

**ASPECTO HISTORICO Y ANALISIS DEL TESTIMONIO
EN EL DERECHO CIVIL**

JOAQUIN PABLO REDONDO RODRIGUEZ

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

Director: GUADALBERTO FON
TALVO MARMOLEJO

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1987



1034342

10

DR#0799.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR	
BIBLIOTECA	
403.4342	
No. INVENTARIO	300
PRECIO	
FECHA	21 FEB. 2008
GANJE	ORDENACION

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR Y CONTROL DE CALIDAD
 INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR Y CONTROL DE CALIDAD

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR Y CONTROL DE CALIDAD
 INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS
 UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR Y CONTROL DE CALIDAD
 INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
 INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS
 UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR Y CONTROL DE CALIDAD

Guadalberto Rafael Fontalvo Marmolejo

Abogado Titulado
Universidad del Atlántico
Asuntos Penales - Civiles

Barranquilla, noviembre de 1987

Señor
Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
E. S. D.

Estimado doctor:

De antemano le agradezco tan alta distinción al designarme Presidente del trabajo de investigación elaborado por el egresado JOAQUIN PABLO REDONDO RODRIGUEZ, titulado Aspecto Histórico y Análisis del Testimonio en el Derecho Civil.

En función a mi cargo he revisado el mencionado trabajo, observando que se ajusta a las normas académicas y de investigación recomendadas para este trabajo.

Se comienza por la evolución histórica del testimonio, las inhabilidades, los aspectos formales, concluyendo con una opinión personal correspondiente al tema sobre el agotamiento del conocimiento al ser transmitido por el testigo.

En consideración a lo anterior apruebo el trabajo de investigación como requisito parcial para optar el título de Abogado presentado por el egresado JOAQUIN REDONDO RODRIGUEZ.

Con sentimientos de aprecio, de usted atentamente,


GUADALBERTO FONTALVO MARMOLEJO

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
347.067 09
R. 2-19

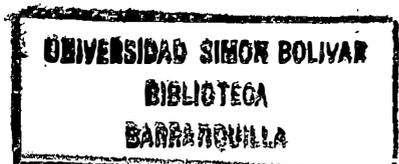
NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

BARRANQUILLA, noviembre de 1987



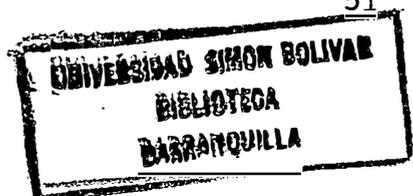
DEDICATORIA

A mi madre Bertha R. de Redondo, Libardo De la Cruz R. y a mi hija, quienes me han incentivado a escalar un peldaño más de mis aspiraciones, lo mismo a la memoria de mi padre Joaquín Redondo Fábregas y mis hermanos porque incentivaron a rastrear las huellas de sus logros.

JOAQUIN PABLO REDONDO RODRIGUEZ

TABLA DE CONTENIDO

	pag.
INTRODUCCION	1
1. EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO	2
1.1. ETAPA DE LA EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO	2
2. EL TESTIMONIO	7
2.1. NOCION Y ELEMENTOS DEL TESTIMONIO	7
2.2. CLASES DE TESTIGOS Y TESTIMONIO	10
2.3. ETAPAS SICOLOGICAS DEL TESTIMONIO	16
2.4. ERRORES E INEXACTITUDES DEL TESTIMONIO	25
3. PRINCIPIO DE INMEDIACION Y LA FACULTAD DE DECRETAR	
PRUEBAS DE OFICIO	31
4. INHABILIDADES	36
4.1. LOS TESTIGOS SOSPECHOSOS	36
4.2. INHABILIDADES ABSOLUTAS	39
5. DEL MEDIO TESTIFICAL	46
5.1. ASPECTOS FORMALES DEL MEDIO TESTIFICAL	46
5.1.1. El deber de comparecer	46
5.1.2. El deber de prestar juramento	49
5.1.3. Deber de someterse a las formalidades rituales	51



5.2.	EL INTERROGATORIO AL TESTIGO	52
5.2.1.	Preguntas	52
5.2.2.	Respuestas	55
5.3.	COMPARECENCIA DEL TESTIGO ANTE LA AUTORIDAD QUE LO LLAMA A DECLARAR	57
5.4.	DECLARACION POR CERTIFICACION	60
5.5.	TESTIMONIO DE AGENTES DIPLOMATICOS Y DE SUS DEPENDIENTES	64
5.6.	SANCIONES PENALES POR FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES Y EL FALSO TESTIMONIO	72
6.	PRESUPUESTOS DEL TESTIMONIO	76
6.1.	EN CUANTO AL SUJETO	76
6.2.	EN CUANTO AL OBJETO	78
6.3.	EL MEDIO DEL TESTIMONIO	82
6.3.1.	El aspecto formal comprende :	83
6.3.2.	El aspecto sustancial comprende:	83
7.	VALOR PROBATORIO Y ALCANCE DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	84
	CONCLUSION	92
	BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUCCION

El testimonio es uno de los medios probatorios que con frecuencia es usado en nuestro sistema civil colombiano, con el fin de buscar el esclarecimiento de los hechos.

En pocos casos las partes que se encuentran en litigio no aducen este medio de prueba, ya que se encuentra el testigo por todas partes, ya sea en derecho civil, penal, laboral, y lo encontramos formando parte del acerbo probatorio.

Al hacer un análisis de los medios probatorios allegados al proceso, y al hacer un estudio de los diferentes testimonios, encontramos que el testigo no siempre sirve para esclarecer la verdad de los hechos, porque existen testigos que narran fielmente lo que sus sentidos percibieron sin temor a presiones, caso contrario existen testigos que hacen declaración falsa en virtud de que han sido coaccionados por las partes interesadas.

Al hacer el análisis del testimonio en nuestro Código de

Procedimiento Civil Colombiano encontramos aspectos importantes y comentaremos el principio de la inmediación, facultad de decretar pruebas de oficio, la libre apreciación de la prueba por parte del Juez.

También trataremos historia del testimonio, sus elementos, inhabilidades para ser testigo, el testimonio rendido por agentes diplomáticos, el deber de testimoniar, los presupuestos del testimonio, etc.

1. EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO

Como medio de prueba judicial, el testimonio ha recibido las más inmerecidas alabanzas y las más despiadadas críticas. A él se le han atribuido grandes errores de la justicia y los más elogiosos aciertos.

1.1. ETAPA DE LA EVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO.

a. Etapa de presunción de veracidad. Corresponde a la antigüedad, en el cual recibió admisibilidad probatoria, todo se le atribuyó una excepcional confianza. Aun en los tiempos modernos Jeremías Benthow decía que "los testigos son los ojos y oídos de la justicia".

Equivocadamente se predicó que su valor probatorio tenía un lugar preferente en razón de que se basaba sobre una presunción, la de veracidad, apoyada ésta únicamente en las condiciones morales del testigo, los cuales, a su turno derivaban de las clases sociales a las cuales pertenecían. Los títulos nobiliarios, ciertas profesiones, ciertas religiones, predeterminaban esa presunción.

Se le daba, pues, una consideración empírica, ausente del análisis científico.

b. Etapa de la desconfianza. Esta se dió en el período de las grandes monarquías e imperios. En esta etapa, una prueba diferentemente acogida en el proceso penal y en el civil, se pasó cuando se advirtieron sus riesgos, al extremo de considerarla con la más intransigente desconfianza.

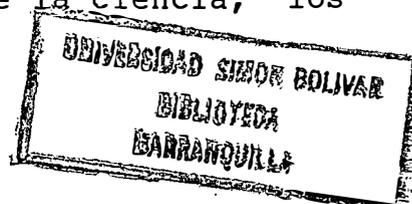
Se dijo que el hombre es mentiroso por naturaleza que la presunción no es de veracidad sino de mendacidad, que el interés, las pasiones y la cambiante de moralidad le dan al hombre una falsía.

El cambio guardó relación con los cambios económicos sociales, que incidieron en el campo judicial limitando las facultades valorativas de los juzgadores, esto es, con el auge del sistema dispositivo y probatorio tarifario. Perdió confianza, el testigo "vivo", para realizar la jerarquía del testigo "muerto", representado por la prueba documental.

c. Etapa de la crítica científica. Los avances de la psicología experimental, el nacimiento de la lógica judicial de las reglas de la sana crítica, le dieron un nuevo enfoque al testimonio.

Su credibilidad y su valor dependen no de consideraciones empíricas sino científicas: del análisis del sujeto, del objeto y de la relación entre éstos. El testimonio no es bueno ni malo, sino que depende de los resultados de ese análisis, de su crítica. Se debe aceptar la afirmación de Gorphe, para quien "si el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo.

Veamos otro aspecto de la evolución histórica del testimonio, como medio probatorio lo encontramos desde épocas muy remotas digamos que en el siglo XII a. de C. ya se hablaba en el Código de Manú, en la India sobre este medio probatorio y como notas importantes encontramos en él, las limitaciones testimoniales a determinadas personas, no podían rendir testimonios aquellas que hubieran sido procesadas por la comisión de algún ilícito, los que no ganaban de confianza entre las mismas autoridades, aquellos sobre cuyos hombros pesaba la negra horrilla por sus antecedentes, por su propia reputación, los niños y los ancianos, como también las meretrices, proxenetas, rufianes, por su oficio denigrante estaban excluidos de la escala de testigos. Pero si esto decimos de ésta gente de bajo ancestro, algo similar se hacía con aquellos personajes que tuvieran rango intelectual o moral, tal como ocurría con los eruditos en algún campo de la ciencia, los



reyes. . Quedaba entonces el testimonio en cabeza del padre quien podía representar la célula familiar, a las mujeres las atestigüaba otra del mismo sexo, lo mismo ocurría con los hombres, pero siempre y cuando fueran gente de bien y de reconocida solvencia moral.

El testimonio de los consanguíneos en línea recta tampoco gozaba de buen crédito, se descalificaba a los enajenados mentales y a los amigos íntimos.

2. EL TESTIMONIO

2.1. NOCION Y ELEMENTOS DEL TESTIMONIO

El testimonio humano es un medio de información y prueba de imprescindible ocurrencia, pero como vehículo de verdad peligroso en grado sumo, por lo cual las leyes de todos los países los rodean de precauciones a veces confiados a la sana crítica del juez y a normas expresas de experiencia universal.

2.1.1. En sentido general es el relato que hace una persona de hechos de que ha tenido conocimiento directo o indirecto. Pero nosotros nos ocuparemos aquí del testimonio como prueba judicial, es decir, de la narración oral de hechos ante el juez del proceso, civil o penal, bajo el juramento y con las formalidades legales.

2.1.2. Es una declaración verbal libre, hecha por persona física que no tiene interés personal en el proceso, ante el funcionario competente y con las formalidades legales, sobre hechos pasados que interesan a la investigación y que ha conocido casualmente y por percepción directa.

Elementos del testimonio.

a. Es una declaración verbal libre: podemos decir que el testimonio, en sentido general, es la narración y descripción que un sujeto denominado testigo hace sobre hechos y circunstancias que presenció, ante el funcionario, haciendo su reconstrucción por medio de palabras. Por eso se dice que el testimonio es un medio de prueba representativa.

La exposición mediante el cual el testigo hace conocer del funcionario respectivo los hechos y circunstancias que presenció, debe hacerse oralmente, lo cual se desprende de los artículos 220 y ss. y 228 del C. de P.C., de acuerdo con los cuales el testimonio se recibe en audiencia y consiste en un "relato".

Es una excepción a este principio que rige en materia de testimonio, la declaración que rinden algunos funcionarios en razón de que gozan de un fuero especial consistente en que rinden un testimonio por escrito, tales como el Presidente de la República, los Ministros, el Procurador General, Magistrados de la Corte, Tribunales y Consejeros de Estado (C. de P.C. 222).

El hecho de que la declaración verbal sea libre, es decir, que debe hacerse sin coacción alguna.

b. Debe ser por persona física: significa que las personas jurídicas no pueden testimoniar, ya que, no están en condiciones de satisfacer el requisito de la oralidad.

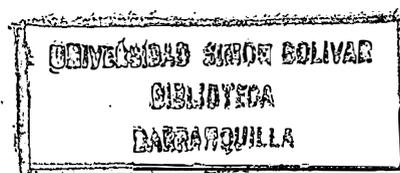
c. La persona física no debe tener interés en el proceso. Este factor se denomina extraneidad, esto significa que el testimonio constituye una declaración de tercero, es decir, que es una persona distinta de las partes.

d. La declaración debe hacerse ante funcionario competente y con el lleno de los requisitos legales. Es el elemento procesal que denomina judiciabilidad y comprende los siguientes aspectos:

1. Que se rinda el testimonio dentro del proceso
2. Que sea ante el funcionario competente
3. Que se llenen las formalidades legales

El testimonio rendido extrajudicialmente constituye una excepción a los dos primeros requisitos anteriores, ya que si las pruebas se producen fuera del proceso sin audiencia de la parte contraria son pruebas sumarias y por consiguiente requieren ratificación.

Si el testimonio no cumple con el requisito de la judiciabilidad, esto puede traerle como consecuencia la nulidad o



la inexistencia.

e. Sobre hechos pasados. Ya se trate de hechos pasados, ya de hechos presentes, es importante que estos hechos sean de interés al proceso, o tengan fines de pruebas.

f. Que ha conocido casualmente y por percepción directa. Como hemos dicho que los terceros adquieren el conocimiento de los hechos precisamente por casualidad, y por lo tanto con este elemento se excluye a los testigos instrumentales.

2.2. CLASES DE TESTIGOS Y DE TESTIMONIOS

Veamos antes algunas definiciones sobre testigo y testimonio:

Alzate Norena: "persona distinta de los sujetos del proceso, llamada a exponer al Juez sus observaciones propias de hechos que tienen relación con el debate".

Jeremías Bentham, por su parte, define al testigo como "los ojos y oídos de la justicia".

El profesor Enrique A. Becerra, en sus conferencias sobre Teoría y Práctica de las Pruebas Judiciales, define al

testigo en su concepto general así: "persona que, por sus propios sentidos ha percibido el hecho que declara".

Y por su aspecto jurídico: "persona que, reuniendo las cualidades prescritas por la ley, con el carácter de extraño a la controversia, es llamada a declarar en juicio sobre la verdad y realidad del hecho percibido directamente por ella, o sobre las condiciones de las cosas de que ha tenido conocimiento".

En cuanto a las definiciones sobre testimonio, por su parte Antonio Rocha en su tratado de la prueba en derecho dice que "es la declaración que hace una persona normal que no tiene interés en el litigio ni por razón de parentesco, ni por aspecto económico, sobre un hecho o hechos de que ella haya obtenido conocimiento.

Alzate Norena define el testimonio como "la declaración obtenida en juicio, de personas extrañas a la controversia".

El profesor Enrique A. Becerra define el testimonio como: "relato verbal o escrito de un hecho, verificado por los que lo vieron u oyeron".

Como podemos observar, todas estas definiciones sobre tes

tigo y testimonio tienen un mismo contenido; solo hay en ellas diferencias de forma.

Podemos decir que en sentido general y amplio, testigo es la persona física que en orden al descubrimiento de la verdad declara o puede declarar ante la autoridad respectiva, los datos y circunstancias de que tiene conocimiento o información, relacionados con los hechos materia de la investigación.

Resumiendo tenemos que testigo es la persona física del declarante, es decir, el órgano de la prueba. En cambio, el testimonio es la declaración o disposición que hace el testigo, es decir, el elemento o medio de prueba. Los datos o circunstancias de tiempo, modo y lugar que contiene la declaración, constituyen el objeto de la prueba o tema por probar.

Tanto para el derecho como para la psicología existe una estrecha vinculación entre el testigo y el testimonio, lo cual implica que el análisis del testimonio humano reviste una gran complejidad. El valor del testimonio está subordinado al análisis de tres factores, a saber:

a) De las aptitudes del sujeto (persona físico-psíquica del testigo), consideradas desde el punto de vista de su

moralidad, afectividad, capacidad intelectual y física.

b) De las propiedades del objeto, teniendo en cuenta los datos e informaciones que suministre para el esclarecimiento de los hechos que se están investigando.

c) De la relación sujeto-objeto (del testigo con su testimonio), relación que se refiere a las condiciones de formación del testimonio (según su memoria, su percepción y su evocación), y a las de reproducción o relato.

Las anteriores consideraciones nos llevan a afirmar el carácter eminentemente científico que tiene este medio de prueba, ya que para una mejor valoración, su análisis exige conocimientos de psicología, lógica, teoría del conocimiento, medicina legal.

Luego de tratar someramente sobre lo que es testigo y testimonio, pasemos a ver las clasificaciones que se han hecho al respecto:

a) Testigo propio e impropio. Se entiende por testigo directo el que conoció los hechos por aplicación directa de sus percepciones. Framarino los denominó "In facto" (testigos en el hecho), para diferenciarlos de los "ante Factum" y de los "post factum". Por exclusión, se ha tomado

como "impropio" lo dos últimos.

b) Directo o Indirecto. Al testimonio propio se le llama también directo o presencial, en oposición al indirecto, que es aquel que proviene de testigo a quien le han suministrado la información terceras personas. Este es el denominado testimonio de oídas.

Es bueno aclarar que mientras la división en propio o impropio se hace en relación al momento sobre el cual recae la declaración, la de directo e indirecto se realiza con base en la fuente de la cual el testigo toma su conocimiento.

En razón de que no se basa en percepciones originales, directas y personales, tradicionalmente el "testimonio de oídas" ha sido proscrito de las legislaciones, claro que en los últimos tiempos se ha reivindicado. Actualmente se aplica al principio de la sana crítica y por lo tanto su credibilidad y valor depende del análisis que de él se haga y no simplemente del hecho de tener tal naturaleza.

c) Testimonio de parte y de "tercero". En sentido lato, testigo es toda persona que declara, cualquiera que sea su calidad dentro del proceso, sea "parte", o sea "tercero".

En sentido estricto, testigo es sólo el tercero, pues la "parte" puede dar origen a otro medio probatorio, que es la confesión. Por eso se ha dicho que el testimonio tiene un elemento básico, que es la extrañedad y por lo tanto el verdadero testigo debe ser un tercero, sin interés alguno en el proceso.

d) Testigo de "cargo" y de "descargo". Estas denominaciones se usan especialmente en materia penal, según que su testimonio sea o no demostrativo del delito y de la imputabilidad.

e) Testigos "de Abono". Son los que acreditan la veracidad y buena fama de un testigo fallecido (C. de P. C., art. 229, inc. 2o.).

f) Testigos "instrumentales". Se denominan así porque suscriben en tal calidad un contrato y por lo tanto dan fe de su celebración (C. de P.C., art. 279, inc. 2o.).
sea quienes presencian la suscripción de un documento por parte de quienes lo otorgan.

Todo hace esperar que con el transcurso del tiempo se efectuen nuevos y mejores aportes tendientes a convertir el testimonio en un medio de prueba suficiente y confiable, la cual habrá de ser considerado útil, pues debido a

la naturaleza de los seres y de las cosas, nunca se podrá suprimir como acto del proceso.

2.3. ETAPAS SICOLOGICAS DEL TESTIMONIO

En todo testimonio, lo mismo que en toda declaración de parte, concurren aspectos externos u objetivos, e internos o subjetivos. Los primeros se encuentran en la etapa inicial de la formación de ambos, que es la percepción, y también en la etapa final que es la declaración. Pero unos y otros componen un todo unitario, por lo cual hay que estudiarlos conjuntamente.

Se puede distinguir cinco etapas en la formación del testimonio y de la declaración de parte:

1. La percepción.
2. La fijación
3. La conservación
4. La evocación
5. La declaración

Primera etapa. La percepción es un proceso físico, a pesar de que comúnmente se cree que es mental, porque, por extensión, se acostumbra otorgarle un significado que com

prende los efectos que origina, tales como, la imagen mental, la cual tiene lugar cuando un estímulo determinado está físicamente presente pero ya no lo está y el sujeto lo reproduce, se dice que hay una evocación; y cuando no estuvo presente ni lo está, pero por medio de asociaciones se efectúa su reproducción mental, se dice que hay una representación. La combinación de representaciones y evocaciones sirve de base a la abstracción; una suma de abstracciones origina una magnitud y un ordenamiento de varias magnitudes es la ciencia.

El testimonio resulta de imágenes mentales y de su evocación, pasando por algunos procesos concomitantes, anteriores a la percepción o posteriores a ella. No es el resultado de representaciones ni de abstracciones ni de magnitudes ni se origina en la ciencia. Todas son útiles para la prueba parcial pero no para el testimonio, a pesar de que el testigo a veces emite juicios provenientes de abstracciones.

Cuando se trata de evocación ni de representación, siempre que hay una imagen mental, existe inmediatamente antes una percepción originada en un estímulo y en la sensación que dicho estímulo produce en algún campo nervioso.

El estímulo, para que provoque la sensación, debe reunir

determinados requisitos, que son diferentes según sea la zona nerviosa a la cual se refiere.

Si se trata de la visual, el estímulo ha de ser:

- a. Voluminoso
- b. Suficientemente luminoso
- c. Encontrarse a distancia adecuada
- d. Ser visto con perspectiva también adecuada.

a. Que el estímulo sea voluminoso significa que debe tener el tamaño suficiente para determinar la sensación, es decir, que posea el volumen mínimo requerido para ser visto. Este volumen constituye lo que se denomina el umbral absoluto de la sensación, debido a que todos los objetos que se encuentran por debajo de ese límite, en tamaño no tienen capacidad suficiente para desencadenar una reacción sensorial visual. Hay objetos y seres que por su tamaño tan pequeño no pueden ser vistos.

b. Como las sensaciones visuales son el resultado de la impresión de las ondas electromagnéticas sobre el receptor luminoso del ojo, es indispensable que el objeto posea capacidad suficiente para emitir, ya sea como fuente de luz o por reflexión, dichas ondas. Esa capacidad recibe el nombre de luminosidad y se halla condicionado por dos

circunstancias: las condiciones externas de luz, llamadas visibilidad, y la mayor o menor cantidad de luz que puede emitir el objeto ya sea por reflexión o como punto de emisión o fuente de luz.

c. La distancia, es definitiva en la visión, porque cuanto más cerca esté el objeto, sin exceder los límites mínimos de adaptación del ojo, se puede observar mejor los detalles, y cuanto más lejos es más difícil hacerlo. La distancia está relacionada directamente con el volumen y con la luminosidad.

d. La perspectiva se refiere al ángulo desde el cual se efectúa la visión. Es importante tenerla en cuenta en la reconstrucción de hechos, porque en ocasiones, por razón de ella, la visión sufre modificaciones.

El proceso de la percepción se cumple cuando la impresión ha hecho todo su recorrido hasta llegar a la corteza cerebral. De ahí en adelante comienza la fijación, que es la segunda etapa del testimonio.

Segunda etapa. Al llegar a la corteza cerebral, la impresión puede irradiarse a otros centros o no irradiarse, si no se irradia, pasa al inconsciente. Si se irradia puede producirse la concentración, o no producirse. Si

no se produce, sucede lo mismo que cuando no se irradia, o sea que pasa al inconsciente.

Si se produce, actúa la excitación o la inhibición. En el primer caso se presenta la apercepción y el estímulo pasa al consciente; en el segundo pasa al inconsciente.

Posteriormente, el hecho que constituye la impresión y que ha llegado hasta el consciente, por razón de la apercepción pasa como olvido al inconsciente.

El inconsciente es, según eso un depósito donde se almacenan los hechos no irradiados, los no concentrados, los inhibidos y los olvidados. También es la despensa de los hechos biológicos heredados y de nuestros impulsos primitivos.

Para efectos del testimonio importa el inconsciente, más que todo como recipiente de los hechos olvidados, pero también como de los otros hechos y de los impulsos primitivos, porque ambos determinan variaciones en los primeros durante la etapa de la conservación.

El esquema de los proceso de percepción y fijación sufre alteraciones a todo lo largo de su recorrido, debido a factores afectivos, intelectuales y volitivos.

Tercera etapa. Los hechos o estímulos no irradiados, no concentrados y los inhibidos, al ser almacenados determinan lo que se conoce como aprendizaje inconsciente; que da lugar en gran parte a los reflejos condicionados, cuyo estudio adelanta con éxito notorio la moderna psicología. Los hechos o estímulos olvidados, o sea los que han llegado hasta la apercepción, se conservan también en el inconsciente, pero a diferencia de los anteriores, puede pasar al consciente voluntariamente cuando se desea. Este proceso configura la evocación, a la cual nos referimos mas adelante.

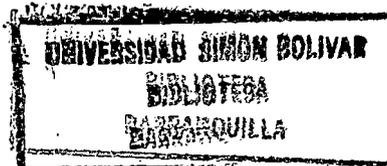
Hay circunstancias en que los hechos olvidados afloran al consciente en forma involuntaria, debido a fenómenos asociativos de proyección, y entonces el consciente efectúa nuevas valoraciones; pero en tal caso lo hace influido por varios factores, entre los cuales se cuentan la tendencia afectiva presente y la asociación con otros hechos anteriores, posteriores o concomitantes del valorado. Esto determina las llamadas Seudomemorias, que alejan paulatinamente el recuerdo de la verdad objetiva, o sea de la forma como realmente ocurrieron los hechos.

En las valoraciones efectuadas por el sujeto durante el tiempo que transcurre entre la fijación del estímulo y el momento en que se rinde el testimonio, se produce deforma

ciones, algunas de las cuales tienen su origen en fenómenos normales, la circunstancia de que los términos inicial y final de un acontecimiento se fijan mejor que los términos intermedios, por lo cual éstos tienden a ser llenados mediante asociaciones lógicas. Lo mismo sucede con las estimulaciones cuantitativas porque se fijan menos que las cualitativas, a tal punto existe una tendencia comprobada a sobreestimar los números inferiores a diez.

Hay un factor que reviste especial importancia y que consiste en que a veces se produce un desgaste fisiológico de las células cerebrales o neuronas, donde se fijan las impresiones, desgaste que hace desaparecer los recuerdos, pues borrada la impresión neuronal, es obvio que no pueden surgir al plano del consciente. Este fenómeno es relativamente frecuente en personas de edad avanzada.

Cuarta etapa. En el momento en que el testigo pretende relatar los hechos percibidos por él y fijados y conservados en su consciente, lo extrae de manera voluntaria al consciente mediante un proceso que recibe el nombre de Catexis, o sea la exteriorización. Pero hay veces en que el hecho que se desea recordar no puede llegar al plano de lo consciente por un fenómeno no de represión que se conoce con el nombre de Contracatexis, que es involuntario cuando se refiere a los acontecimientos que nos resul



tan desagradables y dan lugar a situaciones como las originadas en la ley del esfuerzo regresivo o inhibición paradójica de Pavlov en virtud de la cual, cuanto más se trata de recordar, menos se puede.

En ocasiones, como resultado de la contracatexis, la impresión percibida, fijada y conservada disfraza involuntariamente su núcleo y se exterioriza de manera diferente, lo cual recibe el nombre de Ab-reacción.

Pero no siempre la contracatexis es involuntaria, pues frecuentemente es voluntaria. Así, el hecho aflora al consciente pero el sujeto nuevamente lo retorna al inconsciente. En ese caso no existe, como en el anterior, olvido forzado, pero sin embargo las consecuencias son parecidas. En el sentido de que también se producen fenómenos de angustias que desaparecen cuando el hecho se exterioriza.

La contracatexis involuntaria tiene lugar cuando existen recuerdos que nos resultan desagradables y se originan en el núcleo afectivo que los rodea, dando lugar no sólo a situaciones como la de la inhibición paradójica, sino también a la amnesia emocional, la cual no suprime enteramente los recuerdos, pero los dificulta haciéndolos incompletos.

Quinta etapa. La declaración depende básicamente de que el testigo quiera declarar aquello que ha percibido, fijado, conservado y evocado, pero también de que pueda, pues no basta la simple voluntad de hacerlo.

Puede suceder de que quiera declarar exactamente la verdad objetiva del acontecimiento materia de su testimonio, pero que no puede cumplir su propósito debido a cualquier alteración sufrida en las etapas anteriores a la declaración y que por eso su dicho no concuerde con la realidad de los hechos.

Ese testigo es sincero porque le cuenta al funcionario la reproducción de sus impresiones mediante el proceso de la evocación. Pero siendo sincero su testimonio no es verídico. Es que para que un testimonio corresponda exactamente a la verdad objetiva se requiere un tipo ideal de testigo, cuyas especialísimas dotes lo pongan a cubierto de los múltiples factores que inciden en la inexactitud.

La declaración del testigo es sometida por la ley a formalidades de observancia obligatoria por parte de él, del juez o funcionario encargado de recibirlo y de las demás personas que pueden o deben actuar en la respectiva diligencia.

Por eso, los mayores esfuerzos de la justicia deben orientarse a obtener que los testimonios sean sinceros, porque de esa manera se puede establecer la verdad.

2.4. ERRORES E INEXACTITUDES DEL TESTIMONIO

El ideal de la justicia es obtener testimonios que describan la verdad según la entendieron los escolásticos. Pero ese ideal es difícil de alcanzar porque, dada la complejidad de la formación del testimonio, es poco menos que imposible pretender que se encuentre exento de toda inexactitud.

El error cuando no se origina en algún vicio de la percepción, es producto de ilusiones, alucinaciones, confabulaciones o fabulaciones.

Al hablar de la fijación dijimos que la impresión originada por el estímulo al llegar a la corteza cerebral puede irradiarse a otros centros o no irradiarse, y que cuando se irradia puede dar lugar a la concentración, en la cual actúan la excitación o la inhibición.

Si sobreviene la última, el hecho pasa al consciente, donde es enviado posteriormente al inconsciente en forma de hecho olvidado, todo ello sin perjuicio de que con co

mitante o simultáneamente con la excitación y la apercepción se produzcan reacciones sicomáticas inmediatas.

Las impresiones que lleguen al consciente pueden ser distorsionadas por interferencias de hechos olvidados provenientes del inconsciente que se encuentran y permanecen con ellas así sea un instante, originando, por un proceso asociativo, una interpretación equivocada que pasa posteriormente al inconsciente como hecho olvidado y que sustituye la impresión original.

2.4.1. Las deficiencias fisicosíquicas causadas en la formación de cada una de las anteriores etapas pueden originar errores, deformaciones o inexactitudes en el testimonio conforme lo acabamos de anotar. Esos errores pueden recaer sobre:

- a) La observación (por aprehensión o percepción insuficiente o deformada);
- b) El recuerdo (por olvido completo, pseudomemorias);
- c) La imaginación (por confabulación, retoques);
- d) El juicio (por interpretación equivocada de datos, falta o exceso de autocrítica).

2.4.2. De igual manera han sido señaladas como causas corrientes de inexactitudes involuntarias en el testimonio:

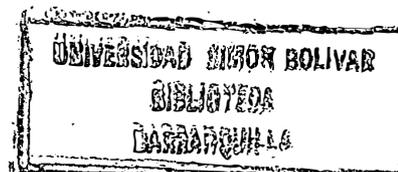
- a) El hábito, que nos lleva a describir los hechos más como ordinariamente ocurren que como ocurrieron en verdad.
- b. La sugestión, que producen algunas preguntas capciosas o que condicionan las respuestas; la sugestión puede ser colectiva o causada por el rumor público, o por las muchedumbres.
- c. La tendencia afectiva, que lo hace sentir simpatía o antipatía hacia una persona o un hecho.
- d. La personalidad del testigo, que le da determinada orientación o características a su testimonio.
- e. La edad. Cada edad tiene sus particularidades psicológicas, que se manifiestan en la capacidad perceptiva y declarativa. Así los niños no poseen de ordinario la capacidad suficiente para distinguir lo ficticio de lo verdadero, o si bien pueden percibir con exactitud carecen de aptitud para exteriorizar, o su percepción suele ser más global o de conjunto. Además, es frecuente que empleen mentiras morales, no patológicas, como las de defensa o las que utilizan para encubrir sus faltas; o mentiras activas, que imaginan para satisfacer tendencias de vanidad, pereza, malicia; o mentiras sugeridas que idean llevados por su gran sugestibilidad. También la edad senil tiene sus particularidades: por anomalías en los órganos de los sentidos por deficiencias en la atención, o en la memoria, o en la emoción pueden dar informaciones inexac

tas.

f) El sexo. También le imprime ciertas tendencias al testimonio. tradicionalmente a las mujeres se les excluía de la condición de testigos, por que se les tachaba de imprecisión, distracción, simulación y mentira. Al parecer, el testimonio judicial femenino no era admisible en Grecia, en Roma y en los antiguos pueblos Germánicos. Hoy se considera que si bien es evidente que el sexo interviene en la diferencia de las percepciones, y que algunos fenómenos psicofisiológicos intervienen en ella (menstruación, embarazo, menopausia), las diferencias perceptivas son básicamente originadas en la educación que recibe cada sexo y en su sistema de vida, aunque en nuestro siglo estas dificultades tienden a abolirse.

Las principales diferencias testimoniales señaladas por los psicólogos entre los dos sexos son: las mujeres son más sugestionables, más sentimentales, más rápidas en la percepción, más críticas, más detallistas, tienen menos sentido de la relatividad de la verdad, más subjetivas, que los hombres.

g. La profesión señala ciertas particularidades en el testimonio. Es obvio que si el hecho percibido se relaciona con la profesión del testigo, su observación e interpretación será más objetiva y fiel. Y cada profesión inclina a la observación hacia el campo de sus conocimientos.



tos, interpretando los hechos conforme a su instrucción.

h. La cultura y la clase social del testigo le imprime ciertas particularidades a su testimonio. En cuanto a la cultura, son evidentes las particularidades testimoniales que según su grado aparecen. Así, la percepción de los indígenas es superficial, su atención es estrecha, su memoria es corta. A mayor cultura corresponde un mayor desarrollo de la memoria, del espíritu crítico, de la objetividad, de la capacidad de observación y de expresión.

Todo testimonio depende de condiciones subjetivas y objetivas del testigo y su medio ambiente. Por eso incide en él su condición económica y su clase social. La clase social, el medio social y económico en que vive el testigo le determinan una especial personalidad, un cierto círculo de afectos y de intereses, que a su turno se reflejan en sus percepciones y en sus valoraciones.

i) La psicología del testigo. Existe una psicología del testigo y del testimonio, como hay otras del inculcado y de los jueces. Los estudios sobre el particular han distinguido toda una tipología, dentro de la cual el "tipo normal" de testigo es más bien (un ideal abstracto). Dentro de esa tipología se distingue el afirmativo, que ordinariamente es también el "cultivado": para observar bien se necesita comprender bien; el presuntuoso o vanidoso que se interesa más por valorarse que por decir la ver

dad, afán que puede conducirlo a desfigurarla; el lacónico, que a veces actúa por timidez, otras por esa su naturaleza; el chismoso, que relata haciendo alusiones tendenciosas; el difuso que combina lo inútil con lo útil; el superficial que solo observa o relata lo que es aparente; el analítico, que es descriptivo, se detiene en los detalles, y por ello en ocasiones pierde la visión o la noción del conjunto; el sintético, contrario al anterior, y que suele ser impreciso: se preocupa por la generalidad, no por el detalle; el objetivo, que elude toda tendencia simpática o antipática, que cuando es excesiva puede reducir la reproducción textual del hecho; el indiferente, que ignora los hechos, por no comprometerse o no tener interés en ellos.

Los estudiosos de la materia aclaran que estos tipos suelen ir mezclados, no se da el tipo "puro"; y que desde luego la tipología depende de la cultura, de la profesión, de la edad, de la personalidad, del sexo y otros factores.

3. PRINCIPIO DE INMEDIACION Y LA FACULTAD DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

La inmediación constituye uno de los principios básicos del Derecho Probatorio, y consiste en que el juez debe intervenir directamente en la actividad probatoria de los procesos.

La inmediación y la facultad de decretar pruebas de oficio son complementarias; están estrechamente vinculadas e incluso, podría afirmarse que una es consecuencia de la otra.

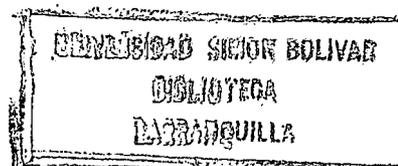
Si tenemos en cuenta que la inmediación permite al juez estar presente en todo el debate probatorio, es apenas lógica su intervención directa en el interrogatorio de parte y de testigos, aunque ellos no hayan sido llamados oficialmente. Esta es una facultad que antes no se le había otorgado a los jueces y hay que admitir que es una reforma meritoria e innovadora ya que si la misión del juez es la de administrar justicia, pues lógico es que se le proporcionen los medios necesarios para que pueda analizar los hechos de la mejor forma posible, y como el análisis de

los diversos medios de prueba aportados al proceso consti-
tuyen puntos claves en la decisión que va a tomar, su pre-
sencia en el debate probatorio reviste una gran importan-
cia para que así no se vea entorpecida su labor y se lle-
ve a cabo en la realidad, una recta y cumplida administra-
ción de justicia.

En orden al tema de la inmediación, procede destacar como
de importancia, la prohibición hecha a los jueces de con-
ferir comisiones para la práctica de las pruebas, con las
solas excepciones que impone la necesidad derivada de la
competencia territorial, ya que al juez no le es permiti-
do invadir territorio que esté fuera de su jurisdicción.

El C. de P. C. en su artículo 181, ordena practicar perso-
nalmente todas las pruebas y le prohíbe comisionar arbi-
trariamente. Transcribimos su texto a continuación:

Artículo 181: "El juez practicará personalmente todas las
pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del terri-
torio, comisionará a otro para que en la misma forma la
practique. Es prohibido al juez comisionar para la prác-
tica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su
sede, así como las inspecciones dentro de su jurisdicción
territorial.



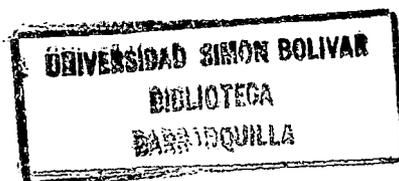
Al hablar de " por razón del territorio", se quiso decir que la comisión debe darla el juez cuando así se haga preciso, por carecer de competencia territorial en el lugar donde debe practicarse la prueba.

Es importante aclarar lo que debe entenderse por sede del juez, a la cual se refieren varias disposiciones del Código, principalmente las de los artículos 181, 206 y 231.

La primera de ellas establece claramente la diferencia entre la sede y el territorio dentro del cual ejerce jurisdicción. El 206, para efectos de la prueba denominada interrogatorio de las partes, dice que cuando una de ellas resida en lugar distinto a la sede del Juzgado, la contraria tiene derecho a pedir que se le ordene la comparecencia de ella, previa consignación del valor del transporte y de la permanencia. El 231 autoriza al juez para que ordene que los testigos residentes fuera de la sede del Juzgado comparezcan a éste, previa la consignación de los mismos valores por parte de quién solicitó la recepción del testimonio.

Las anteriores disposiciones nos permiten sacar las siguientes conclusiones:

1. Que la sede del Juez o Magistrado es la localidad o



lugar donde está instalado en forma permanente el despacho, es decir, el lugar de su radicación como cabecera del distrito, circuito, corregimiento o territorio jurisdiccional. Sede, en efecto, viene de sedere, que significa sentarse. Sede de una persona es aquella en el cual toma o tiene su asiento.

2. Que al juez no le es permitido dar comisión para practicar cualquier medio de prueba, cuando estas hayan de producirse en el lugar donde tienen su sede, es decir, dentro de la población o ciudad en la cual tiene su asiento.

3. Que puede dar comisión para practicar cualquier medio de prueba dentro del territorio de su jurisdicción, pero fuera del lugar de su sede, excepto cuando se trate de inspecciones judiciales, caso en el cual debe practicar las siempre personal y directamente, en tanto que hayan de producirse dentro de dicho territorio.

4. Que, como el juez no puede actuar sino dentro del territorio de su jurisdicción, siempre que haya de practicarse pruebas fuera de él, tiene que valerse de comisionado. Pero, tratándose de interrogatorio de parte o de declaraciones de testigos, puede ordenar la comparecencia a la sede de quienes residen fueran de ésta, bajo la condición del pago previo mencionada anteriormente.

A pesar de que las normas mencionadas anteriormente ha

blan de la sede del juez, debe entenderse que ellas comprenden también al Magistrado o a la Sala, cuando han sido estos los que decretaron las pruebas, puesto que así lo impone el principio inmediacionista con que fueron dictadas esas disposiciones sobre pruebas.

Entre las manifestaciones del principio de la inmediación tenemos la intervención del juez en el interrogatorio de las partes, que corresponde a lo que en el antiguo Código Judicial se denominaba absolución de posiciones.

En la legislación anterior el juez carecía de facultad para formular preguntas en el interrogatorio de partes, e incluso para pedir explicaciones o aclaraciones a las respuestas que la parte o el presunto demandado diera a las preguntas de su contradictor, que debían ser siempre escritas y responsivas. Toda su intervención se limitaba a calificar las preguntas relativas a hechos notoriamente inconducentes o vergonzosos o criminales o que no fuesen susceptibles de confesión, a fin de que se abstuviera de formular preguntas nuevas, no propuestas por la parte contraria al declarante o absolvente.

4. INHABILIDADES

4.1. LOS TESTIGOS SOSPECHOSOS

En derecho, la capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción. LO mismo sucede en materia de testimonio: la regla general consiste en que toda persona es hábil para rendirlo. Pero a veces concurren en el testigo determinadas circunstancias que lo inhabilitan para declarar. Tales circunstancias las consagra la ley civil como causales de inhabilidad del testigo y dan lugar a que su testimonio resulte inadmisibile. Pero siempre las enumera de manera taxativas, pues en ocasiones, como ocurre entre nosotros, se permite resolver al Juez, aplicando las reglas de la sana crítica, cuando un testigo es inhábil en el momento en que va a declarar.

Cuando el testigo carece de habilidad para testimoniar en todo proceso, se dice que es un inhábil absoluto; y cuando su falta de aptitud se refiere a un proceso determinado se dice que su inhabilidad es relativa.

En el primer caso la inhabilidad es inherente a calidades propias y permanentes del testigo; en el segundo caso se trata de situaciones que lo afectan transitoriamente. Pero ambas clases de inhabilidades, de llegar a rendirse el testimonio cuestión está poco probable debido a que la ley dispone que una vez probada la respectiva causal el juez debe abstenerse de recibir la declaración. Lo hacen completamente ineficaz.

Existen otras circunstancias, además de las inhabilidades, que si bien no impiden al testigo declarar, sí hacen su testimonio altamente sospechoso. Dichas circunstancias tienen como base la disposición afectiva suya, resultante de parentesco, interés, dependencia, aversión o amistad, tanto en relación con las partes como con sus apoderados.

A las unas y a las otras se refieren los artículos 215, 216 y 217 del C. de P. C. en la siguiente forma:

"Art 215. Inhabilidades absolutas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en todo proceso:

1. Los menores de doce años
2. Los que se hallan bajo interdicción por causa de demencia

3. "Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete".

"Art. 216. Inhabilidades relativas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

1. "Los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas".

2. "Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Art. 217. Testigos sospechosos. Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad e imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

Tanto los testigos sospechosos como los inhábiles pueden ser tachados por la contraparte o por el juez. Las ta

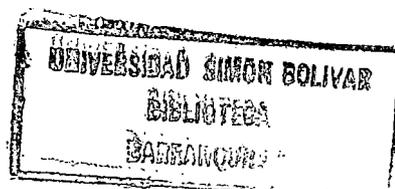
chas pueden formularse por escrito antes de la audiencia señalada para recibir el testimonio que se tacha, u oralmente dentro de ella.

4.2. LAS INHABILIDADES ABSOLUTAS

Del artículo 215 del C. de P. c. se desprenden tres incapacidades para el testigo, que dan lugar a igual número de inhabilidades para declarar; y del numeral 1o. del artículo 216 se deducen cuatro causales más de inhabilidad. El numeral 2o. del mismo artículo no establece causales específicas, pero en cambio confiere al juez la facultad de determinar cuándo un testigo es inhábil en un momento determinado, para rendir testimonio.

Las inhabilidades contempladas por los artículos 215 y 216 numeral 1o. en su orden, se fundan en:

1. Incapacidad por razón de la edad
2. Incapacidad originada en interdicción por causa de demencia
3. Incapacidad orgánica o funcional para darse a entender
4. Incapacidad debida a alteraciones mentales originadas en causas tanto endógenas como exógenas o exteriores.



1. La primera de las inhabilidades consagradas en el numeral 1o. del artículo 215 consiste en una limitación impuesta al testigo por razón de su edad. En esa disposición se dice que son inhábiles para testimoniar en todo proceso, es decir, que son inhábiles absolutos, los menores de 12 años. Ello entraña que el juez pueda rechazar el testimonio en la respectiva audiencia cuando en ella aparezca probada una edad inferior a esa.

No hemos encontrado ninguna razón valedera para justificar la limitación de la habilidad del testigo por razón de su edad dentro de un sistema que, como el adoptado por el nuevo C. de P. C. acoge la apreciación razonada de la prueba. Más lógico habría sido dejar que el juez pudiera apreciar el testimonio con la libertad propia y peculiar del sistema, mediante la aplicación, inclusive a la edad del testigo, de las reglas de la sana crítica, como muy bien lo ordena el artículo 187. Pero debe admitirse en todo caso de que la edad del testigo es un factor que influye decisivamente en la credibilidad que puede otorgarse a su declaración, bien se examine el punto con criterio tarifario o a través del sistema de la persuasión racional.

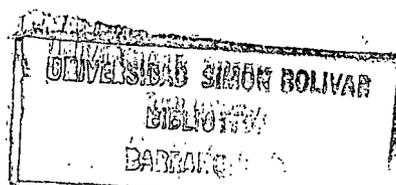
La cuestión se funda en múltiples observaciones efectuadas en diversos medios judiciales, en virtud de las cua

les se ha llegado a superar completamente el inicial concepto de la "inocencia infantil".

Modernamente para efectuar la crítica del testimonio teniendo en cuenta la edad del testigo, se acogen las siguientes consideraciones.

El hombre durante su vida pasa por cuatro etapas diferentes: una que va desde el momento en que nace hasta el primer año de edad, aproximadamente, en la cual cumple su organismo una función de adaptación al medio; el niño va paulatinamente adecuándose a los diferentes estímulos que llegan del exterior de la mejor manera que puede. Tal adaptación se ha denominado mimetización, debido a sus características; y la etapa a la cual corresponde se la distingue con el mismo nombre: etapa de mimetización. Desde cuando un niño cumple un año y hasta cuando llega a los siete, aproximadamente, pasa de la adaptación meramente sensorial a un proceso levemente interpretativo de los estímulos recibidos del exterior, más notorio cuando mayor sea, pero atribuye a los fenómenos externos a fuerzas desconocidas, muchas veces valiéndose de procesos confabulatorios un tanto fantástico.

Dentro de la etapa de mimetización no puede haber testimonio porque el presunto testigo carece de toda aptitud



tanto física como mental. Una vez si es superada si es posible, pero de todos modos hay que analizar si se encuentra en la etapa anímica mágica o en la religiosa por que su propia manera de interpretación fenomenológica incide directamente en el testimonio, lo cual constituye el fundamento de las limitaciones legales basadas en la edad, cuando se trata del sistema tarifario o en el examen crítico, cuando se trata de la persuasión racional.

Debe ser esta la razón por la cual considera el Código que el menor de doce años adolece de habilidad para testificar en materia civil, y también la razón por la cual permite que la parte contra quien se presente pueda tacharla.

2. El numeral 2o. del artículo 215 del C. de P. C. establece como inhabilidad la interdicción del testigo por causa de demencia.

Lo mismo que en lo referente a la edad, tampoco nos explicamos la razón por la cual se consagra esta inhabilidad, porque si bien es cierto que los interdictos por demencia son incapaces para administrar sus bienes y disponer de ellos libremente, no todos son inhábiles para servir como testigos. Se pretende instituir una relación no bien explicada entre la incapacidad civil y la incapacidad para

testimoniar, cuestiones que son fundamentalmente diferentes, puesto que la primera se refiere a la actitud del sujeto para la vida jurídica o a la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones sin el ministerio o la autorización de otra persona, y la segunda a la integración en el sujeto de un proceso cognoscitivo que, como lo explicamos al hablar de las diferentes etapas que intervienen en la formación del testimonio, comienza por la percepción y concluye con la declaración.

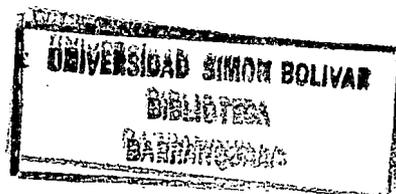
Para ser consecuentes con el sistema consagrado por el artículo 187, ha debido dejarse al juez la apreciación del testimonio rendido por el interdicto por causa de demencia. Nuestra experiencia personal y profesional nos enseña que no todos los interdictos por esa causa son inhábiles para declarar. Conocemos casos de interdictos por demencia, que inclusive habiendo sido intervenidos quirúrgicamente en labotomía prefrontal selectiva, conservan una capacidad para testimoniar en condiciones relativamente aceptables. Y aún más: hemos presenciado otros casos en los cuales la interdicción ha sido decretada con base en alteraciones síquicas graves que, no constituyen demencia.

La demencia propiamente dicha es la sicosis esquizofrénica simple, sin embargo, en derecho se acepta el término

con un significado mas amplio que cubija otras formas de enfermedades mentales funcionales, tales como las sícosis catatónicas y hebefrénicas, tambien la naturaleza esquizo frénica. Inclusive en ocasiones se hace extensivo a situaciones presicóticas, si bien dan lugar a la incapacidad civil, no siempre determinan en quién las sufre una inhabilidad para testimoniar.

3. El numeral 3o. del ya citado artículo 215 establece también como inhabilidad absoluta la sufrida por los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete.

No se oculta que quien se encuentra en tal situación está absolutamente imposibilitado para declarar por carecer de medios que le permitan expresar sus percepciones. En estos sujetos puede haberse cumplido todo el proceso previo de formación del testimonio a través de las diversas etapas, desde la percepción hasta la evocación inclusive. Y, además, puede suceder que el sordomudo quiera declarar. Lo que pasa es que no puede hacerlo por falta de medios de expresión. No se trata de ninguna incapacidad para percibir, fijar, conservar o evocar los hechos, sino de una incapacidad para declarar.



4. El número 1o. del artículo 216 dice que son relativamente inhábiles para testificar en un proceso determinado los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas.

Nos parece que todas las inhabilidades contempladas por esta disposición son absolutas y no relativas, pues lo cierto es que quien padece una alteración mental o síquica grave, o se encuentra embriagado o bajo sugestión hipnótica, o en los demás casos enunciados, no sólo está impedido o incapacitado en el momento de declarar para rendir testimonio en el proceso donde debe hacerlo, sino en todo proceso. Cosa diferente es que su incapacidad sea transitoria y no permanente, pues no por transitoria deja en ese momento de ser absoluta para todos los procesos.

5. DEL MEDIO TESTIFICAL

5.1. ASPECTOS FORMALES DEL MEDIO TESTIFICAL

El aspecto formal del testimonio comprende:

- a) El deber de comparecer
- b) El deber de prestar juramento
- c) El deber de someterse a las formalidades rituales
- d) El deber de contestar el interrogatorio.

Analicemos brevemente cada uno de estos puntos:

5.1.1. El deber de comparecer. De acuerdo con el Código de Procedimiento civil, en el auto que ordena la práctica del testimonio, "el juez ordenará la citación de los testigos y señalará fecha y hora para la audiencia en que deben recibirse las declaraciones, dentro del término para practicar pruebas". (C. de P. C., art. 220)

a. La citación. Una vez ordenada la prueba, el testigo debe ser citado. Al respecto, dice el art. 224 del C. de

P. C. que decretada la prueba "el secretario expedirá en papel común boleta de citación de ellos con las prevenciones legales. El testigo deberá firmar dicha boleta y si no puede o no quiere hacerlo, lo hará una persona que haya presenciado el hecho y se agregará la boleta al expediente. Cuando el testigo fuere dependiente de otra persona, se libraré también boleta al empleador o superior para los efectos del permiso que éste debe darle, con la prevención de que trata el artículo 39".

El artículo 225, a su vez señala que el testigo que no atiende la citación será sancionado con multa de 100 a 1000 pesos, o conducido por la policía.

Aunque el testigo puede ser sancionado por no hacer caso del llamado que se le hace, su no comparecencia puede estar justificada por razón de enfermedad, y en este caso dispone el Código de Procedimiento Civil que se le recibirá declaración en audiencia en el lugar donde se encuentre, previo el mismo señalamiento.

La comparecencia puede ser al despacho del juez, o si este lo estima conveniente al mismo lugar de los hechos.

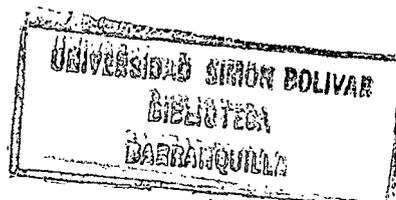
b. Recepción en audiencia. Este sistema se tomó del Procedimiento Laboral, que fué donde primero se aplicó el

sistema de la práctica de pruebas en audiencia. En esa forma se ha querido dar aplicación a los principios de oralidad, publicidad y concentración de las pruebas, el último de los cuales exige que las pruebas se practiquen en un mismo momento o etapa del proceso para facilitar el cotejo, evitar repeticiones y darle hilación a la formación del conocimiento.

Lo anterior no significa que todos los testigos declaren uno en presencia de los demás. Todo lo contrario; cada uno rinde su declaración separadamente. Y esa separación de que habla la ley no solamente debe referirse al examen sino también debe extenderse hasta impedir que los testigos antes o después de comparecer al despacho se comuniquen entre sí a efectos de impedir que unos influyan en la declaración de los demás.

El juez debe adoptar todas las precauciones que estime conducentes con el fin de lograr que cada uno de los testigos manifieste sinceramente los hechos de que haya tenido conocimiento a través de sus propias percepciones, independientemente de lo que hayan declarado los otros.

Igualmente, cada una de las declaraciones que emiten los testigos debe extenderse por separado, con el fin de evitar confusiones entre los diversos testimonios allegados.



5.1.2. El deber de prestar juramento. Al respecto, afirma el tratadista Luis Carlos Pérez:

"Los primeros códigos, el de Hammurabi, el Talmud, la Biblia, así como las disposiciones concordantes de los vedas, los persas, y en general, de todos los pueblos antiguos, conocieron la institución del juramento y le dieron siempre una esencia religiosa, cualquiera que fuere el motivo invocado (los muertos, los animales y plantas sagradas, el rey, la nación, etc.).

"Griegos, romanos y españoles aceptaron el juramento como medio imprescindible de encontrar la verdad; y ese criterio prevalece aún con todo lo que tiene de engañoso, de donde surgió la idea de suprimirlo, como en su tiempo ya lo exponía Bentham".

Sobre el particular, Bentham había dicho: "El hombre cuya religión está de acuerdo con la moral, presenta una seguridad más, y una seguridad que no depende de la ceremonia del juramento. Los tratados de los cuaqueros de Pensilvania con los indios son los únicos que no han sido jurados y quizá también los únicos que no han sido quebrantados".

Ricardo Levene (hijo), expresa: "Es cierto que si el testigo está dispuesto a mentir, lo hará con o sin juramen

to, pero la ley, al exigirlo, rodea a la justicia de un prestigio que proviene de un sentimiento universal y tradicional.

Es evidentemente un freno... Su forma ha variado con el tiempo: se juró invocando la divinidad de la nación, por un animal, por plantas sagradas, por la vida del rey o por las cenizas de los muertos. Sin embargo, se mantuvo el concepto de que el juramento imprimía el carácter de sacrilegio al falso testimonio. Prevalecía así el acto religioso sobre el civil, el sacrilegio sobre la falsedad, el pecado sobre el delito hasta que se comprende que el falso testimonio es un delito colectivo y que afecta la administración de justicia, que es el bien social lesionado si es verdad que la esencia del delito es extraña a toda formalidad exterior, el juramento nada agrega ni altera la mentira, pero revela una insensibilidad, la pérdida de los sentimientos religiosos y morales, que agravan la condición del sujeto del delito".

Nuestro C. de P. C. exige el juramento como formalidad previa al interrogatorio, acto en el cual el declarante promete bajo juramento decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad sobre los hechos que se le preguntan y de que tenga conocimiento.

El juramento debe preceder a la exposicion del testigo, ya que de esta manera se logra una mayor influencia para que el testigo deponga con verda y sinceridad, sin recurrir a reservas mentales.

El acto procesal del juramento contiene tres partes, a saber:

- a) La amonestación o prevención del juez, sobre falso testimonio
- b) La toma del juramento, hecha por el juez, en la forma legal
- c) La manifestación que jura (expresada en palabras) hecha por el testigo.

En materia civil, el juramento aparece desprovisto de todo caracter religioso y la sanción en que se incurre es la penal prevista para el falso testimonio.

5.1.3. Deber de someterse a las formalidades rituales. Toda prueba tiene un trámite, un rito procesal, y en este caso el testigo al rendir su declaración debe someterse a ellas porque son de orden público.

El artículo 60 del Código de procedimiento civil dice que "Las normas procesales son de orden público y, por consi

guiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley".

La recepción del testimonio comprende las siguientes ritualidades: el auto que decreta la prueba, la citación, la comparecencia del testigo, el juramento previo con la amonestación, la identificación, las respuestas al interrogatorio dadas con claridad y exactitud, el levantamiento del acta y la firma de la misma.

Los requisitos mencionados anteriormente son necesarios para que el testimonio tenga validez, ya que si estos se permiten podrían generar nulidad del mismo.

d) El testigo tiene el deber de contestar, así como el de comparecer, jurar y decir la verdad, en los cuales se descompone el deber de testificar.

5.2. EL INTERROGATORIO AL TESTIGO

Aún cuando el deber de contestar el interrogatorio es uno de los requisitos formales del testimonio, conviene estudiarlo separadamente para su mejor comprensión.

5.2.1. Preguntas. En su formación se distinguen tres momentos o etapas, a saber:

a) Identificación del testigo. Sobre el particular, dice el Código de Procedimiento Civil que el juez interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha.

b) Relato espontáneo. Significa lo anterior que los relatos del testigo comprenden dos partes: primero el relato espontáneo sobre los hechos, y luego, en orden cronológico, el interrogatorio propiamente dicho.

Esto se debe a razones psicológicas que permiten que las respuestas sean complementarias, sin dejar vacíos en la declaración.

c) Interrogatorio. Lo constituyen el conjunto de preguntas que se le formularn sobre los hechos materia de la investigación acerca de los que ha depuesto, como también de los demás que obren en el proceso y que el juez considere pertinentes.

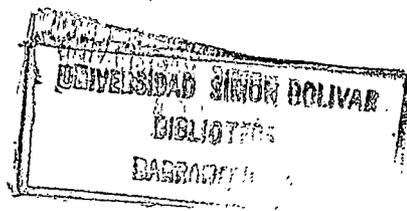
Malinverni dice que el interrogatorio es un instrumento indispensable de control para los testigos que creen depone una falsedad y agrega que el interrogatorio tiene dos

métodos: "el centrífugo", el cual se inicia con las preguntas sobre el objeto principal del examen, para luego pasar a los objetos secundarios, y el "centrípeto", basado en preguntas sobre datos indiferentes, en forma tal de atenuar la vigilancia del testigo. Se alternan después las preguntas sobre datos secundarios, que sirven para poner un marco al cuadro y munirlos de detalles.

Las preguntas son formuladas por el juez, lo cual se hace en virtud del principio de la inmediación, y porque el testimonio, con las demás pruebas, es un medio de convicción para el juzgador.

Después de la intervención del juez, las partes pueden formular preguntas, comenzando por quien solicitó la prueba, pero el juez tendrá facultad de ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones en cualquier momento.

En cuanto a la forma, las preguntas se formulan oralmente en las audiencias, a menos que por celebrarse ante juez comisionado o por otra causa, las partes prefieran entregárselas al secretario en un pliego que las contenga, antes de la fecha señalada, como también pueden ser entregadas al secretario del comitente para que las remita junto con el despacho comisorio".



El juez debe rechazar las preguntas impertinentes, prohibidas y superfluas, y ésta regla se aplica a todas las pruebas.

Igualmente está prohibido formular las preguntas antes de que se hayan escrito.

Pueden formularse preguntas que versen sobre cuestiones artísticas, técnicas y científicas, si el declarante es persona versada en ello.

Es necesario que las preguntas se formulen en forma imparcial, que estén exentas de promesas, coacción o amenazas, que estén individualizadas y que sean claras y concisas y no sugestivas, requisitos estos que es necesario que sean tomadas en cuenta por el juez para facilitar la precisión y la fidelidad de las respuestas.

5.2.2. Respuestas. Las respuestas deben ser orales. El art. 228 del C. de P. C. prohíbe al testigo "leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras, fechas, hechos antiguos y en los demás casos que considere justificados. Si el testigo solicitare plazo para consultar documentos y el juez lo considera procedente, se continuará la recepción del testimonio en cuanto a tales preguntas en otra audiencia que se señalará en

el acto, o en la misma, si fuere posible.

Hoy se suele adoptar un sistema intermedio, conocido con el nombre de oral actuado.

Excepciones al principio de la oralidad lo constituyen, la certificación jurada que emiten algunos funcionarios en razón del fuero de que gozan, y en razón de esto ellos lo hacen por escrito. En igual forma testifican los agentes diplomáticos, quienes declaran "si lo tienen a bien" y por eso en el caso de ellos el fuero se convierte en dispensa.

En el caso de los funcionarios que gozan de fuero subsiste la obligación de declarar y si no lo hacen, se sancionan igual que los demás testigos.

Las respuestas deben ser exactas y completas, explicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos y la forma como llegaron a su conocimiento.

Por todo lo anterior, no basta con decir "es cierto" en cuanto al contenido de la pregunta sino que hay que hacer la relación histórica de los hechos materia de la investigación.

Las respuestas no pueden ser insinuadas por quien formula el interrogatorio y deben consignarse en el acta en sus términos originales. Esta acta debe ir firmada por el testigo y las demás personas que hayan intervenido en la diligencia previa lectura y aprobación de su dicho.

En la diligencia de interrogatorio se pueden tomar versiones taquigráficas, ya que así lo permite el Código de Procedimiento Civil.

5.3. COMPARECENCIA DEL TESTIGO ANTE LA AUTORIDAD QUE LO LLAMA A DECLARAR.

El Código de Procedimiento Civil Colombiano nos habla del deber que tienen todas las personas de prestar a la Administración de Justicia la colaboración que se les exige, para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación en los debates judiciales y que se deriva de la convivencia social misma.

Claro está que esta obligación pesa sobre las personas capaces y hábiles legalmente para rendir testimonio y no para los inhábiles, ya que estos no disponen de capacidad, ya sea en forma absoluta o en forma relativa.

El Código de Procedimiento Civil Colombiano exonera de la

obligación de declarar a los ministros del culto, en razón del sigilo de la confesión que deben guardar y a ciertos profesionales, por el secreto que les corresponde guardar debido a la profesión, tales como el abogado, el médico, enfermeros, laboratoristas, contadores.

En cuanto al secreto profesional, es necesario decir que si el particular que revela los secretos de otros comete una grave falta contra el honor, y esta adquiere mayor magnitud cuando es cometida por aquel que solo en razón de su profesión ha obtenido una confianza o ha sorprendido los secretos de sus clientes. Hay profesiones que exigen con más rigor que otras el sigilo absoluto acerca de los hechos que dicen relación con ella. Efectivamente, no hay pueblo que carezca de religión y por consiguiente de culto, o al que le sean extrañas la muerte, el dolor, o que no esté regido por leyes consuetudinarias o escritas, a menudo violadas o mal interpretadas.

No hay, por tanto, ninguno que carezca de personas que desempeñen el sacerdocio, médicos y jurisconsultos.

El artículo 213 del Código de Procedimiento Civil dispone que toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley.

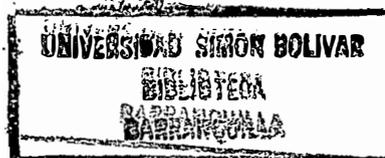
El Código de Procedimiento Civil señala la manera cómo de be hacerse el llamamiento o citación de los testigos ante la autoridad que los llama a declarar.

Cuando la declaración de los testigos se decrete de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario expedirá en papel común boleta de citación de ellos con las prevenciones legales. Dicha boleta deberá ser firmada por el testigo, y si no puede o no quiere hacerlo, lo hará una persona que haya presenciado el hecho y se agregará la boleta al expediente.

Cuando el testigo fuere dependiente de otra persona, se librárá también boleta al superior, para los efectos del permiso que este debe darle.

Conviene recordar que ninguna disposición judicial surte efectos antes de ser conocida mediante notificación a la persona a quien va dirigida. Por eso se ordena la citación personal de los testigos obligados a declarar, cuya obligación no es exigible antes de ser notificados.

La firma del testigo en la boleta de citación constituye prueba completa de su realización, y si no lo firma, el informe secretarial suple tal prueba, ya que su carácter oficial le imprime a su actuación fe sobre el particular



y a falta de la firma del informe, se tiene por tal el testimonio rendido por dos testigos. Si llenadas estas formalidades, la persona llamada a declarar no se presenta, se hará efectiva la responsabilidad que acarrea el incumplimiento de tal obligación.

Como la sanción impuesta tiene el carácter de correccional (multa de cien a mil pesos), la ley concede al funcionario que puede imponerla, la facultad de apreciar los motivos que hayan podido impedir al testigo cumplir con el deber de asistir. Estas causas pueden ser: la enfermedad, fuerza mayor o caso fortuito, muerte o enfermedad grave de los familiares y una vez comprobadas, lo exonerará de la sanción, más no de la obligación de rendir testimonio.

5.4. DECLARACION POR CERTIFICACION

"El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General, los Gobernadores, los Senadores y Representantes mientras gocen de inmunidad, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y Fiscales del Consejo, el Procurador General de la Nación, los Arzobispos y Obispos, los Agentes Diplomáticos de la República y los Magistrados, Jueces, Fiscales y procuradores al rendir testimonios ante funcionario in

ferior, declararán por medio de certificación jurada.

Las personas enumeradas anteriormente, bien por enfermedad, por consideración debido a su alto cargo o por prácticas del derecho de gentes, fundada en consideración a la soberanía de cada Estado, gozan de un fuero especial, razón por la cual su declaración se le recibe en su casa de habitación o en el despacho de su oficina: tales declaraciones se llaman declaraciones por certificación jurada.

Pero, nada impide que las personas a que alude la disposición se presenten a rendir su testimonio directamente en las oficinas del Juzgado, ya que disfrutan de una gracia, y como gracia que es, bien pueden renunciar a ella y presentar su testimonio como un particular, sin que esto de lugar a reclamaciones de ninguna clase por parte de quienes intervienen en el proceso, pues éstas únicamente están facultadas para tachar los testigos, para exigir que en la exposición de sus declaraciones se llenen todos los requisitos y formalidades legales necesarios para que el testimonio tenga validez, lo mismo que para repreguntar, si es el caso, pero no hay lugar a que se hagan reclamaciones por cosas que sólo son de interés personal del testigo.

En cuanto a las personas enumeradas en la disposición comentada, el ilustre tratadista de pruebas judiciales, Antonio Rocha ha dicho que: "llama la atención que en un país organizado bajo la forma social-política de la democracia, que sea tan larga la lista que trae sobre las personas que no están obligadas a comparecer al despacho del Juez. Pero más adelante, refiriéndose al Poder Judicial y otras personas mencionadas en la disposición, dice que se justifica la excepción hasta cierto punto, no por desprecio de concurrir a un Juzgado, sino por razón de jerarquía entre miembros de un mismo poder. No es natural que un Magistrado de la Corte suprema de Justicia, o un Magistrado de Tribunal Superior, vaya al despacho del Juez del Circuito o de un Juez Municipal a rendir testimonio, pues humanamente el Juez baja el concepto de su superior jerárquico; no es que tenga ningún inconveniente jurídico, es una consideración de costumbre social y de psicología."

Se justifica también esta disposición igualmente por dificultades de tiempo en el Presidente de la República, en un Ministro de Despacho, en un Gobernador o en uno cualquiera de los otros funcionarios que por su alta investidura enumera la disposición comentada, y esto en razón de que difícilmente podría someterse a todas las formalidades propias de este acto, con lo cual no contribuiría a la recta administración de justicia.

Y teniendo en cuenta que todas las personas están en el deber de prestar su consurso siempre que sea necesario para la administración de justicia, exponiendo ante los funcionarios de la rama jurisdiccional los hechos de los cuales tengan conocimiento, cuando así se les ordene y no existan razones especiales para excluir de este deber a las personas a las cuales se refiere la disposición citada, se autoriza su testimonio por medio de la llamada certificación jurada, en razón de que ésta permite el recibimiento directo y personal de dicha prueba por los jueces.

La certificación jurada que emiten estos funcionarios los compromete si lo hacen falsamente y pueden contener tanto el interrogatorio principal como las preguntas que formula la contraparte, las que por ningún motivo pueden excluirse, ya que se colocarían en condición de inferioridad.

Conviene advertir, además, que estas personas no son sancionadas por el no despacho oportuno de sus certificaciones, como los testigos comunes, pues no compagina con las normas de derecho que el inferior sancione disciplinariamente al superior.

5.5. TESTIMONIO DE AGENTES DIPLOMATICOS Y DE SUS DEPENDIENTES.

"Cuando se requiera el funcionario de un agente diplomático de nación extranjera o de una persona o de su comitiva o familia, se enviará carta rogatoria a aquel, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, con copia de lo conducente, para que si lo tiene a bien declare por medio de certificación jurada, o permita declarar al testigo en la misma forma. Si este fuere dependiente del diplomático, se solicitará que le conceda permiso para declarar, y una vez obtenido se procederá en forma ordinaria.

En el derecho internacional se considera que los agentes diplomáticos, en virtud de la misión que desempeñan, no están sujetos a las autoridades de los países en donde actúan como tales. Esto nos sirve para comprender por qué se les envía nota suplicatoria para que declaren, si lo tienen a bien, ya que no pueden ser obligados de ningún modo por las autoridades del Estado respectivo pues ellos encarnan la soberanía del representado, cosa que ha sido aceptada.

Las personas que forman parte de la comitiva del agente diplomático, por tener una dependencia inmediata con él,

necesitan previa autorización para que puedan declarar. Lo mismo ocurre cuando se trata de la familia del Ministro o Agente, en relación con la cual puede considerarse que entran en juego las normas de cortesía internacional.

Pero cuando se trata de un mero dependiente, ya deja de ser fundado que la declaración se rinda por escrito a través de certificación jurada, pues no concurren circunstancias especiales para que esto suceda. Pero es necesario que el Ministro o Agente Diplomático de la nación extranjera autorice el testimonio, dada la dependencia que existe en relación con el Ministro o Agente Diplomático.

Para solicitar el testimonio de las personas referidas en el comentario, se hace a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ser éste el medio de comunicación con los ministros extranjeros.

No está de más observar que en cuanto a los cónsules de naciones extranjeras no se precisa el lleno de formalidades especiales, para la recepción de sus declaraciones, pues ellos no son propiamente representantes diplomáticos de las naciones que sirven, sino más que todo agentes comerciales.

Establece el Código de Procedimiento Civil un principio de

equidad al consagrar, por un lado, que el testigo está en la obligación de colaborar en la administración de justicia presentándose a rendir su declaración acerca de actos o hechos relacionados con problemas judiciales de los que tenga conocimiento, y, por otra parte, que se le deben pagar los gastos de transporte y permanencia durante el tiempo que requiera para rendir su declaración.

En general, los jueces en lo civil proceden a la práctica de las diligencias solicitadas por las partes o decretadas de oficio para que les sirvan de prueba directamente, más no se excluye que cuando ellas han de tener verificación, comisionen a los funcionarios respectivos, y, así, cuando un testigo que debe declarar reside en lugar distinto del Juez que conoce del asunto o negocio, éste comisiona para la recepción de su testimonio a un Juez del lugar en que reside dicho declarante. Con tal fin, se libra un despacho comisorio en el que se insertan el interrogatorio formulado con las preguntas.

El juez, si lo considera conveniente, podrá ordenar que los testigos residentes fuera de su sede comparezcan a ella, si quien ha solicitado la prueba consigna en el Juzgado la cantidad que el funcionario estime suficiente para cubrir los gastos de viaje del testigo y su tiempo, conforme a sus circunstancias, pero a condición de que el

testigo no esté impedido para viajar, sea que se trate de problemas de salud o porque sufra graves perjuicios con el viaje, y no es justo que en utilidad de otro se perjudique, siendo que puede deponer en su domicilio.

El legislador ha fijado una tarifa o arancel general para el pago del tiempo invertido por los testigos en forma similar a la fijada para los peritos, intérpretes y otras personas, pues no todos los testigos desarrollan iguales actividades y por lo tanto se atribuyen al Juez del conocimiento la facultad de justipreciar la cantidad que ha de desembolsar la parte interesada en la declaración.

El litigante que presenta al testigo es quien está en el deber de indemnizarlo, sin que cargue con ese deber la contraparte, por el hecho de formular repreguntas tendientes a definir la situación del exponente, sus relaciones con quien las presenta, a conocer el origen de sus aciertos y, en concreto, a precisar el mérito de su declaración, a lo cual tiene perfecto derecho y que no es otra cosa que la controversia de la prueba, con lo cual se disminuye la suma que debe pagar quien solicita la intervención del declarante. Pero si dicha parte contraria somete al testigo a las cuestiones diversas de las indicadas, debe contribuir a indemnizarlo en compañía de la otra parte; lo mismo sucede cuando se trata de cubrir gastos de



una inspeccion judicial dispuesta en utilidad de todos los litigantes o de cualquier otro medio de prueba, en las mismas circunstancias.

Para efectos de nuestro estudio es bueno recordar que es una "carta rogatoria" y que debe contener ésta, en el caso concreto a que nos estamos refiriendo.

La carta rogatoria es una misiva que envía el juez o funcionario del conocimiento, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país extranjero en que reside el testigo; misiva que debe estar redactada en términos respetuosos.

En ella se debe expresar la clase de juicio, las partes que estan en litigio, con sus nombres y apellidos y el respectivo interrogatorio a que debe ser sometido el declarante.

Sobre el particular debemos tener en cuenta que la residencia del testigo en el extranjero, lo somete en buena parte a la legislación del respectivo país y a sus autoridades, sobre las cuales las del país que lo necesita para testimoniar no tienen atribuciones. Este es el fundamento de la carta rogatoria, cuya efectividad dependera de la acogida y diligencia de esas autoridades extranjeras

en el cumplimiento de los tratados y convenciones internacionales existentes, de la aplicación de principios de reciprocidad que comunmente se consagran a falta de aquellos.

En caso de actuación de autoridades judiciales extranjeras, podrá ocurrir que la recepción de testimonio se haga acogiendo su propia legislación, de modo que no sea igual al determinado en la legislación colombiana, lo que no le resta mérito probatorio por sí solo — ya que en la materia tiene completa aplicación el principio de que los actos jurídicos han de ejecutarse conforme a las ordenaciones legales del lugar donde tienen realización.

Nuestro Código de Procedimiento Civil nos enseña que si en el país extranjero actúa un funcionario diplomático o consular de la República, tiene facultad para recibir los testimonios directamente, sin intervención de autoridades foráneas, pero solamente si existe el consentimiento de los testigos para rendir la declaración, pues carece de facultad para compelerlos, dado que se encuentra en un país extraño.

Por último, "cuando el testimonio se rinda ante autoridad extranjera, se deben autenticar las diligencias por el respectivo agente diplomático o consular, o por el de una

nación amiga.

Sin este requisito falta un elemento que integra una garantía de verdad y lleva a presumir que se observaron las formalidades de la legislación extranjera, las cuales son imprescindibles.

Sobre este mismo particular, afirma el doctor Julián Restrepo Hernández en su obra de Derecho Internacional Privado:

"Las reglas más importantes que deben seguirse para el envío de exhortos al extranjero, son las siguientes:

1o.) La diligencia cuya práctica se solicita debe ser de las que pueden someterse a funcionarios extranjeros, o, a Agente Diplomático o Consular Colombiano o de una nación amiga.

2o.) El exhorto debe extenderse en el papel correspondiente y con todas las formalidades de fecha, firmas, sellos e insertos de acuerdo con la ley colombiana.

3o.) No debe dirigirse a autoridad determinada, sino a la correspondiente autoridad judicial en lo civil (o en lo criminal) de tal lugar.

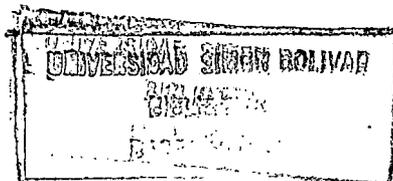
4o.) Debe llevar cláusula rogatoria o suplicatoria y cláusulas de reciprocidad.

5o.) Debe indicarse a quién ha de sufragar los gastos o erogaciones que cause la práctica de la diligencia, por traducciones o por cualquier otra causa, o acompañarse el giro correspondiente.

6o.) Debe indicarse la persona señalada por la parte como procurador o abogado para la práctica de la diligencia, o decir que se deja el encargo de designar al empleado diplomático o consular colombiano o de una nación amiga; esto, principalmente cuando la diligencia debe practicarse en Inglaterra o en los Estados Unidos.

7o.) Debe quedar en la oficina del comitente un duplicado del exhorto, pues hay países que, una vez auxiliados, conservan en sus archivos el original que se les envió.

8o.) El exhorto debe envirse en pliego abierto al Ministerio de Relaciones Exteriores, a donde llega por conducto del Gobernador del Departamento, a fin de que allí se le de el curso correspondiente y se legalice una vez que sea devuelto, para lo cual debe venir autenticado por el empleado diplomático o consular colombiano o de una nación amiga.



9o.) El gobernador enviará el exhorto en pliego abierto al Ministerio de Relaciones Exteriores, con inserción en su nota de la recibida del funcionario que libra el exhorto.

10o.) El interesado debe pagar oportunamente los portes de correo, para que el exhorto pueda partir.

11o.) No debe acompañarse el exhorto de papel sellado ni de papel común, porque el papel en que debe diligenciarse se determina por la ley local.

5.6. SANCIONES PENALES POR FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES Y EL FALSO TESTIMONIO

Ya vimos anteriormente como la institución del juramento en nuestra legislación civil ha sido desprovista de todo vestigio religioso, ya que al testigo se le pone en conocimiento su responsabilidad, no a través del temor que le infunde la divinidad sino por las sanciones penales consagradas para la figura del falso testimonio.

En materia testimonial, la ley penal establece sanciones tanto para el que calla como para el que habla estando obligado a la reserva profesional.

Dada la importancia que tiene para el tema que estamos tratando, consideramos indispensable transcribir los artículos del Código Penal que tratan sobre el particular:

Artículo 166. Falsa denuncia. El que bajo juramento denuncie ante la autoridad un hecho punible que no se ha cometido, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y multa de quinientos a cinco mil pesos.

Artículo 167. Falsa denuncia contra persona determinada. El que bajo juramento denuncie a una persona como autor o participe de un hecho punible que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y multa de un mil a diez mil pesos.

Artículo 168. Falsa autoacusación. El que ante autoridad se declare autor o participe de un hecho punible que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en arresto de seis meses a dos años.

Artículo 169. Circunstancias de agravación. Si para los efectos descritos en los artículos anteriores, el agente simula pruebas, las penas respectivas se aumentaran hasta en una tercera parte, a menos que esta conducta por si misma constituya otro delito.

Artículo 170. Reducción de pena en caso de contravención
Las penas señaladas en los artículos anteriores se reducirán a la mitad, si se tratare de contravenciones.

Artículo 171. Circunstancias de atenuación. Las penas previstas en los artículos anteriores se reducirán de una tercera parte a la mitad si antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, el autor se retracta de la falsa denuncia.

Artículo 172. Falso testimonio. El que en actuación judicial o administrativa bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Artículo 173. Circunstancia de atenuación. Si el responsable de los hechos descritos en el artículo anterior se retracta en el mismo asunto en el cual rindió la declaración, de tal modo que dicha retractación pueda ser tenida en cuenta antes de la sentencia de primera instancia, la pena imponible se disminuirá hasta en la mitad.

Artículo 174. Soborno. El que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio, incurri

ra en prisión de uno a cinco años.

El principio de la inmediación en esta materia se refleja claramente en el hecho de que los testigos deben ser interrogados directamente y en forma separada por el funcionario de conocimiento, con lo cual se cumplen las ordenaciones de nuestra legislación en el sentido de que la recepción del testimonio contenga elementos que contribuyen a valorarlo más conscientemente, de modo que el testigo exponga exactamente sobre sus condiciones personales, relaciones con los litigantes, las fuentes a través de las cuales obtuvo el conocimiento de los hechos que se están investigando.

La separación de que habla la ley se refiere no sólo al momento de la recepción del testimonio, sino a que es preciso también evitar que los testigos se encuentren antes o después de rendir la declaración con el fin de impedir que unos influyan sobre los testimonios que rindan los demás, ya que en materia civil no ocurre lo mismo que en el campo penal, en la que es de uso y necesidad frecuente la práctica de los llamados careos entre sindicados, denunciantes y testigos.

6. PRESUPUESTOS DEL TESTIMONIO

Para que el acto procesal del testimonio, consistente en la declaración o representación hecha por el testigo, sobre hechos de que haya tenido conocimiento por percepción directa, o por la comunicación que sobre ellos le hayan hecho quienes lo presenciaron, tenga el carácter de tal, se requieren varios presupuestos relacionados con el sujeto, el objeto y el medio.

6.1. EN CUANTO AL SUJETO

Es necesario tener en cuenta que se trata del órgano de la prueba, es decir, la persona física que aporta al proceso el conocimiento que tenga sobre los hechos con el fin de lograr el esclarecimiento de la verdad y colaborar de una manera más eficaz a la recta administración de justicia. Este factor es de vital importancia en el testimonio: sin testigo no hay testimonio.

Por tratarse en este caso del aporte hecho por una persona física en el debate probatorio, es de vital importan



cia el examen y conocimiento de la persona del testigo, a efecto de deducir su veracidad o mendacidad, o, dicho en otras palabras, para determinar el grado de credibilidad que ofrezca este medio de prueba luego de analizarlo de acuerdo con los principios de la sana crítica.

Por todo lo anterior, es que el funcionario del conocimiento tiene que realizar un análisis eminentemente científico, el cual se ayuda o se apoya en ciencias auxiliares, entre las cuales la psicología juega un papel preponderante, ya que hace un estudio serio de las diversas etapas por las cuales atraviesa el testimonio en su formación, empezando por la percepción, los diversos factores que influyen para que ésta se de en un grado más o menos preciso, las circunstancias que pueden contribuir a desfigurar una imagen, hasta llegar a la declaración, etapa final que culmina con la narración de los hechos que fueron objeto de su conocimiento, y los diversos factores que pueden influir para que el testigo no haga una fiel descripción de los hechos, aunque esto suceda en una forma involuntaria.

De lo anteriormente expuesto podemos deducir que el testimonio es un acto procesal que exige una valorización minuciosa con el fin de hacer un análisis lo mas exacto posible, sin perder de vista todas las posibilidades de error

que él conlleva, como consecuencia de los factores anteriormente expuestos.

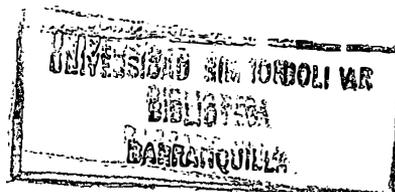
Es por eso que Florián recomienda al funcionario del conocimiento que recorra en sentido inverso el camino del testimonio, remontándose de sus manifestaciones externas a los puntos psicológicos íntimos de donde ha surgido, para luego reconstruir el complicado procedimiento mediante el cual es percibido el acontecimiento exterior, rememorando después y finalmente traduciendo en la declaración rendida, con el fin de que ésto permita analizarla con más claridad y precisión.

Y ese sujeto, en sentido lato, puede ser tanto la parte como el tercero extraño a los hechos discutidos en el proceso; pero en sentido estricto, testigo es sólo el tercero, ya que la declaración hecha por las partes que intervienen en un proceso puede originar otro medio de prueba que es la confesión.

6.2. EN CUANTO AL OBJETO

La materia u objeto del testimonio son los hechos.

Se ha dicho tradicionalmente que solo son objeto del testimonio los hechos percibidos, pero Carnelutti decía so



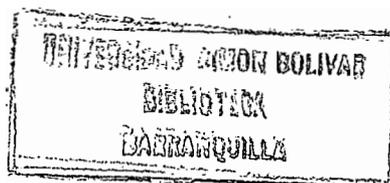
bre el particular que también puede tratarse de hechos deducidos por el testigo.

O sea que el testigo puede relatar hechos por él percibidos o por él realizados cuando se trata de declaración de parte, y siempre que relata hechos por él percibidos añade sus propias deducciones, o relata los hechos como deduce que pudieron producirse.

Smirnov enseña que nota característica de la percepción es su integridad: es un todo único, ya que los objetos se perciben en la variedad de sus partes y cualidades, y en sus relaciones.

Otra nota característica de la percepción la constituye, según Smirnov, su carácter racional, puesto que al percibirlos el hombre los interpreta, según su experiencia y sus conocimientos puesto que la percepción conlleva la interpretación, el análisis, la deducción.

Sobre el particular, conviene aclarar que la percepción puede recaer sobre el hecho mismo, como cuando el testigo refiere lo que percibió frente a la representación que le hizo otro testigo. Esto es precisamente el caso del testigo "de oídas" o de segunda mano, caso en el cual no por ser testimonio de testimonio deja de ser testimonio, aún



que puede variar su eficacia, la cual la determinará el funcionario en cada caso, de acuerdo con las reglas de la lógica del testimonio y teniendo en cuenta los principios de la sana crítica.

Nuestra ley procesal civil admite las deducciones o conceptos propios del testigo, al decir que "si la declaración versa sobre expresiones que el testigo haya oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance.

Otro aspecto que interesa al objeto del testimonio es el relativo al tiempo o época de la percepción o del hecho relatado. El concepto moderno lo expone Devis Echandía de la siguiente manera:

"Opinamos que objeto del testimonio deben ser los hechos acaecidos antes de su recepción, pero aclarando que pueden subsistir en ese momento, y, por consiguiente, no es necesario que sean hechos pasados; en consecuencia, el testimonio puede versar sobre hechos presentes, en cuanto todavía existen (como la mejora, el mojón, la cosa, el animal, la persona reconocida, etc.), pero es indispensable que existan desde antes. Esto significa que objeto del testimonio pueden ser tanto los hechos transitorios

como los permanentes; los primeros pueden haber desaparecido o no, haberse extinguido o subsistir, cuando se rinde el testimonio, y los segundos existirán siempre en ese momento, pero unos y otros deben haberse originado antes"

Para terminar con el estudio del objeto del testimonio, recordemos que éste lo constituyen los hechos. Por lo tanto, es necesario aclarar la noción de hechos.

Los hechos, son, pues, el objeto o materia de la prueba en general; de ellos, algunos, los pertinentes, deben ser probados en un determinado proceso, en particular, los que constituyen el tema a probar.

Los autores clásicos suelen decir que el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes, de las proposiciones. Pero este concepto no corresponde a la realidad, pues lo que se debe demostrar son los hechos a que se refieren esas afirmaciones.

La noción de objeto probatorio abarca:

- a) Las cosas u objetos materiales, producidas o no por el hombre
- b) Los hechos de la naturaleza, en los cuales no hay intervención humana

c) Las personas físicas, en sus aspectos igualmente físicos y biológicos.

d) Los hechos síquicos del hombre, o su personalidad subjetiva no exteriorizada.

e) La conducta humana no exteriorizada, o sea, sus actos voluntarios e involuntarios, incluidas sus palabras

f) La costumbre

g) La ley extranjera y la no nacional

h) Los hechos sociales y familiares, sea que se trate de hechos pasados, presentes o futuros.

También los juicios o conceptos hacen parte del objeto de la prueba, pues es imposible separarlos de los hechos, dado que son acciones sicofísicas del hombre.

6.3. EL MEDIO DEL TESTIMONIO

Dado que rendir testimonio constituye una obligación, es lógico que para poder llevarlo a cabo se exija un procedimiento judicial, el cual se ha incluido como tercer presupuesto del testimonio.

El contenido o extensión del deber de testimoniar comprende un aspecto formal y otro material, que a su turno se descompone así:

6.3.1. El aspecto formal comprende:

- a) El deber de comparecer
- b) El deber de prestar juramento
- c) El deber de someterse a las formalidades rituales
- d) El deber de contestar el interrogatorio

Estas circunstancias fueron analizadas en capítulos anteriores.

6.3.2. El aspecto sustancial comprende:

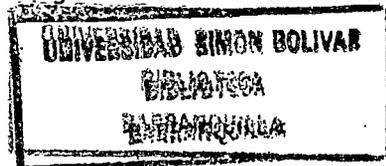
- a) El deber de decir la verdad
- b) El de permitir que sea examinado el testigo por médicos, fotógrafos, peritos, etc.
- c) El deber de facilitar los documentos y cosas que tenga en su poder, a la justicia, y que interesen a la investigación, salvo los casos de reserva legal.

7. VALOR PROBATORIO Y ALCANCE DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La controversia de la prueba es uno de los aspectos más interesantes en materia probatoria, la discusión de las mismas en sí consideradas y en oposición con las otras, pues ésto se deriva del principio de la igualdad procesal en que las partes deben encontrarse siempre, actualizando así el control de las pruebas, a fin de que ellas no adolezcan en un contenido esencialmente unilateral.

Tratándose de la prueba testimonial, dado el descrédito que la acompaña, el legislador admite sólo por excepción las declaraciones de testigos rendidos extra juicio sin acompañarla de la previa ratificación de sus autores.

La ratificación no puede ordenarse oficiosamente y corresponde solicitarla al litigante interesado directamente en ella y una vez dispuesta y cumplida, es cuando puede estimarse las declaraciones. Su realización nos habla expresamente el Código de Procedimiento Civil, pero tal cosa es de fácil comprensión, y así la honorable Corte Superior de Justicia ha dicho que: "la mejor manera de rodear

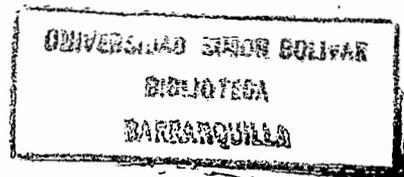


de garantías al testimonio humano es la ratificación, en la cual, la prueba se puede controvertir, y así ella obtiene la publicidad necesaria que ampara el derecho de las personas contra aquellas

Para que una declaración extra juicio se pueda aducir como prueba es necesario que la ratificación "se halla pedido y decretado durante el término probatorio, brindándole así a la contraparte, la facultad testimonial de otorgar además, el derecho de contra interrogar los testigos".

Para seguir adelante, conviene recordar la noción de lo que es Prueba Sumaria. Empezemos por decir que uno de los principios característicos de nuestro Derecho Probatorio es el de la contradicción de las pruebas, el cual consiste en que cada una de las partes debe tener la oportunidad de contradecir las pruebas presentadas aducidas por la otra parte para lo cual es requisito indispensable que haya operado un fenómeno de la publicidad, mediante el cual las pruebas se hacen conocer de las partes que intervienen en el proceso, a fin de que cada cual tenga la posibilidad de defenderse.

Por lo tanto, la regla general es que toda prueba debe ser controvertida. Las que carecen de esta condición reciben el nombre de Pruebas Sumarias.



Prueba sumaria es aquella que ha sido rendida sin que medie citación de la persona contra quien se deduzca y por lo tanto las declaraciones extra juicios deben ser ratificadas dentro del proceso, a fin de que puedan ser controvertidas y como el fallecimiento de quien la halla aporta do crea verdadera imposibilidad física y jurídica de ratificarla, a efecto de no vedar al interesado la portación efectiva de dicha prueba en el proceso en que esté comprometida y acogiendo los principios de equidad, el legislador creó la ficción de tenerla como ratificada acudiendo al testimonio de otras personas, el que de todas maneras debe recibirse con citación al menos del sujeto contra quien se haga valer.

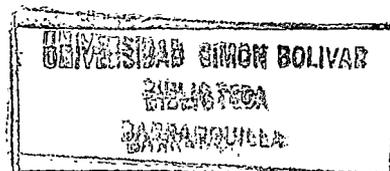
En el nuevo Código, se elimina la restricción que los artículos 91 al 93 de la Ley 153 de 1887 consagra para las pruebas de obligaciones emanadas de convenciones o contratos, artículo que fué modificado por el actual Código de Procedimiento Civil al extenderla también al pago.

Consiste esa restricción en prohibir que se acepte dicha prueba, o sea la testimonial, cuando la cuantía de tal acto sea mayor de quinientos pesos, a menos que se aduzca también un principio de prueba por escrito o se demuestre la pérdida o destrucción del documento o la imposibilidad de obtenerlo.

Naturalmente, esta suma equivale a unos cincuenta mil pesos de hoy. El no haber modificado esta cuantía en casi cien años, había conducido prácticamente a la eliminación de la prueba testimonial en materia contra, ya que contratos por valor menor de quinientos pesos apenas se dan actualmente en esas ventas al detal que se hacen en los almacenes; pero éstas están exoneradas de prueba documental por las disposiciones del Código de Comercio.

No es cierto que esas normas exijan el documento para toda clase de hechos, cuyo valor sea más de quinientos pesos, no obstante que en ellos no se expresa de una manera clara que se refiere a contratos o convenciones.

Por consiguiente, nunca ha habido en Colombia delimitación para probar por medio de la prueba testimonial o testimonial hechos de tipo extracontractual, ni para probar la falsedad material del documento que contenga el contrato. Por otra parte, la Jurisprudencia Colombiana sobre el problema de la simulación ha exigido la contra-escritura, cuando se trata de establecer esa simulación entre las partes, pero no con base en los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887. sino en el artículo 1.667 del C.C. ha servido de fundamento a la teoría de la simulación en Colombia.



Con el sistema del nuevo Código (art. 232, podrán acreditarse mediante esta prueba testimonio), convenciones o contratos cualquiera que sea su valor, siempre que la ley no exija un documento. Ad solenmitate o Ad substantian actus.

Y, lo que es muy importante, podrá probarse la simulación en reparto con prueba testimonial, eliminando de esta manera la cortapisa artificial a la prueba de la simulación entre partes, que condujo a muchas sentencias inícuas, injustas, cuando la persona que había recibido el encargo simulado, se negaba luego a la restitución y no se había otorgado una contra-escritura privada; y, como precisamente esas personas son las de mayor confianza y además, concurren al acto por hacer un favor existe una especie de imposibilidad moral en el momento de hacerle esa tradición ficticia, para exigirle la constancia escrita.

Por este motivo en muchos países donde existe o existía esa exigencia del documento privado cuando su valor excede de cierto límite, la doctrina y la jurisprudencia exonera de tal exigencia para el caso de la simulación, cuando se está ante una imposibilidad de tipo moral, de exigir el documento como cuando se trata de padres a hijos o de hermanos, o de patronos independientes, y en otros similares.

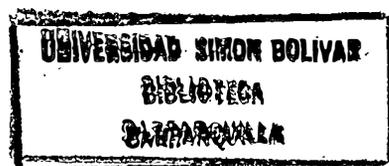


Una larga enumeración de casos aceptados por la jurisprudencia de Italia, Brasil, y otros países encuentran la posibilidad de apreciar el criterio amplio que se ha tenido para esos casos de imposibilidad moral, mientras que en Colombia sólo se acepta la imposibilidad física de obtener dicho documento.

El art. 232 del C. de P. C., que lleva el título "Limitación de la eficiencia del testimonio" no deja la menor duda al respecto porque dice que la prueba testimonial no podrá suprimir el escrito que la ley exige como solemnidad para la existencia o validez del acto o contrato; de manera que limitado la exigencia del documento a los casos de contrato solemne y nada más.

Además el art. 187 dispone que todas las pruebas se apreciarán de conjunto y de acuerdo con la sana crítica, con lo cual no quedan dudas acerca de la eliminación de la tarifa legal como medio de valorar el testimonio y determinar su mayor o menor grado de credibilidad.

En algunos sectores de abogados y jueces se creyó que el juez debía declarar probado el contrato o el pago, siempre que se le llevarán varias declaraciones de testigos que fueron concordantes, pero el Decreto Extraordinario que adicionó el 1.400 introdujo otro inciso en el artículo



lo 232, el cual consagra una elemental regla de sana crítica, que los jueces deben aplicar aún sin norma que la consagre.

De esta manera, al consagrar el sistema de la sana crítica y la valoración de las pruebas allegadas al proceso por quienes tengan el interés de hacerlas valer dentro de él, se eliminó el antiguo sistema de la tarifa legal, el cual resulta ya inaceptable en el proceso civil moderno pues señalaba reglas inflexibles y determinada para cada medio de prueba en el cual daba lugar a injusticias.

De esta manera se estimula a todas las personas para que procuren dejar una constancia escrita de sus convenciones sus contratos y pagos, y se le da al funcionario de conocimiento un valioso instrumento de crítica del medio probatorio a que venimos refiriendo.

Es bueno recordar que el testimonio se acepta en Colombia para condenar por años a prisión a cualquier sindicado o imputado de un delito, para probar la paternidad o maternidad y la filiación, para llevar a cabo impugnaciones, para reclamar como consecuencia de ciertas pretensiones las herencias aunque su valor ascienda a millones para todo lo relacionado con los procesos relacionados que pueden valer centenares de miles de pesos, para litigios de

responsabilidad civil y administrativa por hechos contractuales y que importe su cuantía, igualmente se utiliza este medio de prueba para probar contratos y pagos comerciales.

CONCLUSION

Quien detiene su atención no solo sobre las normas, suministra en cuanto al procedimiento destinado a recoger el testimonio, sino sobre lo que consagra la experiencia judicial, pronto nos damos cuenta que en el ámbito del moderno procesal penal y en el ámbito del moderno procedimiento civil, se agoto con la transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo.

Partiendo de esa consideración analizamos que el testimonio ordinario tiene su principio en el momento del conocimiento de un hecho y el punto de llegada en el momento de la declaración y, por ello, es persuadido a concluir que el testimonio consta de dos fases.

Llegado a esta primera conclusión, y desplazado el punto de vista que con respecto al testimonio habitualmente desarrolla la doctrina del proceso civil, en calidad de observador queda perplejo ante la actitud que la reflexión científica por lo general asume y a propósito de este me

dio de prueba y que, mientras deja de entrever una concentración de la indagación en la sola fase en que el testigo transmite el conocimiento por el adquirido.

En este punto lo menos que se puede hacer es tratar de buscar los motivos que verosíblemente llevan a semejante modo de ver el testimonio.

En segundo lugar es conducido a imaginar que la concentración de la indagación en la sola fase declarativa del testimonio tiene por fondo el erróneo convencimiento de que, mediante la declaración testimonial, el hecho, del cual el testigo ha adquirido el conocimiento, termina por representarse, por ello, el testigo no es sino un simple instrumento de transmisión de aquel hecho.

En tercer lugar, es llevado a creer que al "salto" del momento cognoscitivo contribuye a una distinción entre el testimonio instrumental, del ordinario, que se aplica desde hace largo tiempo y de cuya utilidad es lícito dudar si se considera que la asistencia del hecho puede seguir la representación del hecho, y que, en todo caso, este último presupone lo primero.

La declaración de un testigo, al igual que la confesión nos da la reconstrucción mas o menos completa de un hecho

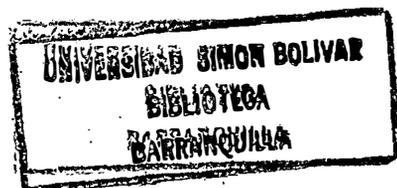
pasado, cuyo grado probable de sinceridad y cordura, ya sea tomada de un bloque o en forma individual permite de terminar gracias al análisis crítico que el juez emplea en su valoración.

No falta quienes sostengan que un solo testigo calificado, clásico como suelen llamarlo es suficiente para darnos la existencia, o la prueba de la existencia de un hecho.

Ellero, sostiene esta opinión: "a pesar del valor y poder de la venerada costumbre y de tantas voces sabias, no he podido afiliarme a la opinión según la que se ha de considerar como requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, la pluralidad, o, cuando menos sean dos; no he podido, en verdad, percibir sus fundamentos verdaderamente racionales."

El número de testimonio, según Ellero no crece su valor probatorio. Desde el momento mismo, cree, en que se presente un testigo imparcial, halla uno o mil no se tiene por ello una prueba mayor o menor: se tiene la prueba.

Es una estimación demasiado material de la certeza, exigir pluralidad de testigos; ello importa una supervivencia del anacrónico criterio en que se sumaban, mitades,



cuartos y octavos de prueba.

Concluye: No es posible de hecho salvar este dilema o cada testimonio separadamente por sí mismo, está adornado de todos los requisitos que lo hacen fidedignos o no. En el primer caso basta un solo, en el segundo caso, no hay número por grande que sea que llegue a superar el testimonio aislado imperfecto.

Antonio Dellepiane no participa de esta opinión porque considera que no es dable desconocer que un solo testimonio verosímilmente cierto, puede infundirnos en la vida ordinaria, la certeza de la existencia de un hecho.

~~Existen poderosas razones que explican sobradamente por qué el legislador y el juez no acuerdan al testimonio único plena eficacia.~~

Si la misma confesión inspira al legislador y a jueces fundados recelos, a pesar de tratarse de una declaración efectuada y en su perjuicio personal, como no desconfiar del testimonio vale decir la posición no de un observador científico que se rodea de precauciones para notar los fenómenos que los describe inmediatamente de producidos en términos preciso, inequívocos, no del observador atento, repetimos, sino de un espectador ocasional, indiferente,

a quienes los hechos los ha tomado de sorpresa puede de cirse y que depone sobre ellos mucho tiempo después de acaecidos, según recuerdos semiborrados en su mente o mezclados con otros recuerdos análogos que los alteran.

Dada la importancia que reviste un testigo para probar un hecho es necesario que no se pierda de vista el principio de la falibilidad humana y en virtud del cual toda persona es susceptible de cometer errores.

Por lo tanto, no puede perderse de vista que el testimonio puede adolecer de errores voluntarios e involuntarios y que estos pueden ocasionar graves consecuencias si no se detectan a tiempo.

BIBLIOGRAFIA

BENTHAM, Jeremías. Pruebas judiciales.

CASTRO, José Felix. Código penal.

CARDOZO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales.

DELLE PIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general del procedimiento-pruebas. Tomo II.

ESPINOSA LOPEZ, Luis Gerardo. Derecho probatorio.

ETTORE ROSE. La prueba testimonial.

ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba del testimonio.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Curso de derecho probatorio.