la veracidad humana, apoyada está únicamente en la condiciones morales del testigo, las cuales a su vez y a su turno deriban de las clases sociales a la cual pertenecía.

Como a los títulos moviliarios y siertas profesiones, religiones, predestinada a esa presunción, y le daban plena validez de credibilidad y eficacia, al testimonio si emanaran de testigos que reunieran tales como condiciones.

Se le daba una consideración impirica ausente de analisis científicos.

### 1.15.2. ETAPA DE LA DESCONFIANZA

Corresponde al periódico de las grandes monarquias e imperios. En imperio normales en esta etapa diferenciales acogida en el proceso penal y en civil, cuando se advirtieron sus riesgos al extremo de conciderarlas con las más intransigentes desconfianza. Se dijo entonces, que el hombre es mentiroso, por naturaleza, que la presunción no es de veracidad, sino de mendicidad, que al interes, pasiones, y la cambiante moralidad del hombre le da una innata falsía.

El cambio de posición giado relación con los cambios económicos, sociales que incidieron en el campo judicial limitando las facultades valorativas del juzgador esto es con el fin de y auge del sistema dispositivo y probatorio tarifario.

Perdió confianza, entonces el testigo "vivo" (que suele ser el hombre del común popular) para realizar la gerarquía del testigo muerto representado en la prueba documental.

### 1.15.3. ETAPA DE CRITICA CIENTIFICA

Legó después la actual etapa científica del en los tiempos contemporáneos. Los avances de la silogía experimental, el nacimiento de la lógica judicial, la regla de la sana crítica, todas estas nuevas modalidades la dieron vida al testimonio.

Su credibilidad y su valor no depende de la consideración empírica sino científica, del análisis del sujeto, objeto, y de la relación, el testimonio no es malo ni bueno sino que depende del resultado de ese análisis, de criterio, la ciencia se remueve directamente, y debe aceptarse la afirmación de GORPE <sup>4</sup> para quien si el testimonio es viejo como el mundo pero quien si afirma que la ciencia del testimonio es tan joven como él.

---

<sup>4</sup> Siglo XX, y no acaba de nacer todavía.

## CAPITULO II

### 2. LA CONFESION

#### 2.1. DEFINICION DE CONFESION

Confesión proviene del latín "CONFESSIO", que quiere decir declaración que uno hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro, o declaración del litigante o del reo en el juicio (Diccionario Español).

Del significado gramatical se tiene la noción de declaración espontánea o preguntada por otro de lo que saben respecto de un hecho que la ley tiene como delito en causa criminal.

La confesión es la declaración que hace una de las partes litigantes, de la verdad de los hechos afirmados por el adversario, favorable a éste.

## 2.2. NATURALEZA DE LA CONFESION

La naturaleza de la confesión ha dado a un debate interesantísimo. Mientras algunos fundándose en el texto de la ley, no han vacilado en considerarla como un auténtico medio de prueba, otros niegan que sea una prueba. Así se afirma que no es una prueba sino una relación o exención de la Carga de la Prueba.

Por otra parte, se ha observado que no es un medio de prueba porque ella no se logra la convicción del Juez, sobre si los hechos confesados son o no ciertos.

Dentro de otra dirección doctrinal se le atribuye el carácter de un negocio jurídico, en cuanto puede significar un acto de disposición.

También se ha considerado que es un negocio jurídico en su sustancia y una prueba en sus afectos; pero en contraposición a esta tesis, otra doctrina coloca en primer plano, el acto representativo y en segundo el acto dispositivo.

Pero como el concepto de negocio jurídico es de lo más discutido y no está aún suficientemente elaborado, se ha sostenido que la confesión constituye una declaración de voluntad procesal.

Finalmente, se niega que sea una declaración de voluntad negociar, para señalarla como manifestación o declaración de ciencia.

Según esta dirección no es un negocio jurídico de Derecho Material o de Derecho Procesal, pues entre la afirmación de una parte y la declaración del adversario está la apreciación del órgano jurisdiccional.

Bajo el influjo de la concepción privatística surgió la teoría que la confesión la configura como contrato. Se pretende encontrar un acuerdo tácito entre las partes mediante el cual se considera como verdadero un hecho para la composición del litigio y sustrayéndolo a ulteriores pruebas; sea o no verdadero el hecho admitido, éste se presenta como una verdad convenida entre las partes y que si fuere preciso, deberá prevalecer la verdad real.

Esta teoría ha sido criticada por cuanto existen profundas diferencias entre el contrato y la confesión. En efecto, el contrato crea obligaciones, mientras que la confesión se limita al reconocimiento de la existencia de los hechos. Además, la vinculatoriedad de las partes no se produce por el consentimiento de ellas, sino por la fuerza vinculatoria de la cosa juzgada.

Siguiendo la orientación privatística, también se ha intentado explicar la naturaleza jurídica de la confesión, utilizando otras instituciones de derecho material, como son la ratificación y el reconocimiento.

Si la tesis del negocio jurídico procesal no ha contado con mayores adhesiones en esta materia, la del negocio jurídico de derecho privado ha sido generalmente rechazada.

Ricardo Réimundin sostiene lo siguiente: "La confesión en juicio constituye, en nuestra opinión, un medio de prueba propiamente dicho, y como fenómeno jurídico es una verdadera manifestación de voluntad de cualquiera de las partes litigantes; pero ello no quiere significar que debe configurarse, necesariamente, como

una declaración de tipo negocial.

### 2.3. CLASES DE CONFESION

2.3.1. EXPRESA Y TACITA. La expresa es la que se efectúa con palabras que manifiestan claramente lo que se reconoce o admite; tácita es aquella que se interfiere de algún hecho o sea presume por la Ley. Nuestro Código de Procedimiento Civil la denomina ficta o presunta; más adelante la estudiaremos con detención.

2.3.2. SIMPLE Y CALIFICADA. Es simple cuando se confiesa lisa y llanamente, y calificada si se restringe la intención del adversario mediante aditamentos de circunstancias o modificaciones.

2.3.3. ESPONTANEA Y PROVOCADA. Espontánea, cuando es por iniciativa del confesante; provocada es la que se hace en virtud de interrogatorio o pliego de posiciones.

2.3.4. EN JUICIO Y FUERA DE JUICIO. En juicio o judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en otro

proceso o en diligencias previas.

En algunas legislaciones se exige la competencia del juez para el negocio de que forma parte el hecho confesado, entre nosotros no; fuera de juicio o extra judicial, es la hecha en otra oportunidad o antes distintas personas.

2.3.5. CONFESION FICTA O PRESUNTA. La no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertas los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o de respuestas evasivas.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no

admitiere prueba de confesión la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

Estudiamos pues, las disposiciones que nuestro Código de Procedimiento Civil trae sobre esta confesión, analizando el artículo transcrito anteriormente, y en lo posible todos aquellos que le sean afines.

Cuando el citado se niega a responder en forma expresa o clara, se distingue si la pregunta es asertiva o no; en el primer caso, se aplica la consecuencia de tener por cierto el hecho, naturalmente mientras no se desvirtúe con prueba libre en contrario; en el segundo caso, cuando la preguntata no es de tipo asertivo, no es procedente considerar el hecho cierto, por la sencilla razón de que en la pregunta no se determina en forma expresa, como cuando se pregunta, dónde se encontraba el interrogatorio cierto día, o que bienes poseía en el momento de celebrar un determinado contrato etc., entonces, sólo se puede aplicar la consecuencia de tener esa conducta como un indicio en su contra, que será aplicado libremente por el juez.

Cuando no se comparece al interrogatorio, y exista un pliego de preguntas, cerrado o abierto, se aplica la misma consecuencia que en el caso anterior, es decir, que cuando comparece pero se niega responder. En igual consecuencia tiene el comparecer y responder, pero en forma evasiva y expresa y clara.

Cuando no se ha formulado pliego escrito de preguntas y se trata de la no comparecencia del citado, se consideran ciertos los hechos alegados en la demanda, o en la contestación de la demanda como fundamento de las excepciones, cuando el citado es el demandante.

Naturalmente, en todo caso, para que pueda tenerse el hecho como cierto por la no comparecencia, la negativa a responder el hecho con evasivas, es indispensable que aquél sea susceptible de prueba por confesión.

Diferente es el caso de la no contestación de la demanda, pues regla general se considera tal conducta, como un indicio en contra del demandado, y lo mismo ocurre si se contesta, pero con evasiva, en vez de aceptar o negar cada hecho, o de manifestar que le consta al de-

demandado si esa es la verdad (artículo 95 del Código de Procedimiento Civil).

#### 2.4. ELEMENTOS DE LA CONFESION

2.4.1. ELEMENTO SUBJETIVO. Sujeto activo de la confesión es, normalmente, el litigante que quiere obtener esta prueba de la persona de su adversario; sujeto pasivo de la confesión es el litigante contrario a quien se solicita el medio de prueba.

2.4.2. ELEMENTO OBJETIVO. La confesión debe versar sobre los hechos, así, corresponde distinguirla del allanamiento.

Se dice que el allanamiento es el sostenimiento a la pretensión del actor; confesión y allanamiento implican actos de reconocimiento a favor de la parte adversa: la confesión, respecto a sus afirmaciones de hecho, y el allanamiento respecto a la pretensión jurídica.

Se plantea un problema interesante sobre si pueden o no equiparse a hechos, ciertos juicios jurídicos, es-

pecialmente si estos contienen la calificación de un hecho según un concepto jurídico generalmente conocido.

Las posiciones deben ser concernientes a la cuestión que se ventila y a los hechos controvertidos; deben versar sobre hechos propios del absolvente o sobre simple conocimiento de un hecho ajeno.

2.4.3. ELEMENTO INTENCIONAL. La confesión ha sido definida como el reconocimiento de la verdad de un hecho con el propósito jurídico de dar la razón al adversario.

Se introduce de esta manera, en el concepto de la confesión, el elemento intencional.

2.5. DIFERENCIAS DE LA CONFESION CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA Y CON EL ACTO JURIDICO

2.5.1. CON EL JURAMENTO. Algunos de las diferencias de la confesión con este medio de prueba son las siguientes:

- 1) El juramento tiene cabida Únicamente dentro del proceso, mientras que la confesión puede ser, como ya se ha visto, extrajudicial.
- 2) El juramento decisorio exige que quien lo defiere tenga el ánimo específico de que el hecho quede probado con ese medio de conformidad con lo que su contraparte declare, mientras que en la confesión puede estar ausente todo ánimo de suministrar una prueba o de reconocer una obligación, pues que basta el carácter conciente del acto.
- 3) Los efectos probatorios del juramento recaen sobre hechos precisamente favorables al declarante, esto es, a quien se defirió el juramento o lo presta en tanto que la confesión versa sobre hechos desfavorables al confesante.
- 4) El juramento es siempre provocado cuando es decisorio, o necesario si es estimatorio, mientras que la confesión puede ser absolutamente espontánea.
- 5) El juramento puede ser necesario, si la ley lo exige como único medio de prueba, o voluntario, mien-

tras que la confesión nunca es necesaria, puesto que siempre puede ser reemplazada por otros medios (documentos, indicios, testimonios, etc. ).

6) En la confesión puede existir acuerdo de las partes en el hecho, mientras que en el juramento decisorio hay siempre desacuerdo entre aquellas, y por este motivo se recurre a deferirlo.

#### 2.5.2. CON EL TESTIMONIO DE TERCEROS

1) El objeto de la confesión es siempre un hecho perjudicial al declarante o favorable a quien es su adversario en el proceso contencioso, mientras que el objeto del testimonio de tercero puede ser lo mismo un hecho indiferente o perjudicial a estos, que uno favorable.

2) La posición procesal de los sujetos del acto es también diferente. En sentido estricto, el testimonio debe provenir de quien no es parte procesal en el proceso donde se hace valer como prueba, ni como demandante o demandado, ni como interviniente principal o secundario, ni apoderado de estos; (sin que importe para

que el testimonio exista, que pueda ser sujeto de litigio, por tener interés jurídico en él desde que no concorra al proceso en ninguna de esas calidades). La confesión, en cambio, es siempre un acto de quien es parte en el proceso donde se hace valer o de su apoderadado representante, sea que en el momento de ocurrir tenga esa condición o que el proceso donde se hace valer o de su apoderado representante, sea que en el momento de ocurrir tenga esa condición o que el proceso se inicie posteriormente, pues esta circunstancia determina su carácter procesal o extraprocésal.

3) Los efectos jurídicos de la declaración respecto al declarante, en el proceso donde ocurre, son distintos en la confesión y en el testimonio de terceros, en cuanto lo de aquellas son vinculantes y le imponen testimonio de terceros, en cuanto lo de aquellas son vinculantes y le imponen allí consecuencias desfavorables, en tanto que los de éste no pueden perjudicarlos, en el mismo proceso, precisamente por no ser parte en él.

### 2.5.3. CON EL DOCUMENTO

1) En cuanto a sus sujetos, la confesión debe emanar siempre de quien es parte en un proceso, el documento puede provenir de un tercero.

2) En cuanto a la forma la materia, la confesión debe ser oral y el documento no; cuando se deja acta escrita de una confesión no existe un documento desde el punto de vista de las pruebas judiciales, sino una pieza de expediente.

3) en cuanto a su naturaleza, el documento de una prueba real y objetiva, la confesión personal y subjetiva; la confesión es un acto humano y el documento es una cosa; la confesión es siempre una declaración de conciencia y el documento puede contener o no una declaración, y ésta puede ser de conciencia (cuando es puramente declarativo, lo que ocurre cuando proviene de un tercero y se refiere a actos de otras personas y en ocasiones cuando los crea una de las partes, por ejemplo, si se limita a dejar constancia de un hecho ajeno o a reconocer uno propio ocurrido con anterioridad) o, de voluntad y constitutiva o dispositiva de efectos jurídicos determinados, como los contratos y el testamento.

4) En cuanto a su contenido, no hay confesión sobre puntos de derecho y, en cambio, las partes pueden hacer constar en un documento simple cuestiones jurídicas (cuando se trate de calificar jurpdicamente hechos o actos), como la interpretación que le den a un contrato, aunque ese documento sólo sirva de prueba del hecho de haberse otorgado, de su fecha y de las declaraciones que se documentaron; el documento puede limitarse a presentar imágenes, en forma plástica, sin ninguna declaración, y la confesión no puede ser concebida sino como una representación declarativa.

5) En cuanto a sus efectos jurídicos; la confesión siempre se produce contra la parte de quien proviene y el documento sólo de ciertos casos, porque puede resultar favorable a ella y aprobar a su favor; además, cuando el documento proviene de un tercero puede favorecer o perjudicar a cualquiera de las partes.

6) En cuanto a sus funciones, la confesión tiene únicamente función probatoria, al paso que el documento puede desempeñar también una función sustancial, de solemnidad légal para darle existencia jurídica o va-

lidez a ciertos actos extraprocesales.

2.5.4. CON EL ACTO JURIDICO. La confesión, como el testimonio, está formado por relatos de hechos ya sucedidos y se diferencia del acto jurídico en que es el resultado de un proceso evocador, y no de una manifestación actual del consentimiento como sucede con este.

## CAPITULO III

### 3. EL TESTIGO TECNICO

#### 3.1. GENERALIDADES

Tecnico del latín (TECHNICUS). Perteneiente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes.

Aplíquese en particular las palabras o expresiones empleadas exclusivamente y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de una arte ciencia u oficio, el posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte.

#### 3.1.2. DEFINICION

Podemos decir que el testigo tecnico como aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ci-

encia o arte y que al narrar unos hechos se valen de aquellos para aplicarlos, y posiblemente exponerlos con más claridad cuando sea necesario y se tome con argumento científico.

### 3.1.3. EXISTENCIA DEL TESTIGO TECNICO

Se ha ensayado distintas respuestas, como recurrir a una experiencia específica del declarante, es tanto como sostener que el hecho únicamente se hubiera podido realizar en toda su dimensión, en razón de la capacidad científica, técnica, o artística, en forma especial que posee quien observa el hecho.

Expliquemoslo con un ejemplo, un testigo que presencie las convulsiones de una persona y su fallecimiento, si no tiene la calidad de médico, lo cual utilizará en la descripción del acontecimiento un lenguaje no apropiado o cotidiano. En cambio un médico que presencié el mismo hecho puede manifestar que la persona falleció del corazón.

No es el lenguaje científico lo que identifica al testigo técnico, sino su especial dotación de conocimiento

tos.

Es el lenguaje el que identifica al testigo técnico, así lo afirma, VICTORIO DENTI, queda solamente por distinguir en la declaración testimonial el uso del lenguaje ordinario o común del uso del técnico, en este plano queda o puede plantearse efectivamente una diversa modalidad del testimonio.

Se trata por parte una distinción bien conocida y que constituye uno de los puntos de referencia esencial en la construcción de la moderna teoría lógica.

Para los fines de la presente investigación podemos mantener que el lenguaje común es aquel que trae el propio significado de la experiencia cotidiana y se caracteriza por su intermediación pragmática, estando ligado a entenderse y a estándares y a medios de comunicaciones inmediata y de origen y naturaleza social.

No debe olvidarse que el discurso técnico lo científico que se vale de un lenguaje reflejo y convencional y que trata de construirse autónomamente respecto del

discurso común, lo cual aparece vinculado, excepción hecha en cuanto a los lenguajes puramente simbólicos con el lenguaje ordinario, puesto que no sólo se utiliza el hecho, de casi todas sus expresiones cognositivas, sino que aparece respecto de él, que puede ser en forma disléctica e históricamente abierta.

En esta perspectiva es posible descubrir y distinguir el testimonio común del testimonio técnico, al cual se verifica cuando en la narración de los hechos el testigo hace uso de un lenguaje especializado con esta fórmula sus percepciones y sus deducciones usando el modo del discurso técnico o científico.

Realmente para nosotros no es el lenguaje que se emplee para medios de identificar el testigo técnico o científico, a menudo nos encontramos.

Con personas que manejan un lenguaje técnico o científico sin conocer su significado y mucho menos poseer los conocimientos de la ciencia hacer referencia. Por ejemplo, quien suministra los elementos químicos de un laboratorio universitario durante varios años, se pue-

de familiarizar con los nombres de los elementos pero no sabe que significado tiene cada uno de ellos, y mucho menos conocer la química con que están procesados.

Es decir no por el uso apropiado de los términos de una ciencia, arte, alcanza la calidad de especialista en el respectivo campo.

Por el contrario quien es técnico o científico o posee vocabulario especializado en la materia respectiva.

Como la ciencia de la explicación objetiva y racional de los fenómenos sometidos a sus estudios técnicos es el de aquellas personas que pueden dar, con fundamento, éste tipo de explicaciones y la podrán hacer porque efectivamente tienen la calidad requerida.

Al respecto ha dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Ahora bien con respaldo en el anterior código de Procedimiento Civil venía sosteniendo la Corte que la demostración de la demencia de una persona, en todo género o proceso requería la prueba de perito que fueran versados en la materia.

Con todo a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil esto es tratándose de un proceso de interdicción artículo 659.

Además puede lograrse por otro medio de prueba.

Claro que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, no subestima el medio más idóneo para establecer las perturbaciones mentales de las personas es la prueba de peritos con conocimiento esto en la ciencia de siquiatria.

Porque según el derecho probatorio, el testigo técnico puede servir para demostrar en determinado evento, las anomalías síquicas de que adolece una persona como ocurre cuando el médico siquiátrico ha tratado al enfermo y declara el hecho de haber observado en él sicopático que padecía en determinada época y la gravedad del mismo o suprimía la determinación de la voluntad.

Abordando la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El tema de los medios de pruebas adecuados para establecer la demencia en la persona en proceso distintos del interdicción. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, doctrinó en la

mencionada sentencia, ahora bien si que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad siquica que padese o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apresiada es admisible para esta establecerla si proviene de persona o personas especialmente calificadas en la materia por sus conocimientos científicos, a la cual por serlo, la ley les permite el artículo 227, inciso final, y numeral segundo del artículo 228, del Código de Procedimiento Civil. Que exponen conceptos como una excepción al principio.

Es por lo tanto que les están vedado a emitir conceptos como una excepción u opiniones de tipo personal, por eso son los llamados testigos técnicos tal sería el evento de los médicos que trataron al paciente y que al testimoniar sobre éste conceptúan que padecía una enfermedad mental cuando testó o celebró el contrato o acto cuya validez se discute.

Lo anteriormente expuesto conduce a poner de presente que las dolencias síquicas que presentan las personas no sólo se pueden establecer con pruebas pericial sino

con otros medios, como ocurre con el término.

Pero si el litigio versa sobre interdicción en ese evento es imprescindible la prueba la prueba de peritos de médicos para determinar el estado del paciente y su capacidad para administrar bienes, y disponer de ellos.

Por lo tanto en la legislación procedimental anterior como en la actual ésta prueba constituye una exigencia en este linaje de proceso, artículo 659 del Código de Procedimiento Civil numeral 4º.

De suerte que le asiste al censor cuando le imputa al tribunal yerro, en el sentido de la apreciación de la prueba.

En este caso cuando el sentenciador parte de la base sin hacer distinciones, de procesos. La demancia se establece mediante prueba de peritos, por lo tanto se debe diferenciar la perturbación de la interdicción.

Pueden probarse por otros medios de pruebas, como las declaraciones de testigos técnicos. Tienen razón el

recurrente cuando afirma que el sentenciador AD-QUEM. Cayo en falencia al apreciar los testimonios de médicos siquiátras tratante del demandante, Doctores X y Y porque mediante esto se establece la demencia siquica grave que aquél padecía por la época de la celebración del contrato de compra y venta con él. Por lo tanto se llega a la conclusión de que nuestra CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, acoge el criterio de que el testigo técnico es la persona idónea, experta en una determinada ciencia o arte.

Al hablar de los médicos siquiátras la CORTE no del discurso técnico que ellos pueden emitir sino de la formación científica que ellos han producido.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 227 párrafo 3º consagra expresamente la figura del testimonio técnico cuando estatuye. Se rechazarán las prestaciones que tienden a provocar conceptos que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trata de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos, artísticos sobre la materia.

La narración del artículo que contiene los términos que analizaremos en seguida, nos da a entender que lo que interese al legislador son los conocimientos del testigo y no el vocabulario que emplee.

Las siguientes son vocablos usados en algunos momentos.

a-) ... Percepción (del latín PERCEPTIO). Sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestro sentido.

b-) ... Especialmente (Adverbio, con especialidad del latín SPECIALITAS-ATIS). Que puede significar, singularidad, caso particular.

c-) ... Calificado, dicese de la persona de autoridad, mérito o respeto.

d-) ... Conocimiento acción y efecto de conocer, entendimiento, inteligencia razón natural.

Advertimos que lo importante no es la significación gramatical de los términos que se emplean, para sacar

conclusiones, de una norma jurídica en el caso presente, se puede con esta interpretación podemos sostener como lo hechos dichos, que el criterio del legislador fué el de identificar al testigo técnico con la persona que tiene conocimiento sobre una ciencia a arte, la norma exegeticamente puede explicar conceptos del declarante que no sea necesario para precisar y aclarar sus percepciones excepto. Con esto se esta dando a entender que al testigo técnico se le puede hacer preguntas no solo para aclarar sus percepciones sino también para que haga deducciones técnicas, y para que las explique, sobre que ha percibido.

Esa persona que hace las deducciones debe ser idónea por conocer saber la técnica, la ciencia, o el arte sobre el cual conceptúan.

### 3.2. IMPORTANCIA DEL TESTIGO TECNICO

Como se puede apreciar, fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte, el testimonio técnico no es solamente posible sino que muchas es imprescindible. Piénsese en la persona que sufre en forma transitoria una enajenación mental y que en ese estado celebre un

contrato, y que con posterioridad desaparece la situación patológica. En este caso podríamos valer nos de la prueba pericial para que los peritos dictaminen sobre si es persona cuerda el individuo sufrió enagenación mental en algún período pasado entonces los siquiátras que atendieron al individuo pueden dictaminar de acuerdo a sus conocimientos vistos por ellos en forma espontanea.

Con el dictamen científico se puede deducir sobre la gravedad del enfermo si esta o no en capacidad de celebrar contrato o no.

Cuando en un proceso extramatrimonial se presenta la filiación natural y se alega que el demandado es infertil, lo cual se puede acreditar la infertilidad con el testimonio del médico o de los médicos que lo examinaron en época anterior, para deducir desde cuando existe la eficiencia.

Los médicos o testigos técnicos, podrán narrar los hechos que les consten y las deducciones que sacaron en esa época, incluso emitir conceptos en cuanto si esa incapacidad, para procrear era irreversible o no, si  
emplea:

empleáramos la pericia, los solos podrían conceptuar si el paciente actualmente demandado en el presente o desde cuando.

Para esto se necesita la percepción de un aspecto en la materia, para conceptuar desde que tiempo es infecundo el paciente, esto solo se podrá decir los los médicos que examinaron al infecundo en la época en que se presento la anomalía.

### 3.2.1. TESTIGO QUE EMPLEA LENGUAJE TECNICO SIN TENER LOS CONOCIMIENTOS CIENTIFICOS, TECNICOS O ARTISTICOS

Como ya hemos dicho, el testigo no es técnico por el vocabulario que emplee sino por la experiencia, el conocimiento o preparación para ello es necesario que de acuerdo con la reglamentación que asiste en cada país se acredite el título de idoneidad ya que no podríamos convertir el proceso en escenario para examinar a determinada persona a fin de saber cuentan con ese habilidades.

Si un testigo no es experto en la materia, o sea que no posee título de médico acreditado y reconocida por el estado en los diferentes estados del universo, con lo que se ha dicho el individuo emite juicio, pues este no tendrá ningún valor por carecer de medios valorativos.

### 3.2.2. DIFERENCIA ENTRE EL TESTIGO Y EL PERITO

Se ha dicho que la diferencia entre el testigo y el perito son las siguientes:

a-) El testigo aporta su percepción individual, el perito saber no individual, ya que la opinión que emite debe sustentarse o basarse en las adquisiciones de las que la opinión que emite debe sustentarse o basarse en las adquisiciones de las ciencias de la técnica o del arte.

b-) El testigo de referencia o de oída es de escasos valor, el perito que sabe sólo que ha descubierto, es de gran valor, de que emita su propia opinión como lo indica lo establece el artículo 237 numeral 2º del Có-

digo de Procedimiento Civil.

c-) Los acontecimientos procesales determinan que una persona sea testigo y no que haya de tener una relación histórica, con el asunto de que se trate, de tal manera que es necesario por no poder remplazarlo para el descubrimiento de la verdad, el perito es fungible, en el sentido de que esta a disposición del juez de que este lo seleccione, lo que le intereza al juez es saber si este tiene los conocimientos que se desean.

d-) Es improcedente que un testimonio verse únicamente sobre el conocimiento que el testigo tenga de principios abstractos en cambio el perito puede cumplir suficientemente su tarea emitiendo conceptos de esta índole sin relacionarlos con el caso que se le presenta.

e-) El testigo declara sobre hechos pasados, presentes, que percibió, antes del proceso. En cambio el perito lo hace sobre hechos pasados y futuros y como también puede ser presente, es decir informa de los percibidos en el proceso en virtud al encargo judicial.

En el testimonio se trata de percepciones contingentes en la pericia de percepción intencionada.

### 3.3. DISTINCION DE LA PRUEBA CON PERITO

De la semejanza especialmente de la diferencia entre el testigo y el perito, es otro medio, medio probatorio por ser necesaria conocerlo antes para poder compararlo entre sí.

Eso no es óbice para atribuirle aquí al testimonio ciertos rasgos fundamentales. El testimonio narra sobre hechos, pero hay otros que envuelve siempre las necesidades del un juicio, como el perito emite al contrario la dificultad conciste en separar la noción del mero hecho del concepto de puro juicio.

Como un hecho siempre se realiza con circunstancias, de tiempo, modo y lugar es posible que el testigo que el testigo exprese esas circunstancias, especialmente, el modo tal como él se las presenta y que las haga objeto de las apreciaciones científicas o técnicas que posea, pues además no hay riesgo ni vicio en admitir-

cela precisamente porque el juez es libre de la simple apreciación según las reglas de la sana crítica y, en cuanto excedieren el límite tolerado de un hecho ligado a él, invadan ya la sola de los conocimientos científicos o técnicos para cuya ocurrencia habría que llamar a expertos, el juez puede prescindir de ella es decir del límite que invada ese otro campo de la pericia.

Con ese criterio se admite por la doctrina universal que el testigo llamado a referir la verificación de un negocio debe concretarse contra las circunstancias y hechos del negocio y hasta puede atribuirle algún sentido legal, por ejemplo decir que era un contrato, más aún calificarlo como de venta o arriendo, ganado en compañía, pero se admite también por la doctrina que de existencia del juez no queda ligado por el carácter jurídico y las consecuencias legales que se le atribuyen al testigo.

Obvio es advertir, al poner este ejemplo que esas calidades y calificaciones no son propias del campo atribuido a peritos sino del juez, pero queremos explicar al lector la materia de la declaración testimonial.

Así es el juez quien debe decir sobre el ANIMUS de una posesión y no el testigo, pero el testigo le corresponde contar los hechos en que la poseen consiste en diferenciar una de otras, ya que son hechos persibibles por sus elementos de los sentidos.

El animus POSSIDENDI, es al contrario una deducción reservada al juicio del fallador, al ocuparnos de las pruebas pericial veremos que en concreto al testigo se le pide memoria de los hechos y al perito la ciencia y la técnica para apreciarlo.

Ahora anticipamos este preciso concepto de LESSONA, al testigo se le pide noticia de los hechos, al perito se le pide un criterio de apreciación del primero se invoca la memoria al segundo la ciencia.

### 2.3.1. EL CONOCIMIENTO DE TIPO TESTIMONIAL COMO CONOCIMIENTO DE ORDEN COMUN Y DE ORDEN TECNICO.

Vale la pena agregar que el saber preconstituido puede basarse solo en la experiencia propias de actividades comunes, como también en las experiencias de actividades propias o de actividades técnicas o especia-

lizadas de este modo advierte que el ambito del saber preconstituido especifico puede una nueva distinción entre saber especifico puede una nueva distinción entre saber especifico de tipo común y saber de tipo técnico el cual puede ser de tipo técnico o científico, ahora bien prescindiendo de la relatividad a que estan sometidas las distinciones que acabamos de hacer y en particular, de la distinción entre saber de tipo común y saber de tipo técnico, es sabio y en efecto que el saber técnico se amplía.

Pero según los tiempos y lugares deja de ser patrimonio de un sierto circulo reducido de técnico, para terminar siendo un saber común, y como tal un patrimonio del hombre común medio.

Lo que se ha dicho no puede olvidarse cuando se analiza el fenómeno de la comprensión del dato objetivo. En efecto no hay quien no vea que la realidad, la comprensión de tipo complejo exige un esfuerzo mental mayor por él exigido por el valor de la comprensión de los primeros elementos de tipo técnico, científico, práctico, o de tipo común.

Presisando el tipo mental de orden común, y según el esfuerzo adquirido puede requerir mayor desarrollo, presisamente cuando el elemento resulte dotado de un saber técnico relacionado con el sector en que esten encuadrados determinados datos complejos.

Basta tener en cuenta una observación para poder advertir que la distinción entre el testimonio que llamamos común y el testimonio que llamamos técnicos nos requieren un análisis que abarque el momento declarativo, por ello es decir lo menos el lenguaje adoptado por el testigo.

En efecto si se ven bien las cosas será verdadera línea de demarcación ante el uno y el otro tipo de testigo se percibe ya en el momento cognocitivo. Un sujeto que no puede comprender, es más se exige una experiencia de la cual esta privada, no puede llegar a ser testigo de ese dato.

Si ello es así se debe concluir que el testimonio técnico tiene sus raíces en la potencialidad de la percep

ción y en definitiva en ese lugar y saber preconstituido de orden técnico de que esta provisto solo el hombre técnico.

## CAPITULO IV

### 4. ESTRUCTURA Y FASES DEL TESTIMONIO

#### 4.1. ESTRUCTURA DEL TESTIMONIO

Los momentos del testimonio, actitud de la doctrina frente al testimonio quien detiene su atención no solo sobre las normas del artículo 285 y 292 del Código Penal. Suministra en cuanto al procedimiento destinado a recojer el testimonio sino lo que a proposito de este último consagra la experiencia judicial, pronto se da cuenta de que en el ambito del moderno proceso civil el testimonio llamado ordinario, esto es el comunmente testimonio distinto del testimonio instrumental, se haya encuadrado en el esquema de los medios de prueba se agota con la transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo.

Partiendo de esa consideración, el observador se ve llevado a pensar en que el testimonio es ordinario y tiene sus principios en el momento de la declaración y por ello es persuadido que tal testimonio consta de dos fases o actividades a las que el testigo da vida, una actividad cognocitiva, ACTUS DE PRESENCIA o una ACTIVIDAD DECLARATIO, DE SCIENTIA.

Llegando a esta primera conclusión, y desplazando el punto de vista que con respecto al testimonio habitualmente desarrolla la doctrina del proceso penal, y la doctrina del proceso civil, el observador queda perplejo ante la actitud que la reflexión científica hace. Por lo general asume a propósito de este medio de prueba y que mientras deja entrever una concentración de la indagación en la sola fase en que el testigo transmite el conocimiento, por él adquirido es decir sobre la fase declarativa, acaba por dejar traslucir un descuido caso total omisión del momento o fase en que el testigo ha adquirido el conocimiento, es esto del momento que como el punto de partida del testimonio.

En este punto lo menos que puede hacer el observador es tratar de buscar los motivos que posiblemente lleven a modo de ver el testimonio.

Puesto que el camino de tal pesquisa, el observador tenía por encontrarse frente a muchas consideraciones.

Ante todo es inducido a pensar que la atención prestada al solo momento en que el testigo entra en el proceso adolese de un inconsciente apoyo a su vez determinada por una falta de atención, hasta frecuente en el ámbito de la especulación jurídica, hacía lo que constituye la historia ideal de las instituciones a suerte de testimonio SUIGENERIS. Me refiero sobre todo al sentido de CONTURATIO, que en mucho tiempo tuvo buena acogida en el proceso, a menudo por sobre ponerse al verdadero testimonio del hecho y que terminando generalmente en un juramento destinado a ratificar en conjunto la afirmación de la parte además de representar un acto de parcialidad, por ello como una simple declaración no necesariamente vinculada a un conocimiento propiamente dicho.

Finalmente es dado a pensar que en un momento cognocitivo se oculta algo más grave, esto es la intención de no salir de aquella mala idea dentro de la cual las doctrinas así llamadas científicas, han apresiado la ciencia procesal penal.

Las consecuencias resultan evidentes a cualquier persona puesto que es fásil advertir que el análisis de las instituciones procesales terminen por dispersarse en los riachuelos de la sola reglamentación normativa pero dentro de ámbitos de refinamiento, conceptualismo de un mal sentido social. Unicamente para separar el proceso de su finalidad social y en relación con el, procedimiento probatorio, para trivializar un momento procesal sumamente importante para los fines de la formación del juicio jurisdiccional.

En esto se basa el observador para comprender que la producción de la doctrina generalmente se queja en los anáqueles de las instituciones universitarias, para concluir que el operador del proceso persuadido de que el ámbito de la experiencia, y las reglas normativas se colocan solo como condicionamiento exterior de actos que se originan siempre en los hombres que no es

fin en si mismo, no se puede contar con una ciencia que tomada como objeto de contingencia, esto es el dato normativo, que termina por desarrollar una función solo contingente y por ofrecer contribuciones no siempre válidas para los fines del juicio, en el proceso tiende a desembocar.

#### 4.2. FASES DEL CONOCIMIENTO DEL TESTIMONIO

El conocimiento de tipo histórico cuando se dice que es la base del testimonio está el conocimiento de un hecho, se siente nada más que la premisa del razonamiento destinado a recuperar la peculiaridad de la prueba testimonial.

Puede iniciarse este razonamiento señalado sin querer con ello alterar la disposición del presente trabajo que por hecho según la especulación ya sea jurídica o extrajurídica se entiende de una propia dimensión estructural y de una propiedad inequívoca perteneciente al mundo de las percepciones y en cuanto tal al solo mundo real y no también a aquel mundo místico, como se ha observado no se puede afirmar o negar.

Es necesario agregar que el conocimiento de tipo histórico puede adquirirse solo por medio de un encuentro que puede ser directo o indirecto, con un fragmento de la realidad que se quiere conocer.

En cuanto al conocimiento de tipo histórico implica una experiencia propiamente dicha, determinada por un procedimiento de comprobación.

Con todo esto no quiere decir que cualquier experiencia vivida por un sujeto puede considerarse como válida por los demás.

Todo esto tiende a demostrar que cuanto se habla de conocimiento de tipo histórico, debe hacerse referencia a un conocimiento, ante todo adquirido mediante facultades o instrumento que serán válidos por lo demás y así mismo relativo a un objeto cuya existencia sea considerada como verosímil por aquellos. En definitiva si se habla de un conocimiento de tipo histórico, y se hace referencia a un conocimiento que se considere válido del medio empleado para adquirirlo y válido también la verosimilitud de su objeto.

#### 4.2.1. CONOCIMIENTO ORIGINAL Y CONOCIMIENTO DERIVADO

El análisis sobre el conocimiento de tipo histórico exige ulteriores esfuerzos, así sea dentro de los límites permitidos por el esquema del presente trabajo.

Tal conocimiento puede ser original como derivado según que él se haya filtrado a través de un contacto directo con el fragmento de la realidad, que se pretende conocer a través de un contacto directo con otro fragmento de la realidad, sobre el hecho que se quiere conocer, o por las huéllas dejadas por aquel hecho por las informaciones trasmitidas por los otros, o por los comunes testigos.

Ahora bien sí puede decirse que tanto el conocimiento original o directo, como el conocimiento derivado o indirecto, penetran a través de órganos sensoriales, y que tanto en la una como en la otra hipótesis el sujeto termina por vivir una experiencia cognocitiva también puede captarse lo que caracteriza verdaderamente a una y a otra forma de conocimiento.

Partiendo de la observación según el cual el conocimiento derivado se filtra a través de un contacto, directo respectivamente, con el hecho de que se quiera adquirir, o se termina por adquirir. El conocimiento debe considerarse que mientras en la base de la primera forma de conocimiento, ésta solamente la confianza depositada por el sujeto en la idoneidad de los propios órganos sensoriales para coger el hecho que se pretende conocer, en la base de la segunda forma de conocimiento; además de la confianza depositada por el sujeto de la actividad de los propios órganos sensoriales, y las huellas concernientes al hecho de que se quiere conocer. Se haya también la confianza sobre la idoneidad de tales narraciones y de tales huellas para transmitir el conocimiento del hecho. En esto se apoya la ulterior y fundamental consideración de que mientras el conocimiento original penetra a través de una verdadera y propia observación del hecho que se quiere conocer el conocimiento de tipo derivado constituye el arribo de una mera construcción intelectual de aquel hecho que se filtra a través de la percepción de las huellas o de la narración concerniente al hecho de las huellas o de la narración concerniente al hecho que

se pretende conocer.

#### 4.2.2. EL TESTIMONIO DE TIPO TESTIMONIAL COMO CONOCIMIENTO ORIGINAL

Lo que se ha dicho ahora puede utilizarse para determinarse el tipo de conocimiento histórico que es propio del testigo, como implícitamente se ha señalado, el conocimiento derivado es aquel que se filtra a través de los canales de información, como el conocimiento que he recogido el historiador y el juez.

Semejante conocimiento es sin duda de tipo testimonial con referencia a los canales de información, esto es con respecto a las narraciones y a las huellas, pero no es de tipo testimonial respecto al hecho cuyo conocimiento lo alcanza el sujeto por medio de aquellos canales.

La tesis según la cual que todo historiador es un testigo es aceptable hasta cierto punto, es decir solo en el sentido de que considerando bien las cosas, la investigación histórica aún cuando se proyecta sobre el

pasado termina por centralizarse.

En lo que del pasado supervive, esto es en la narración o en los recuerdos con los cuales el historiador se pone en contacto y de las cuales se convierte en testigo.

Conocimiento de tipo testimonial, con respecto a un hecho no puede ser sino el conocimiento original o directo o mejor el conocimiento que se filtra a través de un contacto del sujeto con aquel hecho, esto es el conocimiento adquirido por medio de un acto de la presencia en ese hecho. La exactitud de esta observación surge de las consideraciones.

Piénsese, antes todo en el significado atribuible en principio al término testigo, aún cuando puede desirse que el número del vocablo testi se puede relacionar con el número tres no por ello es lícito prescindir de la observación, originalmente el testi es un elemento llamado a estar presente en el desembolbamiento de un hecho.

#### 4.2.3. EL CONOCIMIENTO DE TIPO TESTIMONIAL COMO CONOCIMIENTO FAVORECIDO POR UN SABER PRECONSTITUIDO.

Aún reconociendo que el conocimiento de tipo testimonial es necesariamente reforzado por un contacto realizado por un sujeto con datos objetivos y mediante los órganos sensoriales es decir que tal contacto suficiente para la adquisición del conocimiento de aquel dato.

Como se ha señalado una simple toma de contacto correspondiente, grosso modo a la sensación se reduce solo a un arbitrio y entender de la causa. Esto permite recoger los aspectos exteriores del dato objeto. Como tal la toma de contacto de un contacto en sí y por sí considerada, deja subsistir una oscura sensación desprovista de todo significado.

Cualquier conocimiento, aún aquel de tipo testimonial, comienza allí donde el dato llegue a ser comprensible. El tema de la comprensión, como lo afirma DAS VERTEHEN, del hecho adquiere importancia no solo por el historiador, y para el juez, sino también para el testigo.

Un testigo que no haya comprendido en sus líneas sensoriales, sí el quid, observado, si bien se examinan las cosas, no puede considerarse de aquel quid.

Solamente de esta manera es permitido tomar conciencia del dato y, por ello adquirir un significado conociendo aquel.

Una vez considerada la toma del contacto solo como requisito inclusive necesario del conocimiento de tipo testimonial y una vez advertido que para el fin de la adquisición de un conocimiento de tipo ya indicado el requisito fundamental la constituye la comprensión del objetivo, puede decirse que se ha fijado el punto de partida para un análisis encaminado a resolver el problema gnoseológico del testimonio.

Se instuye fácilmente que la comprensión de un dato objetivo se presume una toma de contacto con ese dato, existe igualmente un acto de reflexión. Esto es un repliegue de la atención del sujeto sobre el dato objetivo.

También se instuye que este acto de reflexión se resuelve en un verdadero trabajo mental destinado a desembocar en una autentica percepción, se requiere apresiación del fragmento de realidad sobre el cual se ha colocado del sujeto.

Lo sierto es que el sujeto a fin de poder llegar a una efectiva comprensión del acto, debe ante todo relacionar en este último con las sumas de experiencias pasadas y debe en fin deducir de esta nueva experiencia sustencialmente, debe dar viva a una actividad que presisamente que se basa ya sea en el dato objetivo, ya en la experiencia pasadas, es una actividad de caso de deductiva y perceptiva.

Lo que se ha considerado está muy lejos de ser irrelevante, una vez se ha tomado nota de la actividad mental en la que el sujeto de vida a fin de poder captar el dato objetivo, así como la, laboriosa construcción que a veces requiere la toma de conciencias de un dato objetivo por parte del sujeto se termina por comprender que la actividad mental realizada por esta última no puede traducirse en juicio sobre el dato cuyas

raíces deben buscarse en el ámbito de la experiencia anteriormente vividas por el mismo sujeto.

#### 4.3. CONDICIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS DEL TESTIMONIO

El testimonio objetivo ante el juez, tres elementos o etapas que necesita o necesariamente lo integran:

- a-) La Percepción
- b-) La Memoria
- c-) La Versión

Suponiendo un testigo intachable y buen observadores, necesario que recuerde las condiciones en que adquirió el conocimiento y lo conserve hasta el momento de representarlo en el diálogo con el juez.

Según GORRHE, como antes se dijo sigue la escuela de la percepción. Teniendo en cuenta y dependiendo de la disposición en que se encontraba el testimonio al percibir la acción que ha de servir de elementos de base para que sea válido de tipo científico y sistemático el testimonio, como medio probatorio.

Las condiciones objetivas de la percepción son las siguientes:

- a) Lugar
- b) Tiempo
- c) Luminocidad
- d) Disposición

Las condiciones subjetivas de la percepción, y de la fijación del recuerdo son las siguientes:

- a) La Atención
- b) La Emoción
- c) La Integridad Cerebral

En cuanto al factor tiempo, la percepción es mejor mientras más durable haya sido la exposición del hecho antes el testigo.

Agrega GORPHE.

Suponemos que la atención del sujeto ha sido sostenida durante toda la observación. Pero una atención más

intensa podrá suplir la brevedad de la percepción.

En cuanto al lugar son fundamentales, las distancias y las perspectivas, las condiciones muy experimentadas tenemos un ejemplo claro en materia de la percepción, cuando esta se hace importante en el campo del proceso, por ejemplo, cuando un ciudadano toma silla en un teatro, pero quiere ver cada movimiento de la película, se ubicará en un ángulo específico y si de pronto este mismo individuo nos puede narrar con detalles lo sucedido en la película o en el teatro de la acción.

El mismo autor cita las condiciones, y conclusiones sobre el reconocimiento científico de coordinación visual en la percepción de tipo subjetivo.

Tomando otro ejemplo, es más preciso reconocer a un individuo en día claro y que sea conocido por el observador y que tenga una visibilidad de 40 a 80 metros de visión ocular.

Pero cuando el objeto es bastante conocido, es suficiente una visibilidad con menos exigencia, de autometría

pues sólo bastaría de 20 a 30 metros de visualidad.

El ángulo visual es muy importante en cualquier medio probatorio, y en el caso que nos ocupamos se hace más evidente su exigencia, puesto que la doctrina de nuestro país y la de otros, en momento oportuno necesitan de claridad en el medio probatorio.

Es fundamental en la reconstrucción de un accidente de tránsito, y que el testigo presencial es el eje del asunto, pues no sería lo mismo que un testigo que se encuentre ubicado en línea recta mirando la circulación o el desplazamiento de los vehículos, mientras hay otro testigo que éste ubicado en una curva cuando se desplazaban los mismos vehículos, por lo tanto no es igual el testimonio del que esta en línea recta que aquel que esta en línea curva, esto es un elemento de tipo probatorio que la sana crítica que ha tomado en consideración científica.

## CAPITULO V

### 5. EL TESTIMONIO Y SU EVOLUCION LEGAL

El testimonio es un medio de prueba, que consisten en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene sobre hechos ciertos y generales.

De la siguientes definiciones y con relación a ella podemos deducir las siguientes notas que le precisan:

a) La persona (el tercero) que rinde testimonio debe ser una persona física que es la persona con capacidad para percibir hechos y acontecimientos en general.

No puede ser testigo la persona jurídica, los representantes de la persona jurídica si pueden declarar o ser llamados a rendir testimonio.

b) En sentido estricto no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de las modalidades, sin embargo es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil respecto del LITISCONSORCIO FACULTATIVO.

Es admisible que uno de sus componentes, puedan probar hechos ciertos, y se pueda tener como testigo a la personas que intervinieron en el proceso, en su misma posición de parte, o demandado, en supuesto caso se configuraría parcialmente la nota de extraída que caracteriza al testigo.

En nuestro medio el cuadyuvante en su condición de parte y al tenor del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, que lo faculta para realizar todos los actos que le esten permitidos, en cuanto no esten en oposición con esta y no implique disposición del derecho litigioso, se tiene en cuenta que estas personas no pueden rendir testimonio.

c). Debe verse sobre hechos en general teniendo en cuenta que el juez vijilará lo condusente y pertinencia de la prueba y además tiene que tener eficacia el

testimonio, por ello se habla en general coincidiendo con lo expuesto por TULIO ENRIQUE LIEBMAN, testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros.

En el mismo sentido DEVIS ECHANDIA, es un medio de prueba que consiste en la declaración que una persona hace en forma representativa de lo cual no es parte en el proceso que se aduce con fines procesales sobre lo que dice o sabe respecto de hechos de cualquier naturaleza.

d) Tiene la obligación de investigar presisando determinados hechos si es así lo ordena el juez, como sucede en el caso específico del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil.

e) También debe trasladarse al lugar donde ocurrieron los hechos así lo ordena el juez que asume el caso, a fin de ser examinado allí y poner en presencia los objetos sobre los cuales vercen las declaraciones o el testimonio, cuando el juzgado y el juez conside-

ren necesario la continuación de el interrogatorio en otro lugar o donde este deba reconocer alguna persona lugares o cosas se le ordenará al deponente que se traslade a otro lugar para continuar con la diligencia.

f) Esta obligado igualmente a describir circunstancialmente los objetos sobre las cuales verse su declaración, artículo 406 del Código de Procedimiento Penal. Esto es aplicable en la legislación penal militar, en la laboral, en la civil y en la contenciosa administrativa.

g) También esta compelido en reconocer y describir personas si lo ordena el respectivo funcionario.

#### 5.1. QUE ES EL TESTIMONIO

"El que en falso atestigue no quedará impune. Y el que esparce la mentira, tampoco escapará".

El testimonio humano es un medio de información y prueba de impresindible ocurrencia, pero como vehículo de verdad peligroso en grado sumo, por lo cual las leyes

de todos los países lo rodean precauciones a veces confiada a la sana crítica del juez, y a normas expresas, de experiencia universal.

Nuestra ley no define. En sentido general es el relato que hacen personas de hechos que han tenido conocimiento directo o indirecto.

Pero nosotros nos ocuparemos del testimonio como medio de prueba universal y jurídico, es decir de la narración oral de los hechos antes del proceso de cualquier modalidad, y bajo juramento con las formalidades legales.

Como cualquier narración se dirige a alguien, en este caso al juez y supone un diálogo que el juez autoriza y preside lo cual ordena al secretario que sea repcionado el testimonio de manera eficaz, fundamentalmente subceptible de contrainterrogatorio, contradicción, publicidad, por la contra parte o por el Ministerio Público, conforme a los artículo 226, 229 y 228 del Código de Procedimiento Civil y 285 del Código de Procedimiento Penal.

La Ley francesa en el Decreto 17 de Diciembre de 1.9-73, define en principio al testimonio así: "Cuando la prueba testimonial es admisible, el puede recibir declaraciones de terceros de naturaleza que esclarezcan los hechos litigiosos de que aquellos tengan conocimiento personal. Obvio es que los mudos, puedan rendir su testimonio en su propio lenguaje o costumbre o idioma observando en cada caso ciertos requisitos legales.

#### 5.1.2. CONCEPTO DEL TESTIMONIO

Se define el testimonio de acuerdo a la doctrina tradicional de la siguiente manera:

Es una declaración verbal y libre hecha por una persona física que no tiene interes personal en el proceso.

Esto se debè deponer ante el funcionario competente de lo que ha conocido personalmente por percepción directa.

Según el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal, señala cuales son las personas que pueden rendir

testimonio, toda persona esta en la obligación y el deber de rendir testimonio que se le solicite en el proceso salvo las excepciones de tipo legal.

El artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, la dica como se debe apreciar el testimonio correspondiendole al juez apreciar la credibilidad de lo dicho por el deponente teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, entre ellos las condiciones sociales del testimonio.

Las circunstancias en que hayan sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración.

Las condiciones y circunstancias que puedan ser conducentes para la apreciación, la credibilidad, del testimonio, se hará constar en el acta.

De la anterior definición sobre el testimonio podemos tener en cuenta los siguientes elementos.

### 5.1.3. ELEMENTOS DEL TESTIMONIO

Declaración verbal libre se denomina así por ser un medio probatorio representativo, por ser el testimonio la narración y la descripción, que un sujeto denominado testigo hace de los hechos y circunstancias que presenció, ante un funcionario mediante palabras, pero esta exposición debe ser oral y sin coacción alguna, por ello es que se denomina libre.

Con base en esto el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal. Consagra una prohibición. Dice que el juez se abstendrá de sugerir respuesta de formular preguntas capciosas, y de ejercer violencia sobre el testigo.

Las respuestas se considerarán tal como lo suministra el testigo, la persona a quien interroge el funcionario de instrucción, bien sea como sindicado o testigo debe responder oralmente sin ejercer ningún tipo de violencia, sin que vallan a sufrir ninguna clase de variación o modificación con el fin de favorecer o perjudicar el sindicado.

El testimonio debe reunir ciertos requisitos que bien a ser muy importante, por lo tanto reúne algunos ele-

mentos esenciales:

- 1) Que se rinda el testimonio dentro del proceso.
- 2) Que sea entre un funcionario competente
- 3) Que se llenen los requisitos y formalidades legales.

Si el requisito de la judicialidad, el testimonio es inexistente, o esta violando la nulidad según el caso.

No solo se puede referir sobre hechos pasados, sino también sobre hechos presentes. En cualquiera de los dos casos debe interesar al proceso o tener fines de prueba. Aquí el juez es quien va a vigilar a cerca de conducencia y pertinencia de la prueba, debido a que todo esto tiene que ver con la eficacia del testimonio y no con su existencia.

Otros de los requisitos formales es la percepción directa la casualidad es propia del tercero en el conocimiento del hecho de tal suerte, que aquí quedan ex-

cluido los testigos instrumentales.

#### 5.1.4. EL TESTIMONIO DE TERCEROS

El testimonio de terceros puede versar sobre hechos que ellos oyeron relatar a otras personas, este es el llamado testimonio de oída.

Al rendir su declaración, puede sostener que no sabe o no le consta los hechos, en ese caso la persona no puede ser testigo, o más simple no hubo órgano de la prueba, por lo tanto no habrá testimonio por cuanto no ha habido representación de los hechos solicitados.

Por último es necesario e importante tener en cuenta que el deponente pueda haber presenciado los hechos en virtud al cargo especial que haya recibido de cualquier persona o entidad que no sea autoridad competente, o autoridad judicial.

Sostiene la Corte y la Doctrina que el testigo que recibió encargo para presenciar u oír los hechos pierde su característica de imparcial y por lo tanto deba ser objeto de restarle subjetividad, y eficacia probatoria

este criterio no puede predominar en cada caso, hay que mirar y estudiar y mirar si quien declara lo hace con veracidad, objetividad y seriedad.

Considerando el seguimiento que se le hace la policía judicial en el evento de sospecha de narcotráfico, respecto de alguien y que en el proceso restamos eficacia, a los testimonios de los agentes, con el argumento de de que ellos declaren con parcialidad para el éxito de su pesquisa. O que en un proceso de divorcio, el marido presuntamente vigila su esposa por medio de amigos de él o por una agencia de vigilancia que se dedican a esos casos juzgando a priori, y sin estudiar el caso en concreto no se puede restar credibilidad a estos testimonios. Además, porque parece de elemental prudencia que el marido ofendido utilice a su amigo y a otras personas ya que si el resultado de la pesquisa, o del seguimiento, se deduce que la esposa es persona de gran confianza.

## 5.2. REQUISITOS DEL TESTIMONIO

Son requisitos del testimonio, para que exista procesalmente, el deber de rendir una declaración personal,

es decir que no puede ser rendida por conducto de apoderado.

Debe la declaración de un tercero, esto se valorará en el momento de valorar la prueba, hay que tener en cuenta que el testimonio puede ser rendido siempre por un tercero en forma voluntaria y además espontánea, debe ser un acto procesal, es decir que ocurra en un proceso con previa autorización anticipada que queda en la memoria.

Es necesario que el declarante hable sobre hechos contenidos y entendidos en amplia aceptación.

Los hechos sobre los que versan deben haber ocurrido antes de declaración es decir, el hecho puede presentarse pero debe ser acaecido antes de dicho o de otra forma, el testimonio puede ser de los hechos permanentes y transitorios, sea que haya desaparecido o que todavía subsistan pero en uno u otro medio debe haber ocurrido antes.

Debe tener significado probatorio, esto debe ser sobre

un hecho realizado con hechos procesales y dirigidos a un juez o investigador, para llevarle el conocimiento de los hechos. Debe tener un significado probatorio, aunque en ocasiones debido a deficiencias intrínsecas llega a carecer de valor de eficacia probatoria.<sup>5</sup>

#### 5.2.1. REQUISITOS PARA QUE TENGA VALIDEZ JURIDICA

Previo el Decreto de la prueba testimonial, el testimonio debe ser decretado por medio de autos.

En cual se debe indicar la fecha y hora en que se recepciona, a fin de permitirle a la otra parte que contrainterrogue al testigo, artículo 219 del Código de Procedimiento Civil y el 152 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 252 del Código de Procedimiento Penal nos dice: La ligalidad de la prueba, ninguna persona podrá rendir testimonio si antes de ser apreciada por

---

5 EL DOCTOR DEVIS ECHANDIA. Considerará que debe excluirse de los requisitos de existencia procesal, para que pueda tener validez jurídica.

el juez y sin previa autorización ordenada y admitida las pruebas que se alleguen al proceso deben ser legalizadas mediante autos que indique su conducencia.

Que el testimonio sea recepcionado, en audiencia pública, artículo 293 del Código de Procedimiento Penal. En materia penal la declaración debe ser presenciada y recepcionada por el Juez del conocimiento, los testimonios serán horalmente, pudiendo ser recojidos y conservados por cualquier medio electrónico, mecánico, técnico en general de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario todo lo cual se hará constar en el acto.

Hay que tener en cuenta la capacidad, del testigo, esto es requisito indispensable de todo testigo cumplir con algunas cláusulas complementarias. El artículo 285 del Código de Procedimiento Penal, dice que toda persona está en la obligación de rendir este tipo de informe, de manera espontánea. Por lo tanto la regla general es la capacidad, teniendo en cuenta las excepciones de ley debe ser un acto consciente, libre de coacción.

La primera barrera en que se encuentra el funcionario es el respecto a la dignidad humana salvo el estímulo que se le hace al testigo para que diga la verdad bajo juramento.

no es lícito el empleo de la coacción, moral, física, psicológica, para obligar a un testigo a declarar en determinado sentido, esta clase de testimonio es nulo.

#### 5.2.2. PRESUPUESTO DEL TESTIMONIO

Para que el acto procesal de la declaración o representación sea testimonial se requiere varios presupuestos como, sujeto, objeto y el medio. En cuanto al sujeto si no testigo no habrá testimonio, por ello se dice que se trata de una prueba subjetiva, como también es histórica y representativa.

Por lo tanto debe agregarse un enfoque esencial entre el testigo y el testimonio, de hay que sea de vital importancia el examen y conocimiento que se le haga al testigo a efecto de medir su veracidad y su mendacidad y ese sujeto puede ser en sentido lato la parte como el tercero extricto es el tercero o extraño a los de-

rechos discutidos en el proceso, es así como se llama declaración de parte.

En cuanto al objeto, la materia u objeto del testimonio radica en los hechos. Tradicionalmente se dijo que solo son objeto de testimonio los hechos percibidos por el testigo, según el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Establece la formula del juramento. Para los testigos, "a sabienda de la responsabilidad penal que asume con el juramento.

Jura usted decir toda la verdad, y nada más que la verdad, en la declaración que va a rendir".

Este juramento se lo recepcionará el juez o funcionario de instrucción quien además deberá leer al testigo antes de recibirla su testimonio artículo 172 del Código de Penal.

En cuanto al objeto, la materia u objeto del testimonio radica en los hechos, tradicionalmente se dice que solo son los hechos percibidos por el testigo, pero con razón CARNELUTTI <sup>9</sup>, adhirió que también puede ser

lo.

Es así que la percepción del hecho por parte de quien lo represente, no es requisito necesario ni representante un testigo o sea que el testigo pueda relatar hecho por el percibidos o por el realizados "especialmente cuando se trata de declaración de parte" y siempre que relata hechos que ha percibido narrar sus propias deducciones, o relata hechos como lo redujó o como lo produce.

Por eso se afirma que la percepción no es requisito esencial y necesario dentro de un buen y exitoso testimonio.

De nuestra parte que sí lo es cuando se trata de testigos en sentencia estricto, aclaramos que la percepción puede recaer sobre el hecho mismo o sobre otra representación que hizo otro testigo, es el caso de testigo de oída o de segunda mano. No por ser testimo-

---

9 CARNELUTTI, la Prueba Civil, Ob. cit. Pág. 145.

nio de testimonio deja de ser testimonio aunque puedan variar su eficacia y efectividad.

De hay la importancia de la norma contenida en el artículo 248 del Código Penal. Los testigos deberán ser interrogados y estan obligados a declarar sobre el modo como ha llegado a su conocimiento los hechos que aseveran.

De igual modo el artículo 228 del Código Penal. Al señalar las reglas para la practica del testigo o el interrogatorio de parte.

Otro objeto o aspecto que interesa del testimonio es el relativo al tiempo o época de la percepción o del hecho teniendo en cuenta el relato. La doctrina clasifica concideró que la declaración debía recaer sobre hechos pasados.

El concepto moderno lo expone DEVIS ECHANDIA <sup>10</sup>. Así opinamos que el objeto del testimonio deben ser los

---

10 DEVIS ECHANDIA, Tratado ob., cit, Vi Pág. 446.

hechos acaecidos ante su recepción pero aclarando que pueden suscitarse en ese momento y por consiguiente, no es necesario que sean hechos pasados, en consecuencia el testimonio puede versar sobre presente, en cuanto todavía existen, como ejemplo, la mejora, el mojón, el hito, y otras cosas que se tienen en cuenta.

### 5.2.3. DEBER DE TESTIMONIAR.

Es un deber y derecho que tiene el testado de exigirle a las personas que se encuentran en su territorio, o que rindan testimonio, o declaración, Como generalmente ocurre sobre todo en materia penal, los hechos no pueden ser comprobados sin el concurso de un buen testimonio, el estado tiene la sagrada obligación de hacer cumplir y prestar a cabalidad el servicio jurisdiccional, por lo tanto el estado se vería en la penosa necesidad de no dar cumplimiento a este sagrado compromiso que ha adquirido con el constituyente primario.

El artículo 464, establece el compromiso que cualquier ciudadano tiene con el estado, tanto la justicia pe-

nal militar como la justicia ordinaria, consagran en sus legislaciones aspectos o medidas de tipo coercitivo para obligar al testigo renuente, lo mismo dispone el canon 1.547 la admisibilidad de las personas testimonial en todas las causas bajo la dirección del juez aún coactivamente bajo la amenaza de el pago por medio de condena pecuniaria.

Hay que tener en cuenta que redundo en favor del bien público el desbrimiento de la verdad, no solo en las causas penales, sino en todos los eventos donde se requiera la admisibilidad de prueba testimonial como medio probatorio.

En primer lugar el testigo tiene la obligación despues de haber sido cierto en forma legal de comparecer ante el juez a rendir su declaración para la cual ha sido citado.

El hecho de comparecer el testigo ante el juez no significa que el testigo puede omitir, negar, por cuanto pueda manifestar, que sabe, o no conocer lo que se le pregunta, sobre los hechos que son materia de investi-

gación.

El testigo tiene la sagrada obligación de prestar juramento en el sentido de que dirá la verdad, lo cual debe ser conciente de que si incumple un deber que tiene de manifestar, la verdad, no se le permite que la deformar, o cambiarla de sentido.

Tiene la obligación de colaborar con la autoridades en devida forma en el país, tanto que pueda vincular a el quien que el conozca que ha sido participe de un hecho delictuoso.

El testimonio puede en algunos casos ser sometido a un examen, con el fin de que el juez al valorar de manera científica, como acudir también a los medios mecánicos o inspección judicial o de fotografía.

Sí el testigo posee documentos que tengan relación con los medios que son objetos de investigación, su deber es aportarlos al proceso en forma voluntaria sin ser sometido a coacción alguna, al respecto se ha discutido ya que existen una norma especifica pero si se le hace énfasis que debe aportar todo lo esencial al pro-

ceso para mayor objetividad de lo que ha afirmado usando todos los medios que tenga a su disposición, como son lenguaje escrito o de manera geroglífica, y cuando no pueda ser entendido por nuestro idioma se debe acudir a los intérpretes de manera exclusiva.

#### 5.2.4. EVOLUCION DEL TESTIMONIO

Para la evaluación del testimonio se aplica el criterio de la sana crítica, o sea la apreciación racional de su credibilidad, conforme lo preceptúa el artículo 295 Código de Procedimiento Penal. La apreciación del testimonio corresponde únicamente al juez o funcionario que le haya correspondido teniendo en cuenta los principios de la sana crítica.

Entre ellos las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio las personas y sociales, del testigo, como las circunstancias en que hayan sido o rendido la declaración.

Las condiciones que pueden ser conducente para apreciar la credibilidad del testigo se hará constar en un

acta de valor probatorio y debe estar vigilado por personas onestas y de sumo cuidado ya que es el documento de prestancia para continuar con el esclarecimiento de un sin número de delitos, puede ser que por no haber recepcionado en devida forma el testimonio se puede confundir la declaración que un momento dado nos sirve de gran valor en el campo probatorio, ya que haciendo el estudio correspondiente por medio de la sana critica y otros medios científicos sino hay testimonio no habrá prueba para iniciar una investigación.

No debe confundirse la credibilidad, de un testigo con el valor del testimonio, un testigo puede ser creible, y sin embargo no susceptible su testimonio de evaluación o al contrario. Pero desde luego, para que tenga valor debe ser creible, o sea que es factor de evaluación y de apreciación científica.

El valor del testimonio exige dos grandes investigaciones:

a) La credibilidad, o examen basicamente sicologico del testigo y su testimonio.

b) La de la fuerza probatoria que es un examen lógico jurídico, establecida la credibilidad, se acude a la segunda indagación.

Para acreciar la credibilidad deben analizarse a las condiciones físicas del testigo, sus condiciones psicológicas, las generales y las propias del momento de la percepción, como también la personalidad, sexo, edad, profesión, cultura, patrimonio, su moralidad, antecedentes antecedentes, condiciones morales, contenido del testimonio, su dicho y la razón social de su dicho, la ciencia con que lo afirma, también hay que tener en cuenta, al valor de sus respuestas, estado de ánimo, uniformidad, precisión lenguaje utilizado dentro de la exposición del deponente.

Establecidas las credibilidades del testimonio se entrará a analizar su fuerza probatoria o eficacia, que es su consideración procesal, para eso debemos realizar un análisis lógico dialéctico, el mismo que empleamos en cualquier indicio, al fin de cuenta todo testimonio no es sino un conjunto de datos o circunstancias, o hechos indicadores, debemos establecer los nexos lógi-

cos correspondientes entre cosas, hechos, iniciados acreditados al proceso, de esos nexos deducimos su valor.

Si nos da plena convicción para aceptarlos, además debe ser producto de la certeza del examen analítico y científico en cada caso concreto.

Corresponde al juez determinar razonadamente la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios de acuerdo con la regla de la sana crítica según lo establecido en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal.

La apreciación del testimonio es función más autónoma del juez, y así uno solo de los testigos puede darle la convicción de que dos o más no pueden proporcionar en determinado momento, o hecho que lograrían darle, entre dos testigos que sean luz de la verdad, pueden constituirse en los ojos de la justicia, por uno que sea enfático, otro vasilante, puede resultar de manera de confiar esta última, porque se ha dicho con bastante razón y atendiendo con mayor cuidado y expe-

riencia que el mejor testigo es el que duda <sup>11</sup>.

El poder del juez es tan amplio en materia criminal, i en cuanto a la apreciación siempre en el sistema de la persuasión racional, el viejo código contemplaba la declaración del menor de 10 años tal como sucede en el civil donde es acto para declarar a la edad de 12 años pero, la declaración del menor de edad, en el antiguo código desapareció, esto lo han dejado a criterio del juez según el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal.

Según el concepto emitido por el tratadista JAIRO LOPEZ MORALES, y que toma como soporte una jurisprudencia, casación penal de 8 de mayo de 1.974, G. L. Pág. 188 <sup>12</sup>.

---

11 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. 25 de Noviembre de 1.955. Bogotá.

"El valor abstracto de la prueba testifical se fundamenta en la milenaria experiencia humana conforme a la cual el hombre dice ordinariamente la verdad.

Su fé concreta en cada caso se basa en plurales criterios axiológicos y humanos. La excepción a la regla general depende de sí el testigo puede decir la verdad, y en este caso, sino quiere expresarla.

La primera porque el testimonio consiste en una relación de hechos y circunstancias percibidas percibidas por cualquiera de los organos de los sentidos sin unos de ellos no exoste o este debilitado o disminuido en su capacidad de funcionamiento, la declaración correspondiente, no puede tener valor alguno o sea según el caso de sospecha es decir que para evaluar su contenido el juez deberá de un profundo analisis o examen de la materia, relacionado sus diversos aspectos y refiriendose a los demás elementos probatorios aducidos al proceso, sin que la sola sospecha puede descalificar aprioristicamente su capacidad de convencimiento.

De igual manera el interés personal en el proceso, la simpatía hacia una y la circunstancias o las animarverción hacia otros el vínculo de sangre y de los efectos las paciones en fin, son factores complejos que toman sospechas de la prueba testimonial.

#### 5.2.5. CLASES DE TESTIMONIO

El testimonio a través de su desenvolvimiento se ha dividido en clases que permiten diversas clasificaciones de los, testigos y de los testimonios, entre otros se tienen los siguientes.

#### 5.2.6. TESTIMONIO PROPIOS E IMPROPIOS

Se entiende por testimonio propio el conocido, los hechos principales personalmente, propio sensibus, con aplicación directa, de sus percepciones. Coinciden con que FRANMARINO, DENOMINO, "in - FACTO", lo que significa testigo en el hecho, para diferenciarlo de los testigos "POS = FACTUM" por exclusión se ha tomado como impropio en estos dos últimos.

Es así como CLARIA OLMEDO, nos dice que propio ha de ser toda persona física llamada a deponer con fines de prueba en proceso penal determinado, sobre cuanto sepa por percepción directa acerca de cualquier elemento probatorio.

Al testimonio propio suele llamarse también directo o presencial en oposición al indirecto, que es el que proviene de testigo que ha recibido la información no por percepción personal sino por datos que terceros personas le han suministrado, en el denominado testimonio de oída (o excredulitate). Sin embargo debe aclararse que mientras la división en propio se hace en atención al momento del intercriminis sobre el cual recae la declaración se realiza con base en la fuente de la cual el testigo toma su claridad, en base a sus conocimientos adquiridos durante la percepción de acuerdo al ánimo excepción del testigo frente al hecho. Que si el factor de sus verdaderos conocimientos adquiridos.

#### 5.2.7. EL TESTIMONIO DE "OIDAS"

Ha sido tradicionalmente prescrito de las legislaciones salvo en los últimos tiempos, en los cuales se le ha reivindicado, con el argumento de que no se basa en percepciones originales, directa y personales.

Fué así como en el anterior Código Penal en su artículo 698, se decía que no tenía fuerza sino cuando recaiga sobre un hecho muy antiguo, o cuando se trataba de probar la fama pública". Como hoy se aplica la sana crítica, «su credibilidad y valor depende tal crítica, no de naturaleza de su simple consideración detener ese naturaleza.

Claria Olmedo sostiene que el testigo de oídas que con firma o es "corroborante" - lo afirmado por el testigo directo es también o adquiere la calidad de impropio <sup>13</sup>.

Según el profesor LESSONA, da su concepto sobre el testimonio, por lo tanto hay que tener en cuenta la

---

13 Claria Olmedo. Ob, ct. T. IV. Pág. 252.

clasificación que él le hace. El testigo por ciencia propia, por haber visto y oído los hechos.

Por consecuencia por congetura logicamente, por causa ajena por haberlo oído de quien conoció por ciencia propia. Por creencia general, por voz pública, por fama pública, como se puede observar los dos últimos son testigos de oída.

#### 5.2.8. TESTIMONIO DE PARTE Y DE TERCEROS.

En sentido general o lato, testigo es todo persona que declara, cualquiera que sea su claidad dentro del proceso, sea parte o sea tercero.

Pero en sentido estricto, el testigo es solo el tercero, pues la parte original otro medio probatorio, la confesión, por eso tradicionalmente se dijo que el testimonio tenía un elemento básico, la extraña idea, el autentico testigo debe ser un tercero sin interes en el proceso.

#### 5.2.9. TESTIGO DE CARGO Y DE DESCARGO

Son denominaciones utilizadas especialmente en materia penal, según que su testimonio sea o no demostrativo del delito y de la imputabilidad.

#### 5.2.10. TESTIGO DE ABONO

Son los que acreditan la veracidad y buena fé o fama de un testigo fallecido, (Código de Procedimiento Civil artículo 229 inciso 2º).

#### 5.2.11. TESTIGO FALSO

Es la declaración o exposición que el testigo, perito, interprete, hace contra la verdad en causa judicial.

Podemos observar que esta clase de testigo según la doctrina, pierden su característica de imparcial, y es por eso, que se le resta eficacia probatoria, esto se debe más que todo a que esta clase de testigo no presencia, ni oye los hechos, sino que por un cargo recibe de cualquier persona o entidad que no sea autoridad judicial, depene contra la verdad en determinada causa judicial.

Se entiende por falso testimonio el acusatorio, o sea la falta acusación que se haga ya sea para perjudicar a un inocente o para agravar la culpabilidad de un de lincuente. El código Penal lo contempla, en su artículo 172.

#### 5.2.12. TESTIMONIO DE LOS MENORES DE EDAD

El antiguo código en su artículo 237 consagraba este testimonio "el testigo menor de 10 años de edad, no se recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido en lo posible, por su representante legal o por pariente mayor de edad, a quien se le tomará juramento a acerca de la reserva de la diligencia.

El nuevo código de procedimiento penal, no contempla este testimonio como lo hacía el anterior, simplemente lo dejan a los principios de la sana crítica según el artículo 295, apreciación del testimonio.

#### 5.2.13. TESTIMONIO DE ECLESIASTICOS

El antiguo código de procedimiento penal lo consagraba en su artículo 258. El testimonio de eclesiásticos.

Los Eclesiásticos no son llamados a declarar en causa de sangre sino en los siguientes casos:

- 1) Si fueran virtualmente, por incapacidad de los otros testigos para aclarar la verdad de los hechos o exponerlos sin embriaguez.
- 2) Si fuera testigo único. En forma real y expresa de tipo técnico.
- 3) Si fuera invocado su testimonio por presumirse favorable al procesado.

En estos casos se le permitía al testigo eclesiástico, si lo pidiere, dejar constancia de que declara en obediencia a la autoridad e implorando gracias.

El testigo para declarar en casos de sangre debía pedir permiso al superior eclesiástico.

El nuevo código no contempla tal disposición de estos

testigos simplemente lo deja al principio de la sana crítica.

#### 5.2.14. EL TESTIGO UNICO

Por mucho tiempo fué desantidida la fuerza probatoria del testigo único, sobre un hecho determinado, basándose únicamente en el aforismo, TESTI UNUS TESTI NULLUS. Pero actualmente, el estado de las pruebas sometidos a un minucioso examen y razonamiento judicial admite como medio de convencimiento de plena prueba. El testimonio único en materia penal.

El nuevo código de procedimiento penal en su artículo 295, lo consagra en la apreciación del testimonio para determinar su eficacia probatoria del testimonio.

#### 5.2.15. EL TESTIMONIO DE AGENTE DIPLOMATICO

Cuando se requiere el testimonio de un ministro o agente diplomático de nación extranjera, acreditado en Colombia, o de una persona de su comitiva o familia se le pasará al embajador o agente, por conducta del Ministerio de relaciones exteriores, será una no-

nota suplicatoria con copia de lo contenido para que si tiene a bien declare por medio de certificación jurada o permita declarar en la misma forma a la persona solicitada.

#### 5.2.16. TESTIMONIO POR SERTIFICACION JURADA

Es la rendida por el PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. LOS MINISTROS DEL DESPACHO. O los SENADORES Y REPRESENTANTES a la CAMARA, MIENTRAS GOCEN DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA, como también el Designado a la presidencia de la República, al Procurador General de la Nación, los Procuradores Regionales, Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el personal del Consejo de Estado.

Es decir toda persona que este al frente de cualquier entidad nacional departamental o intendencial o el frente de los departamentos administrativos del Estado Colombiano.

#### 5.3. DIFERENCIA DEL TESTIMONIO CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA

Como todas las pruebas, llamadas históricas, por oposición a la crítica el hecho narrado por el testigo, necesariamente anterior al relato, se hace presente al juez mediante la narración.

Del relato deduce el juez espontáneamente el hecho, casi como visto a través de una fotografía, en uno o otro caso imagen intermedia entre y el conocimiento.

Lo cual muestra también que el testimonio es una prueba indirecta o sea que no lleva directamente la verdad al juez, por último el testimonio, es judicial, porque relata al juez bajo juramento y además ritos propios del proceso, sin legítimo contradictor y sin las precauciones, que eliminan el error y la falicidad, resulta ser apenas una manera social de información de transmisión de noticias, verdaderas o falsas, reales o imaginarias y en todo caso sin consecuencia legal.

#### 5.3.1. QUE ES PROBAR

El diccionario enciclopédico Uthea sostiene entre otras acepciones del término, la siguiente: "Justificar,

manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa razones, instrumentos o testigos". Entonces probar en sentido general, es demostrar a otro la certeza de un hecho o la verdad de una cosa. Para hacerlo se acostumbra a usar medios habituales considerados como aptos, idóneos y suficientes, pertinentes, aptos, y adecuados para demostrarle la verdad que quiere dársele. Si la admite, se dice entonces que ha obtenido convicción, la cual no es otra cosa sino la certeza de estar acorde su verdad interna o subjetiva con la verdad externa u objetiva que tiene frente a sí.

La prueba, por tanto, conduce a la convicción o sea la certeza de los hechos, bien sean estos afirmados por otra o indagado por nosotros mismos. De todos modos, sin embargo, habrá siempre que cumplir un análisis razonado de los siguientes extremos:

- a) Un hecho
- b) Una prueba, y
- c) Una relación o vínculo entre el primero y la según

da.

Si a través de nuestro proceso de razonamiento quedamos satisfechos; hemos llegado sin duda a obtener convicción.

En Derecho la prueba sigue un mecanismo semejante, de manera que en todos los casos la ecuación es la misma.

Hecho + Prueba + Relación entre uno y otra = Convicción.

Por tanto se puede decir que probar, en Derecho, es demostrar al juez la verdad de un hecho o de un acto jurídico, utilizando medios establecidos previstos por la ley como actos, idóneos y adecuados.

### 5.3.2. LA PRUEBA EN SENTIDO JURIDICO

En el vocabulario jurídico dirigido por Capitán, se define como: "demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley; o bien el medio empleado para hacer la prueba. Otros autores la explican como razón, argu-

mento, instrumento u otro medio con que se pretende de mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa, y más concretamente, justificación de la verdad o falsedad de una cosa, y más concretamente, justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley. Alsina dice que, en su acepción lógica, probar, demostrar la verdad de una proposición, kpara que en su excepción corriente expresa una operación mental de comparación de cada parte con los medios producidos para abonarla". Coincidiendo con el segundo de los significados que Capitant señala, expresa Alsina que en la técnica procesal la palabra prueba comprende también los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogido por el juez en el curso de la instrucción, como cuando se habla de prueba testimonial, instrumental, inspección judicial, etc. Otras veces-sigue afirmando Alsina-se la refiere a la acción de probar y se dice entonces que el actor corresponde la prueba de su demanda y al demandado la de sus defensas. Finalmente designa el estado de espíritu producido por el juez por los medios aportados y en ese sentido un hecho se considera o no probar se-

gún que los elementos de juicio sean o no considerados suficientes para formar la convicción de aquel, pues las partes pueden haber producido en los autos abundantes pruebas sin lograr producir con ellas esa convicción.

El propio Alsina recoge las siguientes definiciones: Para Mitter Maier es "el conjunto de motivos productores de la certidumbre"; para Bonnier es "la conformidad entre nuestras ideas y los hechos constituidos del mundo exterior"; para Laurent es "la demostración legal de la verdad de un hecho"; para Oliver es "el averiguamiento que se hace en juicio lega en razón de una cosa que es dudosa y también los medios legales que al efecto pueden valerse los litigantes". Alsina comenta esas definiciones en sentido desfavorable, porque no se excluye el concepto de medio de prueba, otros se refieren a ellos exclusivamente y los demás solo importan una definición de la verdad.

De todos modos, y cualquiera que sea la definición que se acepte, queda fuera de toda duda la importancia que la prueba adquiere en los procedimientos judiciales, ya sean estos civiles, penales, laborales, contencio-

sos-administrativos, etc., salvos en aquellos casos verdaderamente excepcionales, en que se discuten temas estrictamente jurídicos, lo corriente es que el de recho alegado por las partes dependa de la certeza de los hechos en que se basa.

5.3.2.1. APRECIACION DE LA PRUEBA. En lo que se refiere a la apreciación de la prueba legales, que tenían un valor formal suficiente para obligar al juez a aceptarlas en caso de que reuniesen los requisitos debidos. Aún cuando el juez dudase, debía dar por probados los hechos.

La prueba de testigos, por ejemplo, estaba regida en gran parte por el principio de que la declaración de un testigo no valía, pero si habían dos o más, su declaración concordante constituía plena prueba de los hechos; en el primer caso, cuando había un sólo testigo, por más grande que fuera la convicción de un juez sobre la verdad de su declaración, ella carecía de eficacia tesis unus testis nullus; en el segundo, cuando habían dos o más, las declaraciones de estos testigos constituían plena prueba, aunque el juez dudase de su veracidad. Hoy en día, en cambio, impera el sistema

de la libre convicción del juez. Se considera que prima el examen de la prueba hecha por el magistrado, quien puede aceptarla o no como tal. Así, la misión de este no se reduce a un examen mecánico, sino que es un examen lógico y racional de la prueba.

Debe mencionarse también el sistema de la sana crítica, o de la apreciación razonada de las pruebas; es un razonamiento término medio entre los dos sistemas extremos, no basta que el juez se encuentre personalmente convencido por la prueba reunida de los autos. Debe también intentar que esta convicción sea objetiva, que pueda ser compartida por los demás para lo cual deberá hacer un análisis razonado y objetivo, basado en la ciencia y en la experiencia, de dichos elementos de convicción.

#### 5.3.2.2. CARGA DE LA PRUEVA.

El concepto de carga en el Derecho consiste, como dice, Eugenio Florian, en la obligación que se impone al sujeto de ofrecer prueba de lo que afirma, y sin la cual la obligación queda privada de toda eficacia y el valor jurídico, de toda atentabilidad". La Carga de

la Prueba =onus probandies es en síntesis, el deber de demostrar toda afirmación hecha por una parte en el juicio, en pro de su pretensión.

Son muchos los autores que consideran que el tema de la Carga de la Prueba pertenece a una época del Derecho ya superada, puesto que se ha hecho abandono de la solución de repartir de antemano la actividad probatoria entre las partes, y se ha puesto en manos del juez, la iniciativa en materia probatoria tratándose del proceso penal, y subsidiariamente o paralelamente, en el caso del procedimiento civil.

Aún cuando nos parece demasiado extrema la posesión comentada arriba, cierto es que lo relacionado con este tema se presenta en el moderno derecho procesal bastante atemperado, y así decimos, porque mal podríamos sostener su total desaparición.

Nuestro Código de Procedimiento Civil actual, suprimió la pasividad del juez en cuanto al aporte de la prueba que para esclarecer los hechos imperaba en el sistema establecido en el derogado Código Judicial. Así, en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil es-

tablece: "Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando el Magistrado o juez las considere vitales para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, y el 180 del mismo Código, señala: "Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar".

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil es el que realmente se encarga de fundamentar lo relacionado con la Carga de la Prueba al decir: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persigan, "inciso 1º., que debe, necesariamente, relacionarse con el artículo 175 del Código Civil en lo que respecta a la prueba de las obligaciones o su extinción, que según este artículo, le "incumbe al que alega aquellas o estas", lo cual tiene hoy en día, plena vigencia, en lo que hace referencia a la prueba de las obligaciones, sin que se pueda de ello deducir un principio general, como el que busca el legislador

a través de la fórmula contemplado en el transcrito artículo 177.

Ahora hay que ver, cuál es ese supuesto de hecho de que habla ésta norma prodimental? Pues aquél que considera necesario para que sus efectos jurídicos se produzcan; por ejemplo: en materia de reivindicación el Código Civil establece que quien tenga el título de propiedad sobre un inmueble del cual no está en posesión, puede reivindicar contra el tercero que se encuentra en posesión, puede reivindicar contra el tercero que se encuentre en posesión de él. Cuáles son entonces esos supuestos de hechos de esa norma, para que pueda el juez aplicarla en un caso determinado? Pues:

1. La Propiedad del demandante sobre ese bien.
2. Que el bien que concretamente se reivindica en el proceso, corresponde al que relata aquél título, es decir, que se identifique el bien.
3. Que el demandado se encuentre en posesión del bien.

Esos son los supuestos de hecho que contempla la ley, que deben probarse por quien persigue el efecto jurídico que ella consagra, a saber, la reivindicación, y por tanto cuya Carga de la Prueba corresponde al demandante que pretende la reivindicación.

Pero véamos el otro aspecto: el demandado pretende haber adquirido el inmueble por prescripción, debido a que lleva más de 20 años explotándolo económicamente, y entonces propone la excepción. Que sucede? Pues que por su parte el demandado le está decidiendo al juez que aplique a su forma la norma que consagra la prescripción adquisitiva, y como esa norma jurídica tiene como supuesto de hecho para su aplicación que efectivamente haya existido la posesión material y si es un bien rural que haya tenido el carácter de explotación económica, y que haya durado los 20 años, esos son los dos hechos que el demandado tiene la Carga de Probar. Pero si el demandante dice que aunque el demandado inició una posesión hace más de 20 años, hubo una interrupción de tipo legal, que impide que se cuenten esos 20 años y se haya consumado la prescripción, y entonces de nuevo él tendrá la Carga de la Prueba esos hechos que sirven de supuesto para que se pueda apli-

car la norma sobre la interrupción de la prescripción. Y así la carga de la Prueba va pasando de una parte a la otra, sin que se altere en absoluto la regla general.

En general, la Carga de la Prueba incumbe al actor o al demandante, y al que niega, por razón natural, no le incumbe prueba alguna.

Sin embargo, cuando el demandado, reconociendo lo que se demanda, opone una excepción, se convierte, por así decirlo, en actor, y debe entonces probar. Esto se debe a que es un principio general que incumbe la carga de la prueba al que modifica el estado normal de las cosas, esto es, al que pretende innovar.

### 5.3.3. MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba lo clasifica el tratadista Bonnier en la siguiente forma:

- 1) Prueba fundadas en la experiencia personal del juez.

- a) Inspección judicial
  - b) Prueba pericial
- 2) Pruebas fundadas en el testimonio:
- a) Pruebas simples producidas en el curso del juicio y no sometidas a ninguna formalidad anterior: Declaraciones de testigo. Confesión de las partes, juramento.
  - b) Pruebas preconstituídas, preparadas con anterioridad al juicio y sometidas por la ley a una serie de formalidades, indispensables para su validez y eficacia: Instrumentos públicos, Instrumentos privados.
- 3) Pruebas no fundadas en la convicción directa, sino en el razonamiento son las presunciones legales o simples.

#### 5.4. DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Como ya ha quedado expresado, pruebas judiciales, estrictamente, son las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba).

Pero en un sentido general, este aspecto se planteó anteriormente, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y sus resultados.

#### 5.5. EL OBJETO DE LA PRUEBA

En derecho dice Cardoza Izasa, la prueba versa sobre los hechos. Argumenta este tratadista su planteamiento basándose en los artículos 177, 178, 179 del Código de Procedimiento Civil. Observando como resultado de su análisis, una relación invariable entre la prueba y el hecho al cual se refiere, para concluir sosteniendo que esta cuestión necesariamente consagra el último, como objeto de la primera.

En efecto, según el artículo 177 incumbe en las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; el 178 establece que el juez puede rechazar las pruebas que versan sobre hechos notoriamente impertinentes; y conforme el artículo 179 las pruebas pueden ser decretadas a petición de partes o de oficio cuando el Magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

En cuestiones administrativas y mercantiles la Prueba también versa sobre los hechos por aplicación, por vía de analogía, de las mismas normas del Código de Procedimiento Civil.

El derecho no se prueba sino excepcionalmente, termina diciendo Cardosa, cuando se trata de normas jurídicas de alcance no nacional, leyes extranjeras, usos y costumbres. Se invoca para que el juez lo aplique pero no hay necesidad de probarlo.

Por otro lado, Mario Alzamora Valdéz, advierte que se confunde con frecuencia tres conceptos diferentes: el objeto de la prueba, los hechos que deben probarse y

los medios probatorios, que corresponden respectivamente a las afirmaciones del juez, a realidades o actos, y a ciertos signos sensibles del juez, a realidades o actos, y a ciertos signos sensibles de que se hace uso con el fin de demostrar su existencia.

El objeto de la prueba es el fin que persigue la actividad de los objetos de la misma, con el propósito de producir en la conciencia del juzgador, la certeza necesaria que sirve de base para su pronunciamiento.

Los hechos que deban probarse no se identifican con el objeto de la prueba, porque en muchos casos los hechos que se aducen son impertinentes o no se aducían al objeto de la prueba; y tampoco se confunden con los medios probatorios, ya que a un solo hecho puede llegarse por varios medios y viceversa.

Canelutti demuestra la distinción entre el objeto de la prueba y hechos probatorios: "Objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse y sobre el cual vierte el juicio; objeto de juicio a verificarse y objeto del juicio, mediante el cual se verifica, son necesariamente idénticos: solo en rigor, quien reflexione que la prueba no es conocimiento, sino reconocimiento,

dirá que su objeto inmediato es la afirmación, que se trata de verificar, y su objeto mediato el quid afirmado.

Objeto de la prueba, o *thema probandum*, es la cosa, hecho, acontecimiento o circunstancia que debe ser demostrada en el proceso. Según Manzini, Objeto de la prueba son todos los hechos, principales o secundarios, que interesan a una providencia del juez y exigen una comprobación. Para Florian es: "Aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario para resolver la cuestión sometida a su examen; por ejemplo, en el homicidio se exige la prueba de la muerte del sujeto; el hecho de haber dado muerte a un hombre es el objeto de la prueba.

## 5.6. EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

### 5.6.1. DIFERENCIA ENTRE OBJETO Y FIN DE LA PRUEBA

Quedó ya estudiado en capítulo precedente el objeto de la prueba y frjmos dicho, en resumen, que este no era otro sino el hecho del cual se refiere. Pero ¿Para que se prueba en el proceso? ¿Qué se persigue al llevarle

al juez la prueba? La respuesta a este interrogante constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial. Para ello seguiremos, ya lo venimos haciendo, las directrices del doctor Devis Echandía.

#### 5.6.2. FIN EXTRAPROCESAL Y FIN PROCESAL.

El fin extraprocesal de la prueba es el de dar seguridad a las situaciones jurídicas y más comercialidad a los derechos reales y personales enajenables, lo mismo que prevenir y aún evitar los litigios.

Mientras que el problema del fin procesal de la prueba judicial puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del juez que la valora; aquella pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretensión en el proceso voluntario, y éste, tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla. Como en el proceso contencioso las pretensiones están encontradas generalmente (pero hay casos, como los de divorcio, nulidad de matrimonio y separación de bienes, en que pueden estar de acuerdo, por desear ambas partes un mismo resultado), ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y defensa con lo cual se busca ob

tener lo pedido en la demanda y las excepciones o conseguir su rechazo. Pero esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba en el proceso; siempre en su favor y para su beneficio, no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal.

### 5.6.3. DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL FIN DE LA PRUEBA

#### 5.6.3.1. DOCTRINA QUE LE ASIGNA A LA PRUEBA JUDICIAL EL FIN DE ESTABLECER LA VERDAD

Esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez convencimiento necesario para fallar. La mayoría de los autores modernos la rechazan.

#### 5.6.3.2. TEORIA QUE RECONOCE COMO FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL EL OBTENER EL CONVENCIMIENTO O LA CERTEZA SUBJETIVA DEL JUEZ

Los que sostienen esta segunda teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que

por lo tanto, exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento de la verdad y de las mayores probabilidades que con él existen de un divorcio entre éste y la conclusión a que forzosamente deben llegar el juez, algunos autores, especialmente Carnelutti, han hablado de la fijación formal de los hechos mediante esa tarifa legal.

En resumen, ésta teoría contiene un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba, pues tanto con la primera tesis como con la segunda puede decirse que por ella se fijan los hechos en el proceso.

#### 5.6.3.3. CONCEPTO DE DEVIS ECHANDIA

El fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajuste a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; su fin se satisface, sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y entonces existirá en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y entonces existirá un error. La justicia

no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad.

#### 5.6.3.4. RESULTADO DE LA PRUEBA

El resultado de la prueba es en definitivo, la conclusión a que llega el juez, basado en el conjunto de los medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que lo regulen.

Para conocer el resultado de la prueba no basta examinar los diversos medios que concurren a producir el convencimiento en un sentido positivo o negativo sobre la existencia de un hecho; es indispensable también tener en cuenta los medios aportados por la parte contraria, para tratar de desvirtuar el valor de convicción de los primeros. Aquellos formarán una prueba concurrente, y éstos constituirán una prueba en contrario.

Para la correcta deducción de ese resultado es fundamental la valoración o apreciación que de esos medios probatorios haga el juez, y de ahí la trascendencia que

esta función tiene, no sólo respecto de la prueba, sino para el proceso de la justicia.

#### 5.7. PRUEBAS CIVILES Y PRUEBAS PENALES

Varias veces los tratadistas se han enfrentado en discusiones sobre las semejanzas o desigualdades existentes entre las pruebas penales y las civiles. Fué célebre la plémica sostenida entre Eugenio Florian y Francisco Carnelutti.

Según Florian existe una sustancial diferencia entre la prueba civil y la prueba penal, y que poco o nada de utilizable existe para la prueba penal de cuanto se ha escrito entorno a la prueba civil. Carnelutti, en cambio, indica que el derecho procesal civil se distinguen, no porque tengan diversas raíces sino porque son dos grandes ramas que se separan, a una buena altura, de un tronco común; y que en consecuencia, existe unidad sustancial de ambas clases de pruebas y si bien se advierten diferencias en cuanto a la manera de operar de la prueba en el proceso penal con relación al proceso civil, ello no afecta a la estructura y función de la prueba misma, como son la forma en que el juez

se sirve de la prueba, el cómo se busca, cómo se inspecciona, cómo se valora la prueba.

Los puntos de vista más importantes de diferencia entre la prueba en el proceso civil y la prueba en el proceso penal, son los siguientes:

- a) Por el objeto de la prueba, o sea la materia que puede o debe probarse, que no es el mismo en uno y otro proceso. En efecto, es distinta la posesión del objeto de la prueba frente a los sujetos de la relación procesal, rigen distintos principios sobre ese objeto, en uno y otro juicio: la disponibilidad del mismo y el "Onus probandi" (carga de la prueba), correlativo del "Onus afirmandi" de las partes, en el juicio civil, y repartido entre ellas, como deber legal y sin este carácter, en el juicio penal, donde el objeto de la prueba no es comprobar afirmaciones de las partes, sino reconstruir el hecho desde su génesis y estudiar la persona de su autor, autores, partícipes, etc., tal como fue y se manifestó aquél en la realidad. Es o debe ser canon fundamental en el proceso penal, el de la libertad del objeto de prueba con

escasas limitaciones, mientras que a ese objeto lo determinan las partes en el proceso civil.

- b) Por la actividad que es necesaria que se ejercite por determinado o determinados sujetos para que se consiga en el proceso el conocimiento de la verdad que busca o necesita, para incorporar, en uno y otro proceso, el objeto de la prueba. La actividad de la prueba es distinta y tiene manifestaciones diversa, en uno y otro proceso: es de las partes, en el civil con escasa actividad del juez, mientras que en lo penal asume manifestaciones diversas, entre ellas las asegurativas y coercitivas y son sujetos de esa actividad, no sólo órganos de carácter público, como la policía y el Ministerio Público, los sujetos de la relación procesal, incluso el juez y muy principalmente, sino hasta terceros, interesados o no en el proceso.
- c) En cuanto a su naturaleza, la prueba civil pretende dentro de los Estados individualistas la demostración de proposiciones o hechos, su verificación y, no su investigación, como ocurre en el campo penal; por lo cual solo a esta se la toma como

prueba científica.

- d) Respecto a su origen, es verdad que históricamente corresponde a situaciones pretéritas, en ambos casos. Pero fundamentalmente distinguir que la prueba civil pretende la verificación de actos jurídicos en, tanto que la penal indaga por hechos humanos. La primera atiende preferentemente a la acción; la segunda, al actor, al sujeto.
- e) En cuanto a su función, la prueba civil persigue demostrar relaciones de derecho privado, mientras que la penal busca la comprobación del delito, que es un atentado a la libertad, y de un autor, a quien hacer responsable.

Diremos, para concluir, apartándonos de los anteriores enfoques clásicos a través de los cuales, como se puede observar, se plantean diferencias entre las pruebas penales y las pruebas civiles, que la teoría probatoria en el moderno derecho procesal civiles, penales, laborales, etc., diferencia alguna.

## CONCLUSIONES

Al entrar a exponer las conclusiones que me merecen el presente estudio, empezará ratificando, lo que en él y ya ha quedado expresado respecto a la importancia de la importancia de la prueba, tanto que si llegare a fallo condenatorio. A esto se debe moderadamente se observa en la doctrina procesal una extraordinaria preocupación por los problemas relacionados con ella. Los estudios se multiplican y la literatura procesal va enriqueciéndose con monografías que, justo es decirlo, presentan, por los complejo del tema, un valor muy desigual.

En la declaración de parte uno de los caminos utilizados por esta y el juez, para la obtención de la prueba, que, como ya dijimos, es de suma importancia dentro del proceso, Se encuentra en ella comprendida la confesión, de la cual es esta una especie de aquella, es decir, toda confesión, de la cual es esta una especie de

aquella, es decir, toda confesión es una declaración de parte, pero no toda declaración de parte tiene que ser necesariamente una confesión, ya que si no reúne los requisitos que para su existencia señalamos en la tesis espuesta no se le puede considerar como tal. Por otro lado, el interrogatorio de parte no es sino el mi dio para obtener la llamada confesión provocada.

En toda las épocas se ha tenido en grande estima este medio probatorio. Llegándosele a señalar como la reina de las pruebas aquella que resultaba de él, lo que dió origen a la famosa frase: "Confesión, relevo de pruebas". Así se le apreciaba en lo civil como también en lo penal. Hoy en día se ha deducido mucho esa valoración que anteriormente se le daba, al establecerse que ella por sí sola no conduce a la plena prueba, en un enfoque que difiere de la concepción anterior, razón por la cual algunos han negado su característica de me dio de prueba, señalando que con ella no se logra la convicción del juez, si los hechos confesados son o no ciertos, o sea, que se requiere de otras pruebas que puedan considerarse plenamente establecidas, la verdad dentro del proceso. Por otro lado, los psicólogos han cooperado con esta nueva tendencia, a través de sus es

tudios sobre las llamadas falsas confesiones, de los cuales, siguiendo a Attavilla, señalamos algunos en el numeral VII del capítulo IX de nuestro trabajo.

Es necesario que nos detengamos un poco en lo relacionado con las confesiones arrancadas por la fuerza, dada las nuevas tendencias imperantes en nuestro país, donde se señalan casos en que se ha torturado por parte de las Fuerzas Armadas, a detenidos que se encuentran en su poder, por haberlo dispuesto así el gobierno por medio del funesto "Estatuto de Seguridad". Puede ser que esos nubarrones que se ciernen no ya sobre el horizonte de Colombia sino sobre el mismo cielo, lleguen a desaparecer prontamente, antes de que sea demasiado tarde para lo poco que nos queda de democracia.

## BIBLIOGRAFIA

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 2ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1.-972.

FRANCISCO DEL MALA TESTA, Nicolas. Lógica de la Prueba en Materia Criminal. 3ª Edición. Editorial Temis, Bogotá. 1.981.

LOPEZ MORALES, Jairo. Jurisprudencia y Doctrina Penal de la Corte Suprema de Justicia. Bogota Lex lida. 1.981.

NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. El testimonio como Medio de Prueba. 3ª Edición. Bogotá. Editorial Lex Des. 1.-978.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal. 6ª Edición, Bogota, Editorial Lex. 1.985.

ORTEGA TORREZ, Jorge. Código de Procedimiento Penal y Código Penal. 3ª Edición, Bogotá. Editorial Temis 1.977.

RODRIGUEZ, Gustavo H. Curso de Derecho Probatorio. 4ª Edición, Bogotá. Editorial Librería Profesional. 1.979.

RODRIGUEZ, Gustavo H. Pruebas Penales. 3ª Editorial, Bogotá. Editorial Temis. 1.970.

ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba del Testimonio. Colegio de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Derecho, Bogotá. 1.984.

PARRA QUIJANO, Jairo. Editorial Librería del Profesional, Bogotá. 1.986.

Argumento propios del autor de la tesis de grado basado en su propias experiencias como litigante en el derecho penal.