



DE
~~1974~~
~~1974~~

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA LEGISLACION
CIVIL Y PENAL EN COLOMBIA

LEILA KHENAYZIR ESPINOSA

2

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1994

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA LEGISLACION
CIVIL Y PENAL EN COLOMBIA

LEILA KHENAYZIR ESPINOSA

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

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1994

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Feb. 1994

DEDICATORIA

A Dios, por su constante iluminación que me permitió seguir adelante, para obtener el triunfo que hoy se hace realidad.

A mis padres, como reconocimiento a los nobles esfuerzos realizados, constancia y apoyo sin los cuales me había sido imposible la feliz culminación de mis más anhelada meta.

A mi hija Vanessa Andrea porque ella supo comprender mi ausencia durante los momentos que me dedicaba al estudio y así compartir con ella esta felicidad que hoy siento.

A mis hermanos quienes no cesaban en incentivar mi ánimo para que no declinara frente a las adversidades que obstaculizaban mi camino.

A mis amigos que con su ayuda incondicional siempre estuvieron pendiente en todo momento.

AGRADECIMIENTOS

- A La Universidad Simón Bolívar por haberme abierto las puertas para realizar y culminar el triunfo que hoy feliz obtengo.

- Al Dr. Carlos LLanos, Decano de la Facultad de Derecho por su orientación y colaboración.

- A Todas aquellas personas que en una fu otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR	JOSE CONSUEGRA BOLIVAR
VICERECTOR	EUGENIO BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL	RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
DECANO	CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO	PORFILIO BAYUELO
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO	ANTONIO SPIRKO CORTES

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	9
1. IMPORTANCIA Y UBICACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	12
1.1. ASPECTO HISTORICO	17
1.2. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	21
1.2.1. Concepto	25
1.2.2. Quienes pueden ser testigos	36
1.2.3. Cuando se adquiere la calidad del testigo	38
1.2.4. Con el conocimiento de los hechos	38
1.2.5. Con la providencia	40
1.2.6. Con la citación	41
1.2.7. Con el Juramento	41
1.2.8. Con la disposición	42
1.2.9. Nuestra posición	43
2. MEDIOS PARA DESCUBRIR LOS ERRORES EN EL TESTIMONIO	46
2.1. OBSERVACIONES DE BINNET	46
2.1.1. El principio de la oralidad	48
2.1.2. El interrogatorio	51
2.1.3. Los informes	53
2.1.4. Nuevos procedimientos	55

3. EVALUACION DEL TESTIGO	59
3.1. LA MORALIDAD	60
3.1.1. Testigos de Moralidad sospechosa	61
3.1.2. Capacidad intelectual	63
3.2. ESTADO SIQUICO	64
3.2.1. Los alienados	64
3.2.2. Los débiles mentales	65
3.3. EL ESTADO AFECTIVO	67
3.3.1. El interés	68
3.3.2. Simpatia o antipatia	71
4. EVALUACION DEL TESTIMONIO	74
4.1. EN MATERIA CIVIL	74
4.1.1. Personas que deben rendir testimonio	74
4.1.2. Excepciones al deber de testimoniar	76
4.1.3. Inhabilidades absolutas, inhabilidades relativas	78
4.1.4. Testigos sospechosos	80
4.1.5. Tachas al testigo	81
4.1.6. Solicitud de la prueba testimonial y limitaciones de la misma	83
4.2. DECRETO Y PRACTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	85
4.3. INDEMNIZACION AL TESTIGO	86
4.4. LA PROTECCION AL TESTIGO	88
4.5. RECEPCION DE CIERTOS TESTIMONIOS	90
4.6. CITACION DE LOS TESTIGOS	93
4.7. SANCIONES AL TESTIGO	94
4.8. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO	95
4.9. FORMALIDADES PREVIAS	96

4.10. PRACTICA DEL INTERROGATORIO	97
4.11. TESTIMONIO FUERA DEL PROCESO	97
4.12. CAREOS	98
4.13. LIMITACIONES DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO	98
5. EL TESTIMONIO EN NUESTRO ESTATUTO PENAL	100
5.1. BREVE RESEÑA HISTORICA	100
5.2. CAPACIDAD PARA RENDIR TESTIMONIO	101
5.3. TESTIMONIO DEL MENOR DE 12 AÑOS	103
5.4. OBLIGACIONES DE RENDIR TESTIMONIO	104
5.5. EXCEPCIONES POR RAZON DE OFICIO O PROFESION	106
5.6. CITACION DE LOS TESTIGOS	107
5.7. OTRAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA RECEPCION DEL TESTIMONIO EN NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	108
CONCLUSIONES	110
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUCCION

Hemos seleccionado nuestro trabajo de investigación, intitulado "LA PRUEBA TESTIMONIAL" teniendo en cuenta la magna importancia que tiene este medio de prueba y las hondas repercusiones que nos trae en materia procesal.

Tratamos de demostrar en este análisis minucioso que el testimonio se convierte en una prueba contundente y definitiva en la litis.

Haremos un recorrido sistemático del testimonio como medio de prueba tanto en la legislación civil como en la penal, siendo estas dos ramas del derecho las más importantes en Colombia ya que estas son complementarias a las demás ramas del derecho.

Para desarrollar nuestro trabajo de investigación hemos consultado con las más importantes obras de tratadistas como son Carneluti, Enrico Altavilla, Hernando Devis Echandía, Cardozo Isaza, Francisco Gorphe, Nuñez

Cantillo, Gustavo H. Rodríguez y otros eminentes tratadistas.

Nos inquieta a nosotros este tema porque a través de nuestros estudios de derecho hemos podido comprender que el testimonio es el medio de prueba más fácil conocido por la humanidad, pues la pretensión de hacer justicia lo ha colocado como el más común y fácil medio probatorio, pues este se enlista a nuestro juicio como el más severo juzgador de la verdad, en el campo de la justicia.

En verdad su importancia es notoria en materia penal y civil, quizás con mayor incidencia en la primera, porque en ocasiones constituirá la única base de las acusaciones, en tanto que en la segunda porque el hecho de que las partes buscan una mayor seguridad de sus derechos.

Daremos todavía al testimonio una relevancia especial que no está acorde con las nuevas tendencias de la ciencia probatoria, que se empeña en negarle el calificativo de prueba por excelencia, aún cuando reconocemos que el motivo que sostenía los antiguos tratadistas para hacer prevalecer el testimonio sobre los otros medios probatorios, estaba cimentado sobre una base falsa, cual era de creer que por estar el

testimonio instituido sobre el juramento previo, la garantía de credibilidad era mayor en esta prueba. En realidad, poco nos preocupa el lugar que se le asigne dentro de la jerarquía de los medios probatorios, por cuanto la importancia que le concedemos estriba en las especiales circunstancias que rodean esta prueba. Circunstancias que originan el nacimiento de una ciencia nueva con el nombre de "Ciencias del Testimonio".

1. IMPORTANCIA Y UBICACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El testimonio es quizá el medio probatorio más antiguo, pues en su concepción extrajurídica su origen se confunde con el nacimiento de la comunicación hablada entre los seres humanos, porque cuando una persona narra a otra algún hecho del que ha tenido noticia, no hace nada distinto de rendir un testimonio.

Una de las más sobresalientes ventajas de la prueba testimonial es la que trata de una narración de los hechos que hace directamente la persona que tuvo conocimiento de ellos, lo que supone para el funcionario la posibilidad de obtener una versión bastante completa de todas las circunstancias que rodearon la comisión de un hecho punible, especialmente debido a la facultad que tiene de interrogar a quien directamente percibió los hechos sobre todos los aspectos que se consideren necesarios para determinar la forma como ellos tuvieron ocurrencia.

Obviamente el testimonio, como a los demás medios probatorios, se le han hecho muchas críticas e incluso se le compara negativamente con el documento, lo cual no significa que deba abandonarse su estudio sino, por el contrario, nos indica que algunos vacíos en la teoría del testimonio deben ser suplidos para conseguir una recepción y valoración lo más perfecta posible. Uno de los principales inconvenientes de la prueba testimonial en nuestro medio es cada vez más evidente la falta de solidaridad de los ciudadanos, que conduce a situaciones tan increíbles como la comisión de un homicidio a las doce del día en una céntrica vía de la capital de la República, sin que sea posible conseguir una persona que desee voluntariamente rendir declaración ante los jueces, desafortunadamente la razón de esta insensibilidad escapa a una solución puramente jurídica y su respuesta debe buscarse con un más detenido estudio de los problemas sociales que han conducido, a la incredulidad de los ciudadanos en un medio judicial cada vez más desprotegido física y económicamente.

En materias distintas de la penal, la desconfianza en la prueba testimonial ha llegado al punto de prohibirse expresamente el empleo de los testimonios para demostrar algunos hechos; por ejemplo, el artículo 232 del código de procedimiento civil señala: "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exige como solemnidad

para la existencia o validez de un acto o contrato. "Cuando se trata de probar obligaciones originadas en contrato o convención, el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

A algunos parece absurdo que mientras en materia penal los testimonios sirven incluso para condenar a un hombre, en materia civil existan hechos que no pueden ser probados con el empleo de declaraciones, mientras otros consideran que en un medio social como el nuestro resultaría demasiado peligroso permitir, por ejemplo, que mediante testimonios se probara la existencia de obligaciones pecuniarias, o la propiedad sobre los inmuebles; de acuerdo con esta segunda tesis, tal amplitud en materia civil podría facilitar la corrupción de los testigos mediante el ofrecimiento de recompensas, y esto afectaría enormemente la seguridad en el tráfico jurídico.

Nos parece que la seguridad que pueda atribuírse a los diferentes medios probatorios no depende tanto de ellos

mismos como de la capacidad de apreciación que tenga el funcionario, de tal manera que desde un punto de vista abstracto tiene tanta posibilidad de la existencia de obligaciones solemnes a través de testimonios parte del supuesto equivocado de que es imposible controlar la veracidad de un testigo y que en consecuencia debe exigirse la prueba documental que teóricamente sería considerada como más confiable. Nótese que al hacer esta distinción se reconoce tácitamente que hay una clase de obligaciones (las solemnes) que merecen ser probadas en forma adecuada, mientras hay otras (no solemnes) cuya prueba no tiene tanta importancia y por eso sí admiten su demostración por la vía testimonial.

Si se quiere adoptar definitivamente un sistema de libre valoración de la prueba, y si en realidad se desea que todas las obligaciones, tanto solemnes como no solemnes, merezcan ser probadas, debe desaparecer la prohibición de demostrarlas a través del testimonio, dejando que se aporten las pruebas que se consideren adecuadas, las cuales derivarán su valor de la apreciación que sobre ellas realice el funcionario respectivo. La misma corrupción que hace posible conseguir un testimonio desviado, puede obtener un documento falso, de tal manera que la mucha o poca confiabilidad de la prueba testimonial no depende de ella sino de la capacidad de los funcionarios que estén facultados para valorarla.

Dentro de la clasificación que suele hacerse entre pruebas personales y reales, dependiendo exclusivamente de la naturaleza de la fuente de prueba, se considera al testimonio como una prueba personal por cuanto es el hombre el encargado de llevar al proceso la información probatoria; estas pruebas en que interviene el hombre como directo transmisor de información son el testimonio, la confesión y el peritazgo.

Según el juez llega al conocimiento de los hechos por su propia percepción o a través de algo o alguien, las pruebas se dividen en directas e indirectas; como quiera que en la prueba testimonial el funcionario judicial no percibe directamente los hechos sino que llega a sus conocimientos a través de la narración que le hace un testigo, se le debe considerar como prueba indirecta; en el testimonio siempre hay para el juez la mera representación de lo que otra persona sí ha percibido directamente.

Dependiendo de si el juez debe llegar por inferencia al conocimiento de los hechos, o puede aprehenderlos mediante la observación del medio probatorio, se distingue entre pruebas críticas e históricas; siendo el testimonio una reconstrucción de la forma como los hechos ocurrieron, dada a conocer al funcionario

judicial en forma directa por quien los percibió, resulta claro que se le debe considerar como una prueba histórica.

1.1. ASPECTO HISTORICO

De acuerdo con el doctor Gustavo Humberto Rodríguez, la evolución histórica de la prueba testimonial puede estudiarse con base en la construcción de tres grandes etapas: la de la presunción de veracidad, la de la desconfianza y de la crítica científica¹, veamos los aspectos más sobresalientes de cada una de ellas, aclarando desde ahora que el hecho de dividir la evolución de la prueba testimonial en tres etapas caracterizadas cada una por formas especiales de valorarla, no significa que durante un período histórico fijo ese haya sido el único tratamiento dado a dicho medio de prueba, sino que fué el predominante; así, por ejemplo, aun cuando en la antigua Roma se presumía verídico el testimonio (primera fase evolutiva), se mencionaban reglas que el juez debía tener en cuenta para apreciar la credibilidad del testimonio (que sólo

¹RODRIGUEZ Gustavo Humberto. Curso de Derecho Probatorio. Ed. Librería de Profesional. Bogotá, 1983 p. 140 y 141.

fueron definitivamente acogidas con fundamento científico en la última etapa).

a. Etapa de la presunción de veracidad.

Las primeras referencias que pueden encontrarse de la prueba testimonial están consignadas en el antiguo Código de Manú (Doce siglos antes de Jesucristo), y en buena parte constituyen reglas que fueron recogidas posteriormente por los romanos. Se caracterizó esta primera fase del desarrollo histórico por la absoluta confianza en el testimonio, partiendo de la presunción (explicable en aquella época) según la cual el hombre siempre decía la verdad; sin embargo existieron limitaciones en cuanto a quienes podían ser admitidas a rendir testimonio, siendo excluidas algunas categorías de personas como los esclavos, los dementes, quienes poseyeran antecedentes de mala reputación, los impúberes y en ocasiones las mujeres; estas prohibiciones aparentemente inocentes siempre tenían un sólido trasfondo social y político (como más veladamente ocurre en la actualidad), pues las declaraciones de los nobles eran preferidas sobre las de quienes no fueran considerados "moralmente aptos", condición ésta que se estudiaba de acuerdo con la clase social, el trabajo y los títulos de cada persona. En la antigua Roma hubo una fórmula mucho más sencilla para privar del derecho a

testimoniar a quienes se consideraba no dignos de credibilidad, prohibiendo la declaración de quien no tuviera la calidad de ciudadanos romanos, en la Edad media y con fundamento en algunas decisiones del derecho romano y del nacimiento derecho canónico, fueron catalogados como "sospechosos" los testigos respecto de quienes existían razones para desconfiar.

b. Etapa de la desconfianza.

Superada la fase mística o empírica del derecho probatorio, surgen los primeros escritos dedicados al análisis de las diferentes circunstancias que rodean la recepción y valoración del testimonio; estos estudios mostraron rápidamente las enormes imprecisiones que suelen contener una declaración judicial y los autores se preocuparon más por destacar los inconvenientes que por señalar las formas de evitarlos o disminuirlos, lo cual determinó la aparición de verdaderos catálogos de defectos en la prueba testimonial que sólo contribuyeron a que surgiera y se incrementara la desconfianza en el testimonio; ante sus descubrimientos, los autores abandonaron la presunción de veracidad como fundamento del testimonio y la cambiaron por una de mendacidad, para que definitivamente se centrara la atención mayor estudio de las pruebas que por no ser personas

ofrecerían mayor probabilidad de reconstruir la forma como los hechos tuvieron ocurrencia. Es importante anotar que de todas formas estos escritos significaron un avance en el desarrollo de la prueba testimonial porque vinieron a sustituir las consideraciones puramente místicas que hasta entonces regían el estudio del derecho probatorio.

c. Etapa científica.

Con el desarrollo del derecho procesal se dió inicio a una revisión más detenida de los medios probatorios comenzándose el estudio de las dificultades que ya habían sido señaladas respecto del testimonio; para su solución fue necesario acudir a otras disciplinas científicas como la sicología y la lógica judicial que facilitaron el planteamiento de verdaderas reglas para la recepción y valoración del testimonio, con lo cual el estudio de éste medio probatorio dejó de depender de consideraciones puramente empíricas y finalizaron las épocas en que era genéricamente considerado bueno o malo; el valor del testimonio depende ahora del análisis lógico y psicológico que se haga de las diferentes circunstancias que rodean cada declaración individualmente considerada y no de una arbitraria presunción.

1.2. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Tradicionalmente se ha mencionado como fundamento de la prueba testimonial el hecho de que los hombres tienden de un modo natural a decir la verdad, y por consiguiente debe presumirse la veracidad de las declaraciones testificales; "Puesto el hombre en el trance de elegir, tiende hacia la verdad de un modo natural, como el río al mar, aunque sólo sea para evitar lo malo y molesto que la mentira entraña. Cada cual puede, mirando hacia su interior, ver de qué modo natural y fácil le atrae la verdad y cómo exige un esfuerzo, una violencia moral, la mentira".

Aún en la actualidad, autores como Parra Quijano y Jorge Fabrega² defienden la presunción de veracidad como fundamento exclusivo de la prueba testimonial, pese a las críticas que a esa tesis se han hecho, las cuales se reducen fundamentalmente a señalar la facilidad con que actualmente el hombre cede a las tentaciones del dinero fácil, como ocurre con una mayor frecuencia en nuestro medio; para nadie es un secreto que en Colombia muchas han sido las conciencias compradas con el dinero que de no aceptarse suele acarrear mortales

²PARRA QUIJANO Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. El testimonio. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, 1984

consecuencias, porque también el Estado se ha mostrado impotente para garantizar la vida de sus ciudadanos; el dinero fácil y el sistemático cumplimiento de las amenazas hechas a quienes ofrecen resistencia entre la corrupción han hecho mella en la conciencia de los ciudadanos comunes y genera un problema que ha servido de apoyo a quienes desconocen la presunción de veracidad humana como fundamento de una prueba testimonial que para algunos está edificada sobre la credibilidad de un ser humano "instintivamente mendaz".

Como argumento en favor de la presunción de veracidad suelen mencionarse la dificultad que para el hombre representa el tener que idear una mentira y el hecho de que nuestra vida se ha desarrollado casi exclusivamente con fundamento en testimonios que sin ninguna crítica hemos aceptado como ciertos.

Por lo que respecta al primero, es innegable que narrar las cosas en la forma como realmente ocurrieron no supone para la mente sino una evocación de recuerdos, mientras que describir un hecho de manera diferente a como acaeció, significa no solamente la evocación sino también la invención de circunstancias que posteriormente deben ser conservadas en la memoria de una forma paralela a los hechos realmente percibidos; y ese "doble archivo" de la memoria sobre unas mismas

circunstancias supone para el testigo un esfuerzo adicional cada vez que necesite narrar los hechos, pues debe evocar las dos versiones y seleccionar perfectamente aquella que desea exponer, evitando que "se contamine" con la narración que pretende eludir, a esas dificultades propias de la mentira alude un apotegma popular según el cual "el mentiroso debe tener buena memoria". Por eso resulta válido afirmar que el hombre dirá más fácilmente la verdad, pues es eso lo que para él representa menor esfuerzo intelectual.

En relación con el segundo de los mencionados argumentos, también es preciso reconocer que el largo proceso de aprendizaje que constituye nuestra vida, está caracterizado por la constante aprehensión de conocimientos transmitidos a través de formas testimoniales; los primeros peligros que debemos evitar no son señalados verbalmente por nuestros padres y en ellos confiamos ciegamente, porque además de ellos aprendemos el lenguaje y una regla básica de comportamiento familiar y social. Con el paso de los años, comenzamos a recibir información que nos suministran los profesores del colegio y que debemos aprehender para poder ascender en la escala educativa, hasta la vida universitaria que se caracteriza por la misma transmisión de información que suministran personas con conocimientos cada vez más especializados.

Y nunca vemos un niño que tenga como regla general no creen en sus padres ni en sus profesores, pues si partiera de la presunción de mendacidad de quienes están formando su vida, sería un ser completamente asocial, ignorante y mudo. Resultaría entonces descabellado que después de tantos años de formación lograda casi exclusivamente sobre el supuesto de veracidad hacia nuestros padres, maestros y compañeros, lleguemos a un proceso en el que debamos invertir esa presunción a la que debemos la casi totalidad de nuestros conocimientos básicos y especializados.

Y, desde otro punto de vista podríamos preguntarnos: de los millones de personas que en este mundo profesan alguna religión, ¿Habría alguno a quien le conste realmente la existencia de la divinidad?; desde luego que (aún en el evento de darse semejante hipótesis) la mayoría de quienes respetan alguna idea religiosa lo hacen por el conocimiento que de ella adquirieron a través de sus semejantes que por generaciones han transmitido verbalmente o por escrito esa mística, y en ellos han confiado.

Si fuera cierto que la regla general es al presunción de mendacidad del ser humano, no existirían obras de derecho probatorio dedicadas a señalar las razones por las cuales puede considerarse que un testigo es mendaz o

falso de sinceridad, sino que los autores declararían sus esfuerzos a señalar aquellas circunstancias por las cuales podría eventual y excepcionalmente darse credibilidad a un ser humano que por naturaleza falta a la verdad; habría entonces desaparecido del derecho probatorio el testimonio, porque no sería lógico que partiendo de la presunción de mendacidad se lo mantuviera como medio de prueba.

No pretendemos desconocer los enormes problemas que posee la prueba testimonial ni las presiones económicas, físicas y psicológicas a que son sometidos algunos testigos; pero ellas siguen siendo una situación excepcional, (aun cuando vaya en aumento) que debe combatirse con una más elaborada teoría del testimonio y con un control eficaz por parte del Estado que garantice la seguridad del testigo, de los administradores de justicia y de la sociedad en general; por lo pronto, y seguramente durante mucho tiempo más, debe seguirse reconociendo que el ser humano tiene una tendencia natural a confiar en sus semejantes, la cual constituye el fundamento de la prueba testimonial.

1.2.1. Concepto. Con la idea de precisar lo que en materia jurídica debe entenderse por testimonio, se suele incluir dentro de la definición algunos elementos que pretendiendo delimitarla invaden la órbita de los

requisitos de validez e incluso de apreciación del testimonio, cuando en verdad al definirlo sólo se pretende mostrar sus características sobresalientes que permiten diferenciarlo de los demás medios probatorios.

Analicemos brevemente los diversos elementos que estarían incluidos dentro del concepto de testimonio, con la previa advertencia de que si bien algunos de ellos resultan de utilidad al momento de elaborar una definición exclusiva para determinada área del derecho, resultan inconvenientes cuando desde un punto de vista mucho más amplio se quiere precisar (como debe hacerse) la noción de testimonio.

Una antigua polémica doctrinal trata de establecer si el testimonio debe ser rendido exclusivamente por quien es tercero dentro del proceso o si, por el contrario, aquellos que tienen la calidad de partes procesales pueden también rendir testimonio dentro de las diligencias en las cuales están interviniendo. Un numeroso grupo de autores encabezado en nuestro país por Hernando Devis Echandía³ y Jairo Parra Quijano⁴ es

³DEVIS ECHANDIA Hernando. Compendio, pág. 273.

⁴PARRA QUIJANO Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, pág.59

decidido partidario de que los declarantes siempre deben ser terceros dentro del respectivo proceso, e incluyen éste requisito en la definición de testimonio. De otro lado, para autores como Colín Sanchez⁵ y García Rada⁶ hay testimonio cuando cualquier persona comunica al funcionario judicial lo que conoce respecto de ciertos hechos que ha percibido, aun cuando sea parte interesada dentro del proceso.

SI se pretende ofrecer una definición de testimonio que no sea referida a todas las áreas del derecho sino sólo a alguna o algunas de ellas, es aceptable la exigencia de que el testimonio sólo puede ser rendido por quien no tenga dentro del proceso la calidad de parte; pero si se pretende de una definición que sea válida incluso para la jurisdicción penal, es claro que la aludida limitación no puede aceptarse, porque el código de procedimiento penal autoriza a las personas perjudicadas con el delito (o a sus herederos para constituirse en parte civil dentro del proceso y no les prohíbe rendir dentro de él testimonio; aún más, normalmente la investigación penal se inicia con la denuncia formulada bajo la gravedad del juramento por el perjudicado con la

⁵COLIN SANCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México 1980, p. 352.

⁶GARCIA RADA Domingo, Manual de Derecho Penal, p. 123

infracción, quien después es llamado a rendir una "ampliación de denuncia" que tiene todas las características propias del testimonio y que nunca ha sido considerada como un medio de prueba distinto; incluso el código de procedimiento penal vigente (Decreto 050 de 1987) no menciona la "ampliación de denuncia" dentro de la enumeración taxativa que en el artículo 258 hace de los medios de prueba, con lo cual queda claro que dicha diligencia no es nada distinto de un testimonio, rendido por una parte dentro del proceso. Ciertamente es que el código procedimental penal de 1987 no menciona entre los sujetos procesales a la parte civil, como sí lo hacía el código de procedimiento de 1971, pero también es claro que cuando se refiere a la acción civil señala expresamente que los perjudicados con la infracción pueden ser parte dentro del proceso penal. Adicionalmente a lo acabado de exponer, no debe olvidarse que en materia civil existen testimonios rendidos sin que exista procesos algunos, y que siguen conservando su calidad de testimonios aun cuando nunca se llegue a iniciar con base en ellos un proceso civil (si se inicia, el artículo 229 C.P.C. dice que los "testimonios" deben ser ratificados), mientras que dentro de la jurisdicción penal la policía judicial puede recibir testimonios (que son reconocidos como tales por nuestra ley procedimental) antes de haberse iniciado un proceso; en ninguna de estas hipótesis es

posible siquiera preguntarse por la existencia de "partes procesales", y sin embargo hay testimonio.

Desde otro punto de vista, refiriéndonos no ya al concepto jurídico de "terceros" sino a la falta de interés procesal que pretende exigirse de los testigos, vale la pena señalar que en la práctica no se presentan como testigos sino las personas que de acuerdo con el conocimiento que tuvieron de los hechos pueden favorecer alguna de las partes en contienda, bien se trate de procesos civiles, laborales o aún respecto de procesos penales en los que se pretende colaborar con el denunciante, con el sindicato o, desde luego, con el propio poder judicial; y no hacemos referencia a favorecimientos ilícitos sino al simple deseo que se siente de acudir a un proceso con el ánimo de respaldar una causa que se presume justa. Para nadie es desconocido que en Colombia quienes no tienen interés alguno en colaborar con las partes procesales o con la administración de justicia, eluden impunemente la obligación de comparecer a rendir testimonio cuando son solicitados para tal fin por los funcionarios judiciales. Entonces, en la práctica, es bien difícil encontrar entre nosotros a una persona que declare como testigo verdaderamente desinteresado.

En vezes ese excesivo interés por construir una

definición lo más completa posible hace incurrir en otra clase de errores como el que puede encontrarse en el concepto que nos ofrece el doctor Becerra, para quien "el testimonio es el relato verbal de un hecho, verificado por quienes lo vieron u oyeron; nótese sin examinar a fondo la noción, que equivocadamente se limitan las formas de percepción a dos, cuando es evidente que los hechos pudieron captarse por cualquiera de los sentidos y no sólo mediante el empleo de la vista o el oído.

También se ha señalado como parte esencial dentro de la definición de testimonio el requisito de que la narración de los hechos debe ser hecha ante un juez; éste requisito, mencionado expresamente por Parra Quijano⁷, Alzate Noreña⁸, sólo puede considerarse como válido dentro del ámbito estrictamente civil de la prueba testimonial, pero no cuando se la examina desde la perspectiva de la jurisdicción penal. En efecto, los inspectores de policía, siendo competentes para la investigación de las contravenciones (una de las formas de hechos punibles, de acuerdo con lo señalado en el artículo 18 del Código Penal), están en capacidad de

⁷PARRA QUIJANO Jairo. Manual. pág. 59

⁸ALZATE NOREÑA Luis. Pág. 215

recibir y valorar los testimonios que consideren convenientes para la reconstrucción de los hechos investigados, pese a que no tienen el carácter de jueces; igualmente el artículo 334 numeral 6o. del nuevo código de procedimiento penal (decreto 050 de 1987) atribuye expresamente a la Policía Judicial la facultad de recibir testimonios, aun cuando tampoco son jueces de la República; la presencia ante el juez no es, entonces, un atributo propio del testimonio que deba estar incluido dentro de su definición.

Otra de las precisiones que pretenden hacerse al definir el testimonio es relacionada con el carácter procesal que debe tener; autores como Alzate Noreña⁹ y Pelaez Vargas¹⁰ incluyen como elemento indispensable dentro de la definición de éste medio de prueba, el que la narración debe ser hecha dentro de un proceso, con lo cual dejan por fuera de ésta noción las declaraciones que especialmente en materia civil se rinden con el objeto de preconstituir una prueba que sólo con posterioridad entrará a formar parte de un proceso; no puede decirse que en esas hipótesis la declaración sólo adquiere la "categoría" de testimonio cuando definitivamente entra al proceso, por cuanto el mismo

⁹ Ibid. pág. 215

¹⁰ PELAEZ VARGAS Gustavo. Pág. 90

código de procedimiento civil (artículo 229 C.P.C.) señala que bastará la ratificación del testimonio ya recibido estrajudicialmente (no lo llama versión, ni narración, ni declaración), para que tenga validez probatoria.

Para algunos autores el conocimiento que se tenga de los hechos es elemento indispensable para la existencia del testimonio de tal forma que si una persona comparece ante la autoridad competente pero manifiesta desconocer los hechos por los cuales se le interroga, no habría testimonio. No puede decirse que "Obligar a una persona a que declare que no tiene ningún conocimiento es una tontería, porque ellos supondría que el funcionario debe averiguar previamente si las personas a quienes va a citar tuvieron o no conocimiento de los hechos para, con posterioridad, decidir si las llama o no a rendir testimonio, lo cual sólo podría hacerse a través de una conversación entre el "posible testigo" y el funcionario en presencia de las partes que no sería nada distinto de un testimonio salvo que se le quiera otorgar un nombre diverso y totalmente ajeno al derecho probatorio. Cardozo Isaza¹¹ atenúa este requisito al señalar que testimonio es la narración efectuada por una persona

¹¹CARDOZO ISAZA Jorge. pág. 215

respecto " de hechos sobre los cuales afirma tener conocimiento", aun cuando en realidad no los haya percibido. Orlando Rodriguez¹² llega incluso a señalar que cuando alguien manifieste a la autoridad "no conocer los hechos investigados no se le puede considerar probatoriamente como verdadero testigo, pese a que en otro aparte de su misma obra precisa que la calidad de testigo no se adquiere al momento de la declaración sino desde cuando la persona es citada en una providencia.

Sin embargo, cuando se investiga por ejemplo la posible sustracción de un objeto de un valor pero al llamar a declarar a sus propietarios estos afirman no haber tenido conocimiento de la defraudación y además señalan que el objeto material del pretendido hurto continúa en su poder, es evidente que se niega el conocimiento de los hechos "delictivos" investigados; si esa afirmación no constituyera testimonio, no podría el funcionario judicial darle valor (pues sólo los medios de prueba son susceptibles de valoración), de tal forma que con fundamento en dichas aseveraciones no sería posible emitir providencia que ordenara cesar el procedimiento por inexistencia del hecho punible investigado. Pensemos también en la hipótesis de un sindicado que señala en su indagatoria a Pedro y Juan como personas que están en

¹²RODRIGUEZ Orlando. Pág. 6

capacidad de manifestar ante las autoridades judiciales que él causó la muerte de un semejante en legítima defensa de su vida, pero al ser ellos interrogados por el juez manifiestan no tener conocimiento de los hechos por los cuales se les interroga; si las versiones de Pedro y Juan no fueran testimonios por manifestar que desconocen los hechos investigados, entonces no serían medios de prueba y de consiguiente no podrían ser valoradas por el funcionario judicial para desvirtuar la coartada de la legítima defensa. Casos como los acabados de exponer y otros un poco diversos son de frecuente ocurrencia en la práctica judicial, y en todos ellos el juez requiere dar valor a las declaraciones de personas que no tuvieron conocimiento de los hechos, pues sólo de esa forma puede establecer si ellos ocurrieron o no, o si las versiones suministradas por las partes poseen o no respaldo probatorio; pero eso sólo es posible para el funcionario si se acepta, como debe hacerse, que aún cuando el declarante afirme no tener conocimiento de los hechos por los que se le interroga, existe un testimonio que debe ser valorado.

Para Carnelutti el problema planteado no existe en cuanto a su juicio la percepción de los hechos no es requisito indispensable para la existencia del testimonio, porque el testigo puede narrar "hechos por

él realizados, que no es posible concebir como objeto de su percepción". Claro que si aceptamos la antigua máxima filosófica de acuerdo con la cual "nada hay en el intelecto que antes no haya pasado por los sentidos" (nihil est in intellectuss quod prius non fuerit in sensu), a no ser el intelecto mismo como agregaría luego Leibniz, aun nuestras propias acciones han debido pasar a través de nuestros sentidos para poder llegar al intelecto y desde allí ser evocados y transmitidas en forma de testimonio, puede afirmarse que las acciones realizadas por un sujeto sí deben tenerse como objeto de la percepción.

Aun cuando Rocha¹³ y Martínez Rave¹⁴ señalan como elemento de la definición de testimonio tanto la percepción directa de los hechos como la indirecta u obtenida por informaciones, creemos que solo forma parte de él la percepción directa sobre los hechos, pues cuando se relata lo que se ha oído manifestar a otra persona, sólo se está rindiendo testimonio sobre las afirmaciones que se escucharon (es decir las que se percibieron), y no sobre los hechos a los cuales ellas se refieren.

¹³ROCHA Antonio. pág. 48

¹⁴MARTINEZ RAVE Gilberto. pág. 338

Tampoco puede considerarse, como lo hace Gustavo Humberto Rodríguez, que el testimonio supone una percepción puramente casual de los hechos, pues es perfectamente posible que una persona haya sido convocada para presenciarnos, lo cual es de común ocurrencia en materia civil y algunas veces se presenta dentro del campo de acción del derecho penal, sin que se afecten las calidades de testigo y testimonio.

Con fundamento en las precisiones que acabamos de hacer y desde un punto de vista jurídico, podemos definir el testimonio como la narración que ante autoridad competente hace una persona natural en relación con lo que le consta respecto de los hechos por los que se le pregunta.

Igualmente puede decirse que jurídicamente es testigo toda persona natural que ante autoridad competente narra lo que le consta respecto de los hechos por los que se le pregunta.

1.2.2. Quienes pueden ser testigos. Teniendo en cuenta las precisiones que se hicieron en relación con el concepto de prueba testimonial, podemos afirmar que no debe generalizarse en el sentido de prohibir a los terceros ser testigos dentro del proceso porque cuando

menos está permitido en materia penal. Tampoco es necesario para ser testigo haber percibido los hechos que están siendo investigados dentro de un proceso, y ni siquiera puede desconocerse la calidad de testigo por el solo hecho de que una persona sea ciega o sorda radicalmente lo señala Irigorri Diez¹⁵, en efecto, una persona que ha perdido totalmente la vista puede ser excelente testigo de lo que escuchó durante los momentos previos a un homicidio o a un hurto, así como aquel que es sordo tiene la posibilidad de narrar como testigo los hechos que pudo percibir por la vista y eventualmente aquellos que llegaron a su mente a través del gusto, el tacto o el olfato.

De especial importancia resulta precisar que siendo el testimonio un medio de prueba que supone percibir acontecimientos y guardarlos en la memoria para posteriormente evocarlos y transmitirlos ante la autoridad competente, es predicable solo de los seres humanos y no de las personas jurídicas, pues ellas no tienen la capacidad sensorial de percibir e interpretar síquicamente unos hechos. La exigencia de un proceso intelectual excluye de la posibilidad de ser testigos tanto a las personas jurídicas como a las cosas, sin perjuicio de que los representantes de aquellas puedan

¹⁵IRAGORRI DIEZ Benjamín. pág. 69

comparecer como testigos de las actividades de los entes jurídicos, pues en dicho caso siempre lo harán como personas naturales.

Estas consideraciones respecto a quién puede ser testigo son solamente una enunciación general que encuentra su complemento en el capítulo relativo a las incapacidades e incompatibilidades para testimoniar.

1.2.3. Cuando se adquiere la calidad de testigo. De especial importancia resulta determinar desde qué momento una persona adquiere la calidad de testigos, pues solo a partir de ese instante surgen para él las obligaciones que puede ser forzado a cumplir; veamos las varias tesis doctrinalmente han sido esgrimidas respecto de este interrogante.

1.2.4. Con el conocimiento de los hechos. Para Fábrega, en materia penal el deber de testimoniar surge desde el momento en que una persona ha tenido conocimiento de la ocurrencia de unos hechos que poseen relevancia jurídica luego (aun cuando el autor no lo dice expresamente) la calidad de testigo se adquiriría desde el instante en que se perciben los hechos.

El hecho de que los procesos penales sean de interés

público y por consiguiente exista para todos los ciudadanos la obligación de denunciar ante la autoridad competente la comisión de todo hecho punible del que se tenga conocimiento, no quiere decir que se adquieran la calidad y las obligaciones del testigo en el momento mismo de la percepción, porque muchos de los hechos que posteriormente necesitan ser narrados en calidad de testigos son para el observador penalmente irrelevantes. No puede pedirse a toda persona que se percata de unos hechos aparentemente irrelevantes que lleve a cabo una valoración de tipo jurídico con el fin de establecer si resultarán o no importantes dentro de un proceso penal para, en caso positivo, concurrir a todos los juzgados hasta encontrar aquel en el cual el proceso se haya iniciado y ofrecer entonces su declaración.

Imaginemos por ejemplo que una persona compra en un almacén veterinario un veneno para eliminar garrapatas; ¿podría decirse que desde ese instante el vendedor del veneno debe imaginar que probablemente quien lo ha adquirido habrá de usarlo para dar muerte a una persona y de consiguiente surgió para él la obligación de ponerse en contacto con las autoridades judiciales para rendir su testimonio?, obviamente la respuesta es negativa, pues se trata de la percepción de un hecho que aparentemente no tendrá importancia dentro de un proceso penal, así que no puede decirse que en el momento de la

percepción surgió la calidad de testigo.

Supongamos también que el funcionario judicial decide por medio de un auto legalmente emitido ordenar la comparecencia de una persona que a su juicio pudo presenciar los hechos pero que en realidad no los percibió; es claro que si el sujeto se niega a comparecer puede ser forzado a acudir ante quien lo citó, en cumplimiento de una de las obligaciones inherentes al testigo, a pesar de no haber percibido los hechos que interesan a la investigación.

1.2.5. Con la providencia. De acuerdo con ésta corriente doctrinal, la calidad de testigo surge en el momento en que el funcionario competente ordena por medio de auto la comparecencia de una persona a rendir declaración juramentada; ese auto puede ser emitido oficiosamente cuando el funcionario considere necesaria la declaración, o puede ser respuesta a una concreta petición de las partes o de persona que solicita ser oída como testigo. El artículo 179 de nuestro código de procedimiento civil acepta expresamente este criterio.

Clara Olmedo hace pequeña distinción entre los conceptos "sustancial" y "procesal" del testimonio, señalando que desde el momento en que los hechos se perciben aparece

la noción de testimonio en sentido "sustancial", pero que ellas solo adquiere declaración. Por su parte Orlando Rodríguez al tratar el punto en cuestión señala que la calidad de testigo aparece "cuando el juez lo cita en una providencia, pese a que en otro aparte de su obra señala que cuando la persona citada a declarar se hace presente ante la autoridad pero manifiesta no conocer los hechos por los que se le interroga no puede considerarse como testigo, con lo cual estaríamos frente a un curioso caso en que la persona ha adquirido su calidad de testigo con la citación, pero la pierde al momento de declarar por no haber percibido los hechos; pareciera entonces que para este autor la calidad de testigo depende de la percepción y no de la providencia que convoca al declarante.

1.2.6. Con la citación. Para esta corriente doctrinal no basta la simple emisión de la providencia que ordene a una persona su comparecencia para declarar, sino que es indispensable la citación para que surja la calidad de testigo y puedan en consecuencia hacerse exigibles las obligaciones que le son inherentes.

1.2.7. Con el juramento. Se pretende con esta tesis resaltar la importancia del juramento como elemento del testimonio, de tal forma que si éste no se presta no surge la calidad de testigo, el inconveniente de esta

corriente doctrinal es la existencia de una disposición procedimental (artículo 261 del decreto 050 de 1987) que sanciona a quien se niegue a comparecer cuando previa emisión de una providencia es citado a declarar ante autoridad competente. En efecto, si la calidad de testigo sólo se adquiriera al momento de prestar juramento, ¿cómo explicar que el Estado pueda hacer efectiva por la fuerza una de las principales obligaciones de los testigos, cual es la de comparecer?. El incumplimiento del juramento puede considerarse como causal de inexistencia o de nulidad del testimonio, o puede ser una circunstancia tenida en cuenta al momento de la valoración, pero en ningún caso sirve para determinar el instante en que se adquiere la calidad de testigo.

1.2.8. Con la deposición. Este criterio, es sin duda el más exigente pues no admite la aparición de la calidad de testigo sino cuando la persona ha relatado ante el funcionario competente lo que percibió, esto significaría primero que la persona que aún no ha manifestado nada al funcionario que lo citó no puede ser obligada a comparecer pues no ha adquirido ninguna de las obligaciones propias del testigo, y de otro lado, significa que quien no ha percibido los hechos los cuales se le interroga no es testigo, pues nada puede

referir al funcionario, lo cual nos indica la equivocación de esta corriente doctrinal.

1.2.8. Nuestra posición. Ante todo es necesario precisar que la noción jurídica de testigo no corresponde con el concepto popular del vocablo; en efecto, mientras desde un punto de vista extraprocesal es válido sostener que la calidad de testigo se adquiere desde el momento mismo en que los hechos se perciben, jurídicamente sólo se es testigo desde el momento en que el Estado está en capacidad de hacerle cumplir a un sujeto las obligaciones inherentes a tal calidad. Esta no es una precisión exclusivamente referida a los testigos, sino que resulta útil para determinar cuándo un sujeto adquiere cualquier cargo o categoría, pues por ejemplo nadie es trabajador de una empresa hasta el momento en que puedan ser exigibles sus obligaciones, y una persona no ha adquirido la calidad de estudiante o profesor sino desde el momento en que se la pueda forzar a cumplir con las obligaciones propias de su categoría.

Esa misma pauta general debe aplicarse para determinar cuándo se adquiere la condición de testigo, señalando entonces que ella aparece en el momento en que el Estado pueda hacer efectivas las obligaciones propias de tal calidad. De acuerdo con esta premisa, tendremos que ni siquiera la emisión de una providencia en que se ordene

a un sujeto comparecer con el fin de rendir declaración lo convierte en testigo, porque en ese momento no puede el Estado exigirle a dicha persona el cumplimiento de las obligaciones propias de un cargo que desconoce.

Sólo cuando el Estado ha llevado a cabo la notificación del testigo, cuando le comunica que deba rendir declaración en cumplimiento de la respectiva providencia, surgen para la persona las obligaciones de comparecer, testimoniar y ser sincero, es decir sólo en ese instante se adquiere la calidad de testigo. Por eso el código de procedimiento penal de 1971 señalaba en su artículo 243 que la sanción al testigo renuente se aplicaría solo en el caso de que "el testigo citado no comparezca a declarar" (el resaltado es nuestro), norma que en el código de procedimiento penal de 1987 ha sido ampliada para permitir la sanción de quien "impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de cualquier prueba en el proceso" (artículo 261); obviamente que las acciones de "impedir", "obstaculizar" y "no prestar colaboración" solo son sancionables de acuerdo con esta norma cuando la persona sea consciente de que está entorpeciendo la labor de la justicia, lo cual solo ocurre desde el momento en que conozca su deber de prestar colaboración a la justicia, es decir, (en el caso concreto de la prueba testimonial)

cuando ha sido notificada de su deber de comparecer.

En síntesis, como nadie adquiere una determinada condición sino a partir del momento en que puedan serle exigibles las obligaciones inherentes a ella, una persona sólo puede ser considerada como testigo desde el instante en que la autoridad competente se lo comunica para que cumpla (voluntaria o forzadamente) con las respectivas obligaciones. Resulta mucho más adecuado decir que la calidad de testigo se adquiere desde el momento en que una persona es "notificada" de su deber de rendir testimonio, porque puede darse el caso de sujetos que en estricto sentido no se citan para declarar, como podría ocurrir con quien voluntariamente se presenta ante el funcionario para que inmediatamente le sea recibido testimonio, a lo cual se accede, obviamente mediante la emisión de un auto previ; allí, se le notifica al sujeto que debe rendir la declaración, aun cuando en estricto sentido no se le "cita" para tal efecto.

2. MEDIOS PARA DESCUBRIR LOS ERRORES EN EL TESTIMONIO

2.1. OBSERVACIONES DE BINNET

Contemplamos ahora los llamados medios de "diagnóstico" de que se vale la práctica judicial con el objetivo de descubrir los errores que se ocultan bajo una apariencia de verdad en las declaraciones.

Pero partimos de una base distinta; a la vieja noción que se esforzaba en distinguir los buenos de los malos testigos, aceptando a los unos y desechando a los otros, porque mediante la tendencia antigua reflejada en las legislaciones en el capítulo llamado "Recusación a tacha de testigos", se pretendía que mediante las reglas de lógica consignadas en la ley se podía distinguir a priori la calidad del testigo y por ende la sinceridad de su deposición. En efecto, en ésta distinción legal se tienen en cuenta los grandes errores, los que provienen de una incapacidad notoria y que por lo tanto vician la declaración en su conjunto; o los errores

voluntarios y las mentiras que convierten en sospechosa la totalidad del testimonio, pero se desprecian los pequeños errores involuntarios, que según las experiencias de BINNET y STERN, son elementos constantes, aún en las sencillas declaraciones o descripciones.

Esto nos dá base para afirmar la incapacidad de los legisladores, para hacer una distinción entre buenos y malos testigos; considerando que es ésta una operación delicada que debe ser realizada por el juez, pero no supeditada a rígidos principios legales, sino según un método flexible y completo de crítica, relegando así la división legal de los testigos en categorías a un segundo plano para darle al juez una mayor autonomía.

Dejamos sentado que seguiremos las conclusiones de Binnet, aún a sabiendas de contrariar las opiniones de eminentes tratadistas.

Binnet apoyado también en las experiencias de Stern afirma:

Los errores son elementos constantes y normales del testimonio que el testigo no sujeto a error no existe y por consiguiente el testimonio será siempre una reproducción deformada de la realidad. De otra parte, observa que estos errores son generalmente especiales y versan sobre uno o muchos de los puntos del conjunto observado con la particularidad de que frecuentemente tienen la

misma precisión de detalles que los recuerdos exactos, lo que significa que el testigo describirá el hecho falso de la misma manera que el hecho verdadero, es decir, sin vacilaciones,¹⁶ con detalles precisos y circunstancias.

El testimonio constituye un dato complejo que depende de factores numerosos y diversos, variables según el objeto y las condiciones. La vieja noción del buen o del mal testigo es simplista y está sujeta a error: sucede que un testigo serio se equivoca y que un testigo frívolo declara la verdad exacta. Luego de esta salvedad volvemos al tema de los llamados medios de diagnósticos o sean las circunstancias de que se vale la práctica judicial para sacar a flote los errores que conlleva el testimonio.

2.1.1. El principio de oralidad. Conforme a este principio coloca la ley a la persona del testigo frente al juzgador, considerando que mediante esta observación directa se puede apreciar la sinceridad de quien depone. Queda entonces el juez abandonado a sus propios recursos, procurando sacar conclusiones de las observaciones detenidas del testigo, allegando elementos de convicción de su declaración, o en la cavilación de sus

¹⁶BINNET, A. Citado por Gorphe, Francisco. La crítica del Testimonio. 5a. edición. Buenos Aires. 1971 p. 57.

afirmaciones, teniendo entonces validez el acento sincero o la seguridad con que el testigo hace su relato.

Sin embargo, Gorphe considera que estos elementos de convicción son a menudo erróneos y en todo caso insuficientes, agregando que: "Son elementos toscos generalmente imprecisos, y que requieren de una interpretación, y nada hay más difícil que ésto. Por grande que sea su experiencia profesional, y su natural perspicacia, un juez no es un adivino que escrute los corazones y penetre en los pensamientos más profundos¹⁷."

Agrega que el principio de oralidad es el medio más natural, más simple y más rudimentario para apreciar la sinceridad del testigo.

Garraud, de otra parte ironiza diciendo: "Ha creído la ley que solo por el simple hechos de colocar al juez y a los testigos cara a cara, brotaría la verdad"¹⁸.

No obstante todo lo dicho al principio de oralidad es

¹⁷ *ibid.* p. 38

¹⁸ GARRAUD, R. Citado por GORPHE, Francisco. La Crítica del Testimonio. 5a. ed. Buenos Aires, 1971. p. 62.

considerado como esencial por la mayor parte de las legislaciones. En Inglaterra y los Estados Unidos en que la instrucción solo tiene un lugar ante el tribunal, se cumple este requisito mediante el interrogatorio a que son sometidos los testigos por las partes en presencia del mismo tribunal. En tanto que en Italia cuando se trata de asuntos civiles ordinarios la ley establece para los jueces una posibilidad de escogencia entre los dos modos de investigación posibles; bien ante el tribunal mismo o bien ante un juez instructor. (La tendencia en las leyes germánicas y anglosajonas es recibir las declaraciones, oral y públicamente ante el tribunal).

Esta aplicación del principio de oralidad establecido ante el tribunal y no ante el juez instructor tiene la ventaja de permitir a los jueces una mejor apreciación de la actitud de los testigos que es sin lugar a dudas más aconsejables que la lectura de sus declaraciones, la cual no permite establecer siquiera la forma como el testigo habló. Pero se le critica que la resonancia de la audiencia no es lugar propicio para una crítica de los testimonios, en contraposición con la tranquilidad del despacho del juez instructor, ya que esta crítica puede convertirse en un informe completo, sobre toda una serie de investigaciones minuciosas y pacientes sobre el testigo; circunstancias a que nos dá lugar el

interrogatorio llevado a cabo ante el tribunal.

En Francia, en materia civiles ordinarias, la interrogación se realiza ante un juez instructor, dejando para el tribunal las controversias en materia sumaria, o sea los asuntos de poca importancia.

2.1.2. El interrogatorio. Es éste una confirmación del principio de oralidad, pero dando al juez facultad de proponer ciertas preguntas para completar su declaración. Se trata de procurar que el deponente llene los posibles vacíos originados en imperfecciones de la observación, o de defectos de la memoria, o bien procurar desenmascarar las falsas afirmaciones mediante pregunta dirigidas a romper la armonía normal de sus declaraciones. Un hábil interrogador entonces, podrá destruir el relato que de antemano llevara preparado el falso testimonio, porque como dijo Montaigne: "Quien no se siente bastante firme de memoria, no se debe exponer a ser mentiroso"¹⁹.

Gross considera: "Que la mayor dificultad para el interrogador estriba en destruir una falsa coartada,

¹⁹ MONTAIGNE. Citado por GORPHE, Francisco. La crítica del Testimonio. Buenos Aires, 1971. p. 64.

diciendo de ella que es el obstáculo más peligroso para el que quiere convencer del crimen al verdadero culpable"²⁰.

La confrontación del testigo con su adversario y, sobre todo su contra-interrogatorio por la parte contraria públicamente ante el tribunal son considerados como de una importancia esencial.

La confrontación significa el enfriamiento del testigo no con otro testigo, sino con la parte contraria, dando lugar al contra-interrogatorio mediante el cual los jurados y el tribunal tienen ocasión de juzgar sobre la actitud del testigo y sobre la verdad o falsedad de su testimonio, ya que este interrogatorio de la parte contraria constituye el derecho máspreciado de las partes por cuanto asegura el equilibrio de los dos adversarios. En este sistema la actitud del juez es pasiva hasta el extremo, por cuanto se reduce a dirigir los debates para impedir que se desvíe el asunto y que violen las reglas de procedimiento.

Este mismo sistema ha sido adoptado integralmente por la Gran Bretaña y los Estado Unidos, y para determinar

²⁰ GROSS, H. Citado por GORPHE, Francisco. La crítica del Testimonio. Buenos Aires, 1971. p. 64

casos especiales en Alemania y algunos cantones Suizos.

"Para comprobar la sinceridad de un testigo el interrogatorio debe ser llevado a puntos secundarios, en los cuales no haya pensado previamente y que resulten fiscalizables. El mentiroso podrá ser arrinconado así hasta desmentirse o contradecirse, o bien se lanzará a respuestas inverosímiles ó se encontrará atrapado en la red de su propia trampa"*.

2.1.3. Los informes. Consiste esta práctica en recoger sobre el testigo sospechoso, ya por mediación de la policía, de los alcaldes, o por el examen de determinados expedientes, recogiendo por este medio datos generalmente interesantes que permitan rechazar de plano un testimonio.

"Pero la importancia de los informes para proporcionar elementos de juicio no se ciñen a una categoría de asuntos, ni siquiera a uno solo de los aspectos que hayan deser conocidos; puede hacerse sentir en todas las materias apenas se trate de determinar el valor de un testigo, tanto por su moralidad como en cuanto a su capacidad o a otros puntos más particulares. Por el

* GORPHE, Francisco. De la Apreciación de las Pruebas. Buenos Aires, Mundo Editores, 1982. p. 423.

contrario, hay que evitar el valorar con exceso los informes como elementos de apreciación de los testimonios: la excelente reputación de un testigo no impide que pueda equivocarse, ni siquiera es obstáculo para que no incurra en mentira en ciertos casos"*.

Anotamos sin embargo, que estos informes, dado su carácter inminentemente subjetivos no pueden convertirse en datos sólidos, sino luego de haber sufrido al igual que los testimonios una prueba de análisis crítico, para evitar las tachas de parcialidad, agregando su utilidad para efecto de que el juzgador complete el conocimiento del testigo en sus antecedentes, lo que en parte servirá de explicación o justificación a su conducta actual.

Estos son los tres medios de que se vale la práctica judicial en procura de buscar la sinceridad de las declaraciones. Sin embargo, con los aportes de la "ciencia del testimonio" se vislumbran procedimientos más precisos basados en datos científicos que como el examen mental y el sistema de los "test" psicológicos permitan al juzgador hacer un peritaje mental del testigo.

"Suponemos que la fuente de los informes es segura. Esa

*Ibid. pp. 430-431.

fuerza es a su vez de naturaleza testimonial; vale lo que los informadores y sus medios de información: psiquis, atestigüaciones, indicaciones, etc"*.

Se habla también de la llamada prueba de asociaciones y de la utilidad de los aparatos de sico-diagnósticos, pero por tratarse de simples iniciativas que no han encontrado toda vía eco en las legislaciones, preferimos no adentrarnos en el tema.

"Los informes completan la observación directa del juez por la de las personas conocedoras del testigo: constituyen una especie de observación indirecta. Una y otra observación no dejan de ser empíricas, y sólo pueden dar resultados aproximativos insuficientes en los casos difíciles. Se precisa entonces acudir a procedimientos de examen más científicos y concretos que entrañan una observación más severa y minuciosa, y cuando ello sea posible, a una cierta experimentación"*.

2.1.4. Nuevos Procedimientos. Dentro de los nuevos procedimientos se habla mucho de las llamadas pruebas de asociaciones y de la utilidad de los aparatos de sico-diagnósticos. Resulta natural que la justicia aproveche

*Ibid. p. 432.

*Ibid. p. 433

las adquisiciones del progreso. Los procedimientos intentados son numerosos: cuestionarios, experiencias asociativas o psicométricas, examen siquiátrico o psicológico, etc. Todo ello requiere una preparación especial o un perito calificado.

La prueba inicial en este terreno constituye todavía una operación nueva y rara, sólo se ha recurrido a ella en casos muy contados, sobre todo con los niños y los sicópatas, testigos ya sospechosos por naturaleza, y esos además, cuando se carecía de otros medios probatorios.

Dentro de nuestra concepción tradicional el testigo es una persona, que aún estando abligado a comparecer ante la justicia para declarar la verdad, tiene derecho a ciertos miramientos de manera que se duda sobre somerterlo a experimentos cuando a ellos se opone. Además en materia civil hay cierta independencia de las partes que conducen el litigio a su antojo y bajo su responsabilidad. No obstante, los intereses privados deben ceder siempre ante el orden público; y la manifestación de la verdad debe constituir siempre el fin supremo del enjuiciamiento.

El examen de la persona del testigo, ya sea más o menos

superficial por el juez, o profundo mediante la designación de un perito se considera generalmente desde un doble punto de vista siquiátrico o psicológico. En el primer aspecto se trata de averiguar si el testigo se halla en estado de efectuar una deposición normal y si carece de anomalías insuficientes o turbaciones mentales susceptibles de viciar su testimonio fuera de los casos patentes como, la inbecilidad, la demencia o el estado patológico del testigo y su capacidad testimonial. Esta prueba pericial de credibilidad constituye para los testigos lo que la prueba pericial de responsabilidad es para los procesados, pero más delicada y rara.

El problema de la credibilidad, que con mucha frecuencia permanece vago, elástico y hasta confuso, requiere en primer término: precisión y singularmente cuando se le plantea a un perito que, a diferencia del juez instructor no ha estado siguiendo el asunto y penetra exabrupto en la dificultad. Justamente cuando el tribunal y el juez carecen de otros elementos o medios a su alcance directo, se resuelve recurrir a las luces ajenas para la solución de un problema que los magistrados incumbe en principio, a saber, el de si un testigo debe ser creído o no. La cuestión comprende dos grados: 1o. de una manera general si el testigo es digno de fé; 2o. si lo es en el caso especial de asuntos o, más precisamente aún, en tal declaración que interesa de

modo muy particular.

La averiguación de la credibilidad de un testigo, incluso con la ayuda de experimentaciones nos dejan aún, por lo tanto lejos del fin, por interesante que aquella pueda ser tan sólo permite alcanzar según Plaut: "Un diagnóstico de cerosimilitud al proporcionar la posibilidad de contar con una credibilidad en concreto, pero no en todas las circunstancias"²¹.

²¹PLAUT, P. Citado por Gorphe, Francisco. De la apreciación de las pruebas. Buenos Aires. Mundo Editores 1982. p. 441.

3. EVALUACION DE TESTIGO

Entramos ahora a estudiar la evaluación del testigo independientemente de la evaluación que luego se hará de su testimonio aún a costa de romper la relación existente entre la capacidad de éste y la sinceridad de su declaración, para efectos de un estudio minucioso, o sea, dejamos de un lado la evaluación de la prueba que el testigo habrá de aportarnos, y nos limitamos en los diferentes aspectos morales, síquicos, intelectuales, afectivos que conforman su personalidad.

Se nos presenta entonces el testigo como el instrumento de la prueba, pero como un instrumento autónomo e inteligente que tenemos que utilizar tal como es, con todas las contingencias que arrastra su compleja personalidad, y ante la certeza que es definitiva su personalidad cuando se trata de valorarlo, separamos los diversos aspectos que la constituyen para contemplar cada uno de estos aspectos por separado, iniciando con la moralidad y concluyendo con el estado afectivo.

3.1. LA MORALIDAD

Preocupados por la sinceridad del testigo, los juristas de todos los tiempos coinciden en señalar la moralidad como el elemento de mayor incidencia. Sin embargo, tratan de asignarle un valor positivo al testigo por las circunstancias de su pasado honesto o de su vida anterior cimentada sobre una moral de bases firmes, es una premisa deslucible si consideramos que en su presente pueden influir móviles distintos que en un momento dado pueden hacer tambalear su conciencia, dando un vuelco definitivo a su conducta anterior.

hemos establecido ya que la moralidad como variante de la personalidad significa una pauta a seguir por el testigo, pero también debemos admitir que en determinada circunstancia un interés superior puede moverlo a torcer su línea de conducta anterior.

Concientes entonces de la capital importancia de la moralidad como también concientes de que este no es el factor definitivo nos abocamos por distinguir la categoría de testigos cuya moralidad es siempre sospechosa, simplificando así la incidencia de este elemento al tomar las excepciones como base para ulteriores conclusiones; porque si continuamos hablando de la moralidad nos quedaríamos en el plano especulativo

y terminaríamos afirmando la dificultad de este aspecto de la personalidad para un estudio a fondo y la inutilidad que presenta para sacar de allí conclusiones prácticas.

En verdad hablar de la moralidad en términos generales sin decidírnos a establecer categorías, solo nos conduciría a profundizar sobre los diferentes aspectos que la conforman (la educación, los hábitos sociales, la inteligencia, la deformación profesional, etc), de lo cual no sacaríamos ninguna enseñanza positiva y por el contrario nos veríamos obligados a tomar parte de la polémica que suscita la inclusión o no de determinados factores según las diferentes apreciaciones de los tratadistas.

Creemos haber dejado con ésto explicado el por qué nos decidimos a establecer categorías de testigos de moralidad sospechosa, ya que así el juez estará prevenido para valorar el testigo incluido dentro de una de estas categorías.

3.1.1. Testigos de Moralidad sospechosa. Nos referimos a la categoría de prostitutas y malhechores como testigos especiales, quienes por sus hábitos de simulación o por su vida transcurrida en medios viciados, presenta como

constante de conducta una moralidad sospechosa. Y recogemos las observaciones de Fiore quien afirma: "que las prostitutas y los malhechores como elementos al margen de la sociedad moral organizada, pueden clasificarse como malos testigos en lo que a moralidad se refiere²².

Otro tanto podemos decir del malhechor, del estafador o ladrón para quien la mentira es su medio habitual de defensa y agresión en su vida transcurrida en los sectores fuera de la ley; agrega que el delincuente habitual es más peligroso que el ocasional cuando se trata de valorarlo como sospechoso de mentira.

Dejamos entonces establecida esta categoría en beneficio del juzgador, ya que la ley ha sido incapaz de establecer una separación entre buenos y malos testigos que le sirva de pauta para efecto de evaluar la persona que se presenta ante él como el instrumento de la prueba. E insistimos nuevamente en recordar que si bien es cierto que una buena moralidad es garantía de sinceridad, no es menos cierto que aquella podríamos considerarla como un hábito susceptible entonces de modificarse en favor de un interés más importante.

²² FIORE. Citado por GORPHE, Francisco. La crítica del Testimonio. 5a. ed. Buenos Aires, 1971. p.80

3.2.1. Capacidad Intelectual. Los sentidos, la percepción, la memoria y el juicio como funciones intelectuales intervienen definitivamente en la evaluación del testigo, porque estas determinarán la calidad del testimonio. Y sabemos que durante de cada una de estas etapas se puede presentar una deformación que a la postre convierte en defectuosa la declaración, pero, haciendo a un lado las observaciones ya comunes de la necesidad de los órganos de los sentidos intactos, de la inteligencia normal, de la memoria fiel y del juicio recto, entramos a estudiar la capacidad intelectual general, girando en torno a determinadas circunstancias en las cuales los estudios experimentales permiten sentar premisas más o menos atendibles.

Iniciamos con la edad como circunstancia determinante en la capacidad intelectual y lo hacemos por el hecho de ser la primera pregunta que se le formula al testigo cuando se trata de indagar por sus generales de ley (luego de conocer sus nombres y apellidos) para efectos de recibir su testimonio, y por sobre la actitud casi unánime de las legislaciones al limitar el testimonio para ciertas personas por razón de la edad.

Contemplaremos las dos épocas extremas en la vida del

hombre (niños y senectud) por el hecho de que en ambas edades las características son más notorias, lo que permite apreciaciones más definitivas.

3.2. ESTADO SIQUICO

Cuando hablamos de los niños para efectos de evaluarlos como testigos incidimos en algunos de sus estados sicopáticos constitucionales que vician su testimonio y disminuyen su valor. Ahora al hablar del estado síquico en general encontramos que en los adultos la sicopatía son más numerosas y sus efectos seguramente más definitivos. Pero eludimos la clasificación y tomamos solamente dos de estas sicopatías que alteran el mecanismo mental del testimonio, dado la importancia que le concede la mayoría de las legislaciones para efecto de declarar la ineficacia declaraciones.

3.2.1. Los Alienados. Con escasas excepciones como la del derecho francés que guarda una prudente reserva, las demás legislaciones concuerdan en eliminar el testimonio de los alienados. Nuestro Código de Procedimiento Civil en el art. 215 Inc. 2o. considera a los alienados dentro de la categoría de los impedidos absolutamente, o sea, los consideran testigos inhábiles para toda clase de juicios por incapacidad mental, que se supone, según reza el artículo.

Los estudiosos de la crítica del testimonio se han dado a la tarea de elaborar clasificaciones tendientes a establecer categorías susceptibles de cierta credibilidad, según las diversas etapas y manifestaciones de la alienación. (Distinguen los alienados absolutamente incapaces de testimonio, de los alienados cuyo testimonio está simplemente perturbado por alucinaciones para establecer una categoría de alienados cuyo testimonio puede atenderse, aún cuando esté viciado por sospechoso).

Debemos anotar que algunos autores aconsejan excluir por completo el testimonio del alienado en determinadas etapas de su alienación. Como es el caso de aquellos en que la demencia no está declarada, y pueden entonces los enfermos coordinar sus ideas y expresarse correctamente, siempre y cuando que su memoria esté dispuesta a reproducir fielmente las impresiones recibidas y siempre que sus percepciones sensoriales subjetivas o ideas delirantes sean precisas. (Esto lo anotamos a manera de inquietud, ya que los mismos autores que hacen esta recomendación se niegan a establecer orientaciones generales que permitan siquiera una insinuación de modificación a la actitud legal vigente).

3.2.2. Los Débiles Mentales. De hecho ya excluimos a los imbéciles, o verdaderos idiotas, porque de su simple

apariencia se colige la imposibilidad de obtener de ellos un testimonio serio, Hablamos solamente de los retrasados (débiles mentales ó débiles de espíritu) que pueden aproximarse al límite normal por el hecho de gozar a veces de una buena memoria, de un correcto lenguaje y aún un ocasiones de no carecer totalmente de facultades de elaboración y emitir ciertos juicios.

Hablamos pues de una categoría no contemplada en los códigos y con quien el juez habrá de encontrarse en algunas circunstancias por el hecho de revestir ciertas características de normalidad, como ya lo anotamos:

Gorphe dice:

Los retrasados se mantienen en el término medio entre los alineados al lado de los cuales se les sitúa, y de los niños con los que se le compara. Se caracterizan por una detención en el desarrollo, que se traduce en déficit intelectual variable entre la simple debilidad mental, la imbecibilidad y la idiocia, agregando luego a manera de características que la inercia mental, la pereza de la voluntad decían a los débiles las respuestas menos penosas, las que exigen menos esfuerzos, que se contentan con un sí o un nó.²³

Y luego al comparar a los débiles adultos con los débiles infantiles, encuentra en el testimonio de ambos,

²³Ibid. p. 96.

los mismos caracteres con la única diferencia del grado de sugestibilidad de que ambos son víctimas, ya que en aquellos la sugestibilidad es mayor, (el temor y la venidad que le son característicos, presentan un campo propicio para que ésta entre en juego).

Ante la posibilidad que surge, de que en algún momento deba el juez enfrentarse a un retrasado, dada su aparente normalidad, recomendamos al juzgador evaluar en lo posible al testigo, procurando cuando sea posible desechar su testimonio, ya que aún cuando se presentan excepciones, en términos generales pueden afirmarse que los débiles mentales o de espíritu no son lo suficientemente capaces para percibir y retener un suceso aún cuando éste sea muy sencillo, e incluso han observado el hecho en situaciones tranquilas y desinteresadas.

3.3. EL ESTADO AFECTIVO

Como último elemento en el estudio de la personalidad del testigo, tenemos el estado afectivo o sea el fondo síquico de las personas cuyo testimonio se necesita. Este estado afectivo incide definitivamente en la sinceridad del deponente, aún cuando la mayoría de las veces no se manifiesta abiertamente, sino que por el contrario, aparece disimulado bajo capas superficiales

de pensamientos.

Las disposiciones afectivas del espectador significan cambio en el relato de los hechos, porque en cada caso el estado afectivo podría equiparse con perspectivas distintas. entran en juego aquí las pasiones, el interés, el amor propio, el espíritu de solidaridad o de partido, e incluso la simple antipatía. En verdad las pasiones y todo sentimiento de menor intensidad que aquellas, tiene su reflejo en la declaración.

Cuando el acontecimiento observado roza la afectividad del testigo, éste reacciona parcializándose y saliéndose entonces de esa imparcialidad.

3.3.1. El Interés. Con base en que la primera condición de un buen testigo es su no interés moral o material en el proceso, los códigos excluyen o limitan el testimonio de ciertas personas vinculadas por el interés a las resultas del juicio. Sin embargo, eludimos hablar de la actitud de la ley colombiana, sobre este interés causal de impedimento por considerarlo tema de otro capítulo. Nos limitamos a comentar el interés, en el caso de la persona que "frecuentemente es llamada a declarar en juicios diversos" lo que no constituye impedimento, sino simplemente incluye a esta persona dentro de la categoría de los llamados "testigos

sospechosos" (art. 217 del C.P.C.) o sea lo que Rabelais llamó el "oficio de testimoniar" y que en nosotros equivale a la llamada compra de testigos.

En este tópicó, justo con el de la vanalidad de los jueces, dos lunares más trajinados por los comentarios populares. Sin embargo, nadie se preocupa por decir algo al respecto, y menos por aportar ideas en busca de una solución. Queda entonces la compra de testigos como una escabrosa experiencia de la judicatura, porque en el ejercicio profesional el abogado tendrá que tomar ante ella una actitud objetiva, aún cuando no se atreva a practicarla. Nada entonces podemos agregar fuera de anotar esa silenciosa complicidad de todos ante un problema tan difundido.

Con la entusiata excepción de Francisco Gorphe, casi todos los comentaristas eluden el tema (aún cuando en verdad, el solo se limita a transcribir algunas notas de Racine, con las cuales no estamos en completo acuerdo).

Dice Racine: "Los testigos son muy caros y no hay quien los quiera, agrega que por fortuna es muy limitado el número de quiere concientes en vender su conciencia"²⁴.

²⁴RACINE. Citado por GORPHE, Francisco. La crítica del Testimonio. 5a. ed. Buenos Aires, 1971. p. 136.

Y Gorphe con quien tampoco estamos de acuerdo en esta oportunidad, luego de afirmar que es excepcional el caso de encontrar un testigo comprado, dado el temor que le infunden las sanciones del Código Penal le quita transcendencia jurídica al afirmar que "este género de falso testimonio es poco temible; el testigo relata su mentira sin convicción, se encierra prudentemente en vagas afirmaciones o, si llega a entrar en detalles o decisiones susceptibles de ser controladas se arriesga a que su juego se vuelva para confundirlo*.

Se olvidan quizás los tratadistas de considerar que el testigo llega siempre lo suficientemente idóneo, por el adiestramiento de que ha sido objeto por el abogado de la parte, con cuyo testimonio ha de favorecerlo y se olvida también de la negligencia de la mayoría de los jueces, que firman sin leer las declaraciones tomadas por su secretario, ajeno por completo a las cuestiones de la crítica del testimonio.

Y aún consideramos de vital importancia hacer distinciones entre el amigo que va al juicio como ocasional testigo comprado, a deformar su testimonio en razón de los lazos de amistad que los une con la

*GORPHE. P. 137

victima, del "profesional" que vive de testimoniar por los halagos económicos.

Quizás en el primero, las apreciaciones de Racine y Gorphe pueden tener aplicación y validez, pero en el segundo sería ingenuo creer que su testimonio sea poco temible. Esa es su profesión y él sabe como ejercerla.

3.3.2. Simpatía o Antipatía. Dijimos ya que sería utópico buscar una imparcialidad absoluta. Busquemos entonces que coeficiente de parcialidad podemos descubrir en el testigo para evaluarlo y luego valorar su testimonio.

Si hablamos de la simpatía, lo hacemos con el único objetivo de ubicar al juez sobre ciertos elementos que en verdad afectan, pero no deforman el testimonio, y que por lo tanto los códigos no toman en cuenta. Es decir, son ciertas premisas de la cual debe partir el juzgador para asignar al testigo la confianza necesaria, para dar validez a sus afirmaciones, independientemente de otros elementos que también inciden en la sinceridad del deponente, pero que por ser más decisivos si están contemplados en la legislación.

al respecto dice Gorphe: "fuera de las pasiones, todo sentimiento que sufre el testigo puede tener su reflejo

en la declaración, cuando el acontecimiento observado roza su efectividad, esta reacción ya en forma de emoción, ya en forma sencilla simpatía o antipatía"²⁵.

Si tomamos a un testigo desinteresado, encontramos en él una casi inconciente simpatía por la víctima, que significa como es lógico una antipatía por el delincuente. Y en razón de este sentimiento tan natural como noble, el testigo sentirá siempre un deseo más o menos conciente de declarar en contra del inculpado tanto mayor cuanto se haya sentido impresionado por el sufrimiento de la víctima, o haya sido su indignación por el acto realizado.

Se manifiesta, o cuando es llamado por una de ellas a rendir declaración por considerarse testigo de esa parte, y por lo tanto inclinado a su favor.

Vemos un ejemplo de ocurrencia diaria, citado por varios autores: es el caso de un accidente, cuando un vehículo atropella a un peatón. Los testigos entonces se dividen y es de difícil observación como casi indefectiblemente los viajeros se pronuncian en favor del conductor, en tanto que los transeuntes lo hacen por el peatón

²⁵Ibid. p. 141.

lesionado, y en este estado de ánimo hay una tendencia de ambas partes a deformar los hechos a suprimir detalles que le son desfavorables a una de las partes, e incluso a aumentar los detalles que le favorecen.

Y cuando ambas categorías de testigos sean llamadas a rendir testimonio el juez observará que no se limitan a narrar los hechos, sino que buscan una excusa, una justificación por la parte que goza de su simpatía.

Podríamos decir que no es simple simpatía, sino también un cierto espíritu de solidaridad injustificado pero inevitable.

4. EVALUACION DEL TESTIMONIO

4.1. EN MATERIA CIVIL

Habiendo ya hecho algunos planteamientos de tipo general y universal de testimonio y el testigo a través de su compleja personalidad, debemos estudiar la prueba misma, o sea el testimonio para evaluarla según los principios vigentes en nuestra legislación que es el motivo fundamental de estos apuntes.

Como encontramos diferencias en el valor concedido al testimonio según la materia que lo regula en nuestro sistema probatorio, veamos que contempla en esta materia nuestro Código de Procedimiento Civil.

4.1.1. Personas que deben rendir testimonio. El art. 213 del C. P. C. dice " toda persona tiene de deber de rendir testimonio que se le pida, excepto en los casos

determinados por la ley"²⁶.

De la lectura del presente artículo se desprende que es un deber para toda persona rendir testimonio de acuerdo a un mandato legal, es decir, el testimonio que se le pida sobre las versiones de un hecho del cual tenga conocimiento, es decir, nadie debe negarse a rendir el testimonio que se le solicite, salvo en los casos determinados por la Ley.

Nuestro Código de Procedimiento Civil consagra como uno de los medios de prueba el testimonio y lo nomina en su capítulo IV como declaración de tercero, cambiando así la antigua que traía de testigos pero expresamente insiste en el deber de testimoniar, lo que significa que a pesar del notable avance de la técnica, la ciencia en todas sus manifestaciones y la compleja y cada vez más diversidad de problemas, los estudiosos del derecho en materia probatoria siguen considerando el testimonio como uno de los medios de prueba indispensable en la búsqueda de la verdad procesal.

²⁶ CASTEBLANCO DE CASTRO, Beatriz. Código de Procedimiento Civil. Art. 213, décima tercera ed. Bogotá. Editorial Publicitaria, 1990. p. 120

Cuando el Código dice:

Toda persona, si entendemos como tal lo que el término significa, diríamos que no excluye de este deber a nadie, cualquiera que sea su condición, raza, color, sexo o edad, pero si seguimos avanzando en la regulación que establece para cada caso encontramos que el significado de persona está restringido por lo que más adelante veremos²⁷.

4.1.2. Excepciones al deber de testimoniar. Según el art. 214 del C.P.C.:

No están obligados a declarar sobre aquellos que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2o. Los abogados, médicos, enfermeras, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional. 3o. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secretos.²⁸

En esta forma la ley teniendo en cuenta la calidad de la persona, su ministerio, oficio o profesión taxativamente exonera de la responsabilidad de testimoniar a dichas personas por el sigilo profesional, pero sólo sobre aquellos hechos que conozcan en razón de su profesión y que dicho secreto lo hayan adquirido de su cliente porque si revelan ese secreto sufrirán las sanciones

²⁷ Ibid. p.120.

²⁸ Ibid. p. 104.

legales del caso y de acuerdo a la gravedad del perjuicio que ocasionen a la persona.

Aunque el art. transcrito no taza perjuicio, ni establece procedimiento alguno, para el caso de que cualquiera de estas personas exoneradas del deber de testimoniar, lo hagan violando el secreto profesional, es lógico que las personass afectadas por tales hechos pueden recurrir a un ceso ordinario y demandar los perjuicios o la sanción penal de acuerdo al caso.

A pesar de la enumeración que nos traen los incisos 1o. y 2o. del citado artículo el inciso 3o. extiende esa exoneración de testimoniar a otras personas que por disposición de la ley pueda o deba guardar secretos.

Por otra parte el juez de la causa no puede testimoniar en la causa que juzga y en ese caso declararse impedido y testimoniar ante eljuez que lo sustituya.

No es pues simple excusa la de estos profesionales abstenerse de rendir testimonio, tienen también el deber de testimoniar, pero que están privados de la libertad de dar aquella versión que fue recibida en razón de su profesión a menos que su cliente o la persona que le confió el secreto lo autorice revelarlo.1

4.1.3. Inhabilidades absolutas, inhabilidades relativas.
Inhabilidades absolutas para testimoniar: EL artículo 215 del C.P.C. dice:

Son inhábiles para testimoniar en todo proceso:

- 1o. Los menores de 12 años.
- 2o. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.
- 3o. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional²⁹ de signos traducidos por interpretes.

Planteado a grandes rasgos inicialmente, la influencia que tiene la edad en la validez de un testimonio, es obvio que el legislador tratando de rodear de mayores garantías este medio de prueba, haya considerado como inhábil para testimoniar al menor de 12 años y con mayor razón atendiendo las bases científicas que lo sustentan, los que padecen de demencia.

En cuanto a los sordomudos, se le acepta el testimonio a aquellos que puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional traducibles, pero solo para aquellos casos en que por tener su vista buena se refiera a lo que haya escuchado u oído.

²⁹Ibid. p.121

Inhabilidades relativas para testimoniar: El art.216 del C.P.C. nos dice:

Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

1o. 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 alucinógenos.

2o. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado de acuerdo con la sana crítica³⁰.

Para determinar las inhabilidades relativas, nuestro Código de Procedimiento Civil tiene muy en cuenta ciertas alteraciones orgánicas pasajeras o psicológicas así como la influencia perturbadora que ejercen sobre el testimonio, ciertas sustancias o el alcohol y por ello deja al buen criterio del juez, el recibirlas o rechazarlas. Si las alteraciones fueron de origen traumático, tóxico y orgánico que por lo general son demasiadas notorias para pasar inadvertidas, es apenas natural que sean rechazadas. No obstante sus efectos deben ser precisados.

Gorphe cita en su obra muchos casos de personas afectadas por lesiones de tipo mental a consecuencia de traumatismos craneanos que han rodeado su testimonio de

³⁰Ibid. p. 121.

falsas apreciaciones, sustitución de personas, cambio de hora o de lugar donde ocurrieron los hechos, por lo que se hace muy difícil para el juzgador, apreciar la verdad.

Respecto a la embriaguez, la moderna sicología considera que no debe ser motivo de tacha para el juez si ésta se encuentra en su primera etapa o primer grado pues la persona en estos casos conserva su lucidez.

En realidad esta apreciación es demasiado riesgo para la credibilidad de su testimonio en estas circunstancias y en este sentido creo yo que es muy prudente la precaución establecida. En nuestra legislación penal no se hace alusión alguna a la embriaguez, pero le deja al juez la facultad de apreciar la credibilidad del testigo en virtud de la sana crítica que le permite al juez formarse un juicio sobre las condiciones objetivas y subjetivas en las cuales se presenta la percepción y si después de un exhaustivo examen crítico para hallar el grado de credibilidad que le merezca infiere que no es normal, debe rechazarlo.

4.1.4. Testigos sospechosos. El art. 217 del Código de Procedimiento civil, recogiendo toda la historia del testimonio en cuanto a la calidad de quien depone y

ajustándose a las modernas teorías que sobre sentimientos, emociones, parentesco, etc., que por la natural condición humana puedan afectar el testimonio, ha dejado a la libre convicción del juez o la sana crítica la valoración de esta clase de testimonio cuando dice: "son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez se encuentran en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"³¹.

Queda pues a criterio del juez la apreciación que pueda darle al testimonio rendido por un familiar de una de las partes o bien medir el grado de amistad, interés o enemistad que el deponente pueda tener en pro o en contra de una de las partes. He ahí la importancia de que el juez posea básicos conocimientos que le permitan hacer un análisis objetivo y subjetivo con la posibilidad mínima de errar en su apreciación, dada la trascendencia que este medio de prueba tiene dentro del proceso.

4.1.5. Tachas al testigo. La ley faculta a las partes

³¹Ibid. p. 121

para tachar el testimonio de falso o por cualquier otro fenómeno jurídico e indica el procedimiento a seguir cuando el art. 218 del Código de Procedimiento Civil expresa:

Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio y oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados a la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán de la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos se prescindirá de toda prueba. Cuando se trata de un testigo sospechoso, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir declaraciones. El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso³².

El tratamiento que los procesalistas colombianos como el Dr. Hernando Devis Echandía al presentarse esta clase de incidentes en realidad no se compagina ni con la importancia de este medio de prueba ni con la celeridad que debe caracterizar a todo proceso como tendencia casi universal.

³²Ibid. p. 121

Estoy de acuerdo con el concepto expresado por el Dr. Adolfo Nuñez Cantillo cuando dice:

Mi concepto es, que cuando se propone el incidente de tacha en el testimonio por cualquier forma en que se haga la petición, debe tramitarse el incidente de inmediato, por tratarse de un medio de prueba, con mucha razón debe hacerse si la tacha se hace antes de la notificación de la demanda o del ejecutivo, y que esta tacha pueda llegar a definir un proceso antes de dictar sentencia, por tratarse de un medio de prueba tan importante como es el testimonio, ya sea en forma documental o pericial, y por muchos factores jurídicos, en que pueden incidir en la vida del proceso³³.

4.1.6. Solicitud de la prueba testimonial y limitaciones de la misma. El art. 219 del Código de Procedimiento Civil viene a fijar la forma como debe pedirse la prueba testimonial y tacha las limitaciones que la ley establece para la recepción de los testimonios. En este sentido el art. 219 dice: "cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos y anunciarse sucintamente el objeto de la prueba"³⁴.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios

³³ NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. El Testimonio como medio de prueba. 2a. ed. Bogotá, Librería Profesional, 1978, p. 127

³⁴ Nuevo Código de Procedimiento Civil. p. 22

cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos, materia de esa prueba. El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los arts. 180 y 361.

Antes de la reforma de nuestro Código de Procedimiento Civil que consideraba a los jueces en materia civil como unos simples espectadores de la contienda jurídica por la creencia errada de que tratándose de diferencias en el sector privado, solo a las partes competía manejar a su arbitrio el proceso, pero la nueva concepción procesalista del derecho, le ha dado la verdadera y exacta interpretación a los medios probatorios, mediante la aceptación del carácter de orden público que tienen las normas procesales y convirtiendo al juez en lo que debe ser, el vigilante del proceso con plenas facultades para orientarlo, usando sus atribuciones cuando sea necesario y adoptar las medidas en salvaguardia de la verdad y el orden público. De ahí que el presente artículo faculte al juez para limitar la recepción del testimonio, si a su prudente juicio considera que son suficientes los que haya recibido para esclarecer los hechos en materia de esa prueba.

4.2. DECRETO Y PRACTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El art. 220 del Código de Procedimiento Civil, señala el procedimiento que debe seguir el juez para decretar y practicar la prueba testimonial cuando dice:

Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará la citación de los testigos y señalará la fecha y la hora para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones dentro del término para practicar pruebas. Cuando su número lo permita, se señalará una sola audiencia para recibir los testimonios, pero sino fuera suficiente se continuará en la fecha más próxima posible teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 110.

Al testigo impedido para concurrir al despacho por enfermedad, se le recibirá declaración en audiencia en el lugar donde se encuentre, previo el mismo señalamiento.

Si el juez considera conveniente, podrá practicar la audiencia en el lugar donde debieron ocurrir los hechos.³⁵

La importancia que reviste el testimonio como medio de prueba lo evidencia el artículo transcrito que sin violar la facultad que tienen las partes para solicitarlo, le dice al juez que debe atenerse para aceptar la solicitud, a lo establecido por el artículo precedente.

Por otra parte se plantea la celeridad en las

³⁵Ibid. p. 122.

recepciones de los testimonios desde el punto de vista de la fijación de las fechas, tratando de que se recojan en el menor tiempo posible y en una sola audiencia lo que viene a configurar el fenómeno jurídico de la concentración de la prueba.

Este sistema tiene la ventaja de que permite al juez formarse un convencimiento mas acertado y evita la dilución de la prueba en el tiempo.

En Colombia son muy pocos los casos en que este precepto tiene cumplida aplicación y observamos con tristeza, publicaciones de estadísticas escalofriantes de expedientes que duermen en los anaqueles de muchos juzgados.

Otra de las importantes características que este precepto otorga al juez es la amplia facultad, en cuanto al traslado al lugar donde ocurrieron los hechos o al domicilio del testigo, de ser el de simple espectador en el desarrollo del proceso y no se conforma con el aspecto formal, sino busca la verdad objetiva.

4.3. INDEMNIZACION AL TESTIGO

El art. 221 establece en favor del testigo una

indemnización consistente en el pago del tiempo que haya empleado en su declaración, así como los gastos de traslado, alojamiento y alimentación de acuerdo con el lugar de donde provenga el testigo.

Este precepto legal dá margen a disquisiciones en pro y en contra de esa facultad otorgada al testigo, y sería amplio tema de discusión que no sería posible detallar en estos comentarios que pretenden ser simples apuntes, pero debo resumir mi concepto al respecto.

Es principio fundamental que informa toda nuestra estructura legal, el de que toda persona que tenga conocimiento de un hecho o ilícito debe ponerlo en conocimiento de las autoridades de nuestro Código de Procedimiento Civil establece como un deber rendir el testimonio que le pida.

Se plantea inmediatamente una contradicción, mucho más si se tiene en cuenta que las normas de procedimiento son de orden público y de forsozo cumplimiento y en atención a la norma citada deja al arbitrio del testigo el ir o no a rendir el testimonio y por ende de que con esa actitud no solo se cometían abusos, sino que falla la administración de justicia. En este sentido estoy de acuerdo con lo expresado por el Dr. Adolfo Nuñez Cantillo cuando al comentar esta norma plantea:

Si rinde el testimonio y al tasarle los emolumentos y la parte no tiene para sufragar dichos gastos; cual sería la solución que el juez daría para pagarle dicha indemnización?. Esta norma está contra el principio general de que el testigo como auxiliar de la justicia debe rendir el testimonio, ya que es un deber de ciudadano cooperar con la justicia; en caso de que no resida en dicho lugar en donde se adelanta proceso, ya sea penal, civil, laboral o administrativa, debe comisionarse a la autoridad competente o funcionario para que recepciones dicha prueba³⁶

4.4. LA PROTECCION AL TESTIGO

En materia penal para ciertos casos se ha instituido la reserva de la identidad del testigo, nos parece a nosotros que desgraciadamente para poder colaborar con la sepultura de la impunidad tengamos que ponernos un capuchón para tener que cubrir nuestra identidad, sin embargo, es preciso notar que para acabar con la serie de hechos o sucesos que nos han confundido y atacado en la última década, debido a las constantes amenazas que nos brinda el asedio del narcotráfico, del narcoterrorista, de las guerrillas en sus modalidades urbanas y rurales y de la delincuencia común, tengamos que precisamente acceder a cambiar nuestras identidades, para destruir la impunidad reinante y segura avante con el imperio de la justicia; por eso nuestro estatuto de

³⁶NUÑEZ CANTILLO. p. 128.

procedimiento penal en su art. 293 consagra la reserva de la identidad del testigo y por ende la protección del mismo. En aquellos procesos que son de conocimiento de los jueces regionales y cuando la circunstancia así lo ameriten que generalmente siempre lo van a meditar se autoriza y por seguridad del testigo que estos coloquen la huella digital cuando presten colaboración a la justicia declarando; en lugar de su firma deben colocar la huella digital para eso el ministerio público dará fé que dicha huella corresponde a la persona que declaró descartando con esto la posibilidad que aparezca en el expediente contentivo del proceso penal, la referencia del nombre de la persona que valerosamente ha colaborado en cierta forma con la administración de justicia, pero nuestro legislador en forma inexplicable señal en el artículo acotado supra (art. 295 C.F.P.) ordena que en acta separada se señalará la identidad del declarante, incluyendo todos los elementos que puedan servir al funcionario para valorar la credibilidad del testimonio.

Consideramos que si se omite la identidad en beneficio de la administración de justicia, entonces cual será la razón para que en acta separada se coloque en la picota pública al declarante que voluntariamente accedió a dar su testimonio.

Se le dá la confianza al juez o fiscal, para que conozca de la identidad del testigo para efectos de la valoración de la prueba confianza que debería depositarse a cualquier otro ciudadano incluyendo a los empleados subalternos del despacho y cualquiera que desee la paz en nuestro país.

Quién sabe hasta donde se extenderá la protección que predica el legislador colombiano.

Consideramos nosotros que tal protección siendo así, debe extenderse a cualquiera actuación judicial si esta se surta en procura de la paz y seguridad de la sociedad y de el patrimonio de sus asociados.

4.5. RECEPCION DE CIERTOS TESTIMONIOS

El legislador con muy buenas razones ha querido facilitar la recepción de ciertos testimonios tratándose de la calidad de persona o rango.

No es cierto que estas normas plantean excepciones al deber de testimoniar como algunos tratadistas de esta materia hacen ver y me parece muy acertado el comentario del Dr. Adolfo Nuñez Cantillo, el cual me permitió transcribir por su claridad meridiana: En forma seguida he transcrito los dos artículos presentes, con el fin de

hacer un comentario, ya que el Dr. Hernando Devis Echandía en su obra compendio de Derecho Procesal, tomo II, página 263, número 178, los trae como excepción al deber de testimoniar, dice lo siguiente:

"No obstante que el deber de testimoniar tiene carácter general como el numeral anterior lo vimos, hay algunas excepciones respecto de ciertas personas que contemplan los diversos aspectos de dicho deber (de comparecer o de declarar) salvo el de veracidad que nunca puede ser excusado si se rinde declaración- toda excepcional deber de testimoniar necesita expresa consagración en la ley- A continuación lo divide:

a) Por la dignidad del cargo (así, el art. 214 de nuestro Código de Procedimiento Civil autoriza a los ministros del culto sin discusión de regiones, para declarar en su casa de habitación, y los artículos 222 y 223 a numerosos funcionarios y algunos diplomáticos de naciones extranjeras, su familia y personas de comitiva).

b). Por incapacidad.

c) Por el carter perjudicial de la declaración para quien la hace para ciertos parientes suyos.

e). Por el lugar de la residencia del testigo.

f) Por la razón del secreto profesional.

A las excepciones que hace referencia el ilustre tratadista mencionado anteriormente, quiero decir, de la parte primera o literal a). ya que las restantes en forma clara he venido comentando su criterio jurídico: en ningún momento admito se puede aceptar como excepción de las personas determinadas en los artículos 222 y 223 ó a que hacen referencia dichas normas, parece que confunde el notable tratadista el deber de testimoniar con el deber de comparecer para testimoniar; dichas personas lo que están exentas, es de ir al despacho del juez que conoce de determinado proceso, donde tienen cita algunas de las personas indicadas en dichas normas para relatar determinados hechos en la cual tienen conocimientos de causa, y el deber de redactar esos hechos que son de su conocimiento. La norma citada ha querido que se cumpla con la obligación o el deber a través de la ley.

10. A las personas por razón del cargo descrito en el art. 222 que rindan sus declaraciones o testimonios en sus oficinas en forma certificada, y bajo la gravedad del juramento de acuerdo al cargo que desempeña en este momento.

2o. Que tampoco es una excepción en cuanto a los agentes diplomáticos y sus familiares y dependientes, ya que el juez de la causa solicita por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, copia de lo conducente para que si tiene a bien, testifique sobre lo que se le solicita, o conceda el permiso a sus dependientes para que rindan su declaración o testimonio, esto no quiere decir que sea una excepción a rendir el testimonio o el deber en representación ó como representantes de una nación diferente a la nuestra. Por lo tanto hay que emplear esa forma protocolaria".

El anterior análisis es tan claro y preciso que no admite más comentarios.

4.6. CITACION DE LOS TESTIGOS

Por tener relación directa los artículos 224 y 225 me permito hacer brevemente el comentario de su contenido que por ser tan claro no necesita muchas explicaciones.

En primer lugar el art. 224 estatuye el procedimiento a seguir una vez decretada por parte del juez, bien sea de oficio o a solicitud de parte la prueba testimonial, la cual consiste en que el secretario expide la correspondientes boleta de citación a fin de que al testigo se le notifique la fecha y hora en que debe

comparecer a rendir el testimonio con las prevenciones legales correspondientes ó a través de telegrama. En segundo lugar lo que debe hacer el notificador o respectivo empleado en el caso de que presentaba la boleta al citado no puede firmar o no quiere hacerlo.

Cuando se trate de testigos dependiente de otra persona, el secretario debe librar además de la boleta de comparendo, la solicitud del permiso que debe concederle el superior, con la prevención de que trata el artículo 39, es decir, se plantea el mecanismo a seguir por parte del juez, su secretario y notificador a fin de lograr la comparencia del testigo.

4.7. SANCIONES AL TESTIGO

Pero si a pesar de su notificación el testigo desatiende la citación, el art. 225 faculta al juez para imponer las sanciones correspondientes que consisten en multas, quedando con la obligación de rendir el testimonio a menos que justifique plenamente su comparencia, exonerándolo de la sanción en este caso mas no de rendir el testimonio para lo cual la ley manda a fijar nueva fecha.

En el caso de que la parte interesada en el testimonio

lo solicite o el juez lo estime conveniente, podrá ordenarse la conducción por la fuerza pública.

Es de tanta importancia la prueba testimonial que el legislador no exonera de esta responsabilidad, ni siquiera a las personas, comprendidas en el art. 222 y fija el procedimiento a seguir para efectos de las sanciones, facultando al juez para que rinda el respectivo informe de desobediencia al funcionario jerarquicamente competente para juzgar disciplinariamente al desobediente.

4.8. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO

No obstante que debe perseguirse la verdad real y el convencimiento pleno del juez, la ley previene tanto al juez como a las partes sobre los requisitos que debe reunir todo interrogatorio y en este sentido el art. 226 del Código de Procedimiento Civil que señala las pautas a seguir para cada caso ya sea formulado por el juez o por la parte en audiencia o cuando se formule por escrito. Esto con el fin de evitar hasta donde sea posible vicios o insinuaciones que tergiversen o confundan la verdad.

4.9. FORMALIDADES PREVIAS

Nuestra legislación conciente del valor probatorio del testimonio, extrema su celo para preservar la pureza del mismo y establece una serie de formalidades legales para su recepción, lo que en forma muy clara y precisa nos dice en su art. 227:

Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes lo precedan. Presente e identificado el testigo, el juez le exigirá juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndolo sobre la responsabilidad penal en que incurre quien jura en falso. Quedan exonerados del juramento los impúberes. El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida a menos que sean útiles para precisar este se oponga a contestarlas. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona o especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Estas ³⁷decisiones no tendrán recursos alguno.

Se observa claramente como la ley misma impone al juez la obligación de vigilar celosamente que la recepción del testimonio se cumpla dentro del mayor rigorismo con las advertencias de sanciones penales a quien jure en falso, es decir, que no diga la verdad, exonerando de

³⁷ Nuevo código de Procedimiento Civil. p. 125.

esta responsabilidad a los impúberes por razones obvias que no necesitan mayor explicación.

4.10. PRACTICA DEL INTERROGATORIO

El art. 228 de nuestro estatuto procedimental civil fija las reglas que el juez debe seguir para que en la práctica del interrogatorio el testigo pueda expresar con toda claridad el relato de los hechos que le consten y para esto el juez debe estar presente, ya sea observando la forma como se le interroga o haciéndolo el mismo cada vez que sea necesario y evitando además que el testigo se distraiga o trate de llevar por otro conducto su testimonio así, como que se valga de notas o apuntes, los cuales de acuerdo al caso debe autorizarlo el juez.

Cuando además el juez con la potestad de sancionar al testigo que rehuse prestar el juramento o a declarar ó diere respuestas evasivas. Considero que el art. 228 es tan claro que basta leerlo para seguirlo correctamente.

4.11. TESTIMONIO FUERA DEL PROCESO

Como el testimonio debe estar rodeado de las mejores garantías procesales para su evaluación y es así como

los testimonios rendidos extraprocesalmente o fuera del proceso deberán ser ratificados por quien los rindió y mucho más si fueron recibidos sin audiencia de la contraparte. Fija además los requisitos necesarios para darle validez al testigo de abono que puedan acreditar la veracidad y buena fama del testigo fallecido, consagra la facultad de tacharlos y la oportunidad procesal para hacerlo.

4.12. CAREOS

Con el fin de que el juez pueda apreciar más a fondo la prueba testimonial dentro de la sana crítica o la libre convicción, nuestro estatuto procedimental le otorga al juez por medio del art. 230 la facultad de "ordenar cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí, y de estos con las partes, en las oportunidades indicadas en el art. 180.

4.13. LIMITACIONES DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO

Después de consagrar el testimonio como uno de los medios de prueba que mas acercan al juez a la verdad y rodearlo de ciertas formalidades y requisitos para protegerlo en su diafanidad y pureza, la ley no obstante, limita su eficacia frente a otros medios de prueba documentales cuando la misma ley exige cierta

"solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato" tal como lo consagra el art. 232 de nuestro Código de Procedimiento Civil, por ejemplo la escritura pública para comprobar la existencia del contrato de Compra-Venta de un inmueble, la que no podría cumplirse con las declaraciones de testigo.

No obstante yo diría que si bien es cierto que donde la ley exige el documento ad-solemnitatem, no puede caprichosamente suplirse, no puede deshacerse a falta de este documento por alguna circunstancia imprevista o ajena a las partes intervinientes, al suplir ese acto o contrato por medio de declaraciones de testigos que presenciaron ese acto o contrato, como suele suceder con las sociedades de hecho. De ahí que el inciso segundo del artículo citado prevea esa circunstancia y dé al juez la facultad de apreciar la falta de prueba por escrito como indicio grave, la existencia del respectivo acto.

5. EL TESTIMONIO EN NUESTRO ESTATUTO PENAL

5.1. BREVE RESEÑA HISTORICA

Ya hemos visto como es de útil el testimonio para la obtención de la verdad pero su empleo es más frecuente en materia penal que en cualquiera otra rama del derecho y esto es debido a que la mayor parte de las ocasiones es la única base de la acusación y el medio de prueba más positivo en esos casos para probar los hechos, materia de la investigación, ya que los actos delictivos no son materia de aprobación jurídica.

Naturalmente que el testimonio como medio de prueba no es cosa nueva, se remonta a los tiempos antes de Cristo, pero se ha ido desarrollando poco a poco y perfeccionando cada vez mas y enriqueciéndose cada día mas por la labor científica de historiadores y juristas.

En el segundo testamento, concretamente en las leyes de Moisés encontramos normas que le dan valor probatorio al

testimonio y lo regulan.

El Código de manú, el famoso Código Manava Dharma-Sastra en la legislación India, el Digesto Romano, la ley de las siete partidas, todos consignan normas sobre la prueba testimonial y su regulación que fueron enriquecidas con la aparición de la Psicología y aportes como los de Kant con su crítica de la razón Pura y Crítica de la Razón Práctica y muchísimos otros que sería prolijo enumerar en estos breves apuntes. Igualmente los avances científicos, los siquiátras, la tecnología, etc., han aportado al examen y evaluación del testimonio, elementos de valor incalculable.

De acuerdo a la evolución de estos principios, nuestra legislación recogió las teorías de las escuelas científicas del Derecho y las ha ido desarrollando a lo largo de nuestra legislación.

5.2. CAPACIDAD PARA RENDIR TESTIMONIO

Al respecto sostiene nuestro estatuto procesal que es capaz de rendir su testimonio ante las autoridades judiciales cuando así se le solicite todas aquellas personas salvo para quienes expresamente estén exceptuados por la misma ley.

Aceptando por lo menos que la mayoría de las personas son capaces para rendir testimonio, se ha discutido siempre la amplitud que deben tener las prohibiciones de declarar; así, se suele distinguir entre inhabilidades absolutas y relativas, dependiendo de si los motivos por los cuales se prohíbe a alguien rendir testimonio son predicables en general de cualquier actuación judicial o solo en algún proceso en especial. Se entiende que si está cobijado por una incapacidad absoluta tiene problemas en sus facultades físicas o mentales que le impiden una adecuada percepción, conservación, evocación o transmisión de los hechos; por el contrario aquel que aparece comprendido dentro de las inhabilidades relativas no presenta problemas físicos ni mentales, sino que carece de la necesaria objetividad de declarar debido a una esencial condición que posee y le hace perder la imparcialidad que legalmente le es exigida en un determinado acto o proceso del cual es predicable la inhabilidad. De esta manera mientras un demente sería inhábil absoluto o incapaz para declarar, un juez no puede ser testigo dentro de un proceso que él mismo adelanta, debido a una incapacidad o inhabilidad relativa.

5.3. TESTIMONIO DEL MENOR DE 12 AÑOS

Al respecto el artículo 282 de nuestro estatuto procesal penal sostiene que al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia.

Consideremos desde luego que para quienes son partidarios de esta incapacidad, la minoridad de una persona debe ser determinada no al momento de declarar sino en el de la percepción que es cuando se forma el juicio de valor en la mente del pequeño, de tal forma que la incapacidad se extenderá en el tiempo al momento de la percepción existía, y el simple hecho de adquirir la mayoría de edad no convierte al sujeto en capaz de declarar sobre hechos cometidos durante su niñez cuando aún estaba cobijado por esta inhabilidad.

Reconocemos igualmente que no tiene sentido juramentar a personas que no han alcanzado la edad mínima que también en forma arbitraria ha señalado el código para poderlos considerar como sujetos activos de los hechos punibles allí descritos. Ese juramento que se exige a los testigos antes de oírles en sus declaraciones tiene como única finalidad, permitir que quien mienta en la

narración que bajo juramento haga de los hechos. En consecuencia, si, los menores de doce (12) años no pueden en Colombia ser sujetos activos de delitos, ningún sentido tiene exigirles un juramento previo a su testimonio, porque si faltan a la verdad no podrán ser procesados por el delito de falso testimonio.

5.4. OBLIGACIONES DE RENDIR TESTIMONIO

En el proceso penal no existe circunstancia alguna que le permita al funcionario judicial rechazar la recepción de un testimonio; se le dan completas facultades para que lo valore. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el proceso, salvo las excepciones legales y constitucionales. Por lo tanto toda persona que se encuentre en el territorio Colombiano no es hábil para declarar en el proceso penal, sin limitaciones de ninguna clase. Y no solo es una facultad sino una obligación, salvo para quienes expresamente están exceptuados por la ley. Se considera un deber cívico, como una obligación social el informe y colaborar con la justicia para que los infractores de la ley penal sean sancionados.

No existen limitaciones por razón de la edad, sexo o la

condición social. Todos tiene la obligación de declarar ante el funcionario penal que requiere su testimonio para efectos de una investigación o para el juzgamiento.

Como ya habíamos anotado que el deber de testimoniar es parte de una obligación mucho mas general que todos los ciudadanos tenemos de prestar la ayuda que nos sea requerida por la administración de justicia el legislador siempre faculta en forma atinada a los funcionarios para obligar coercitivamente a quien se niegue a colaborar en la práctica de la prueba.

El Código de Procedimiento Penal señala una sanción para quien se niegue en colaborar en la práctica de cualquier prueba sancionándolo hasta con treinta (30) días de arresto inconvertibles, art. 258 C.P.P.

Nos parece que efectivamente los funcionarios deben procurar hacer cumplir este deber de rendir testimonio mediante la aplicación de las correspondientes sanciones, pues lo evidente que hasta el momento muchas han sido las personas que no han concurrido a rendir testimonio, pese a haberseles citado y pocas quienes han resultado efectivamente sancionadas por dicho cumplimiento.

5.5. EXCEPCIONES POR RAZON DE OFICIO O PROFESION

Se ha dicho que como la función del derecho es alcanzar la justicia y ésta, es de naturaleza social o la confianza pública, como sería la de forzar a las personas a declarar contra sí misma, contra sus parientes o a revelar secretos que les han sido confiado por razón de su profesión y oficio. Lo evidente es que como algunas actividades se desarrollan casi exclusivamente sobre el supuesto de confianza que se tiene en quien la practica, y como la función de la administración de justicia no debe cumplirse aún a costas de provocar a nivel familiar o social un perjuicio mayor del requisito para la solución del conflicto, se considera que percibirían y resultarían útiles, quienes adelantan investigaciones.

El llamado "secreto profesional" es confiado a una persona exclusivamente en atención a que desempeña una profesión que supone una relación de confianza entre quien presta su servicios y aquel que los requiera, tan evidente es ello que si no se partiera del supuesto según el cual quien desempeña el oficio o profesión va a guardar el secreto que se le confía, probablemente las personas no acudirían a ellos en su ayuda.

El art. 284 del C. de P. Penal establece las excepciones

al deber de testimoniar por razón de la profesión u oficio, y traen en su texto una salvedad y es cuando se trata de evitar la consumación de un delito futuro.

5.6. CITACION DE LOS TESTIGOS

Cuando la declaración de los testigos se decreta de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario lo citará mediante telegrama y si en la sede del despacho existe servicio de marconigrama, en caso contrario se procede a citarlos mediante boleta de citación, es importante hacer la advertencia al citado sobre las consecuencias que acarrea la renuencia a la citación.

Cuando el testigo fuera dependiente de otra persona, se enviará telegrama o boleta de citación, según el caso, al empleador o superior para los efectos del permiso que se le deba darle, igualmente deber hacerse las prevenciones legales, es decir sancionando a los empleados que impidan o obstaculicen la comparencia al citado al juzgado que libró la orden, puede ser de tipo pecuniario.

De todas formas lo que interesa a la administración de justicia es la asistencia de la persona que una u otra

forma debe colaborar en cualquier actuación judicial y para esto se puede usar cualquier medio expedito para llevar la noticia al citado.

5.7. OTRAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA RECEPCION DEL TESTIMONIO EN NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

A partir del artículo 242 del C.F.P. hasta el artículo 260 ibidem, nuestro C. de P.P. fija muy claramente los requisitos para recibir testimonios a personas en su domicilio, a ciertas personas como el Presidente de la República, Ministros del Despacho, Senadores y Representantes, mientras gocen de la inmunidad, designado, procurador General, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Concejeros de Estado, Fiscales del mismo, Magistrados de los Tribunales Superiores y Contencioso, Administrativos y sus Fiscales, Gobernadores y Secretarios, Intendentes y Comisarios, Generales en servicio, Arzobispo y Obispos, Provisores y dignidades del Cabildo Eclesiástico, Agentes Diplomáticos y Consulares de Colombia en el Exterior, los jueces quienes no están obligados a comparecer en el despacho del juez, sino que rendirán su testimonio por medio de certificación jurada, teniendo en cuenta la calidad de su investidura.

Igualmente fija el procedimiento a seguir cuando se

trata de Agentes Diplomáticos de nación extranjera, de personas a su cargo o familia. Así mismo, si se trata de personas en el exterior o que el testimonio se rinda ante autoridad extranjera, nuestro estatuto procedimental penal fija las formalidades para que dichos testimonios tengan la validez procesal que regula el interrogatorio por parte del juez, dice quienes pueden contra-interrogar al testigo, bajo que formalidades, con la advertencia de que se incurre en nulidad si no se observa cuidadosamente el procedimiento prefijado.

Se imponen además sanciones al testigo que no rinda la declaración solicitada sin motivo que la justifique, con penas de arresto que impodrá el juez o funcionario respectivo, previo el lleno de los requisitos exigidos para estos casos.

De la sola lectura de cada uno de estos artículos se deduce el celo con que el legislador ha querido preservar la integridad del testimonio como medio de prueba y considero que no necesita ningún comentario adicional dada la claridad de las normas legales.

CONCLUSIONES

Después de un estudio y análisis del testimonio como medio de prueba a través de la historia y de algunas legislaciones podemos llegar a la conclusión que el testimonio como medio de prueba adolece de muchas fallas, a pesar de los métodos que se han venido empleando para perfeccionar su recepción y validez dada la multiplicidad de factores que influyen, tenido en cuenta la condición del ser humano.

No obstante es imposible prescindir de el como uno de los medios probatorios especialmente en materia penal. Nacionalmente que se requiere un especial cuidado y habilidad del juzgador para lograr su eficacia.

Si el juez posee los suficientes conocimientos científicos y la ley le facilita los medios para corroborar técnica y científicamente la verdad, la objetividad del testimonio o relación con los hechos, materia de investigación, encontraremos que la justicia

brillará con mayor claridad.

El testimonio como medio de prueba requiere ser sometido a una crítica minuciosa, de allí la forma como nuestro estatuto procedimental consagra reglas que aseguran la veracidad de los testigos, estableciendo incapacidades de orden físico, mental y moral, fijando hechos que hacen sospechosas las declaraciones y estableciendo requisitos para su recepción como también reglamentando la comparecencia de los declarantes. Todas estas reglas son de importancia fundamental, puesto que la omisión de alguna de ella les quita veracidad al testimonio.

Y en lo que se relaciona con su valor probatorio en las legislaciones que consagra la tarifa legal de pruebas, señala normas de indispensable cumplimiento para el fallador.

Ya ha aceptado la Corte que además de los requisitos que se indican como fundamentales para la veracidad del testimonio, existe otro de no menor significación e importancia y que consiste en la exigencia de que los deponentes expongan la razón y fundamentos de sus afirmaciones. Estas razones consisten en la opinión unánime y autorizada de los más ilustres tratadistas de pruebas judiciales en la enumeración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de los

cuales se llevó a cabo la observación de los hechos, puesto que sólo de este modo puede creerse en un conocimiento completo por parte del testigo, determinar los errores en que pudo incurrir o desviaciones de la voluntad y de la imaginación que son las facultades que se ponen en juego cuando el testigo hace una relación falsa de los hechos.

No debe olvidarse que los fenómenos de percepción, aprehensión y relación cuyo conjunto constituye el acto cognoscitivo pueden estar expuestos a múltiples desviaciones; y es por esto que el examen del testimonio exige un escrupuloso confrontamiento de las condiciones en que pudo realizarse por parte de los deponentes, para determinar si ese acto cognoscitivo pudo realizarse en condiciones normales y aceptar su veracidad; o, por el contrario, si el conocimiento fue imposible porque no eran favorables las circunstancias para que se llevara a cabo la observación de los hechos y rechazar las afirmaciones de los declarantes.

En reiteradas ocasiones la Corte ha asentado doctrinas de la mayor importancia en relación con el criterio para la estimación de la prueba testimonial, mediante análisis muy completos llevados de acuerdo con los principios de la ciencia de las pruebas.

De todas ellas se desprende que por ser el testimonio un medio probatorio fundamental se hace indispensable tomar todas las precauciones para su estimación, teniendo en cuenta que la ausencia de uno o algunos de los requisitos de fondo le quitan todo valor probatorio; que éste sea responsivo, porque si este requisito se omite no se tendría una versión auténtica de la exposición testimonial; que sea exacto porque si se omiten detalles, condiciones y circunstancias de significación, no se obtiene versiones rotundas y categóricas sobre los hechos, que sea completo, en el sentido que haya una concatenación lógica entre esos mismos detalles, condiciones y circunstancias, porque de lo contrario, el acto de conocimiento y de recuerdo estarían seriamente afectados con perjuicios de las mismas exposiciones de los testigos. Y, por último que esto se exponga, además las razones y fundamentos de sus afirmaciones, en cuanto al modo, tiempo y lugar, puesto que sin este requisito sería completamente imposible para el fallador proceder a una estimación acertada del testimonio.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Enrico. Sicología Judicial. Volumen II, Editorial Temis.
- CARDOZO ISAZA, Jorge. Pruebas Judiciales. Editorial ABC.
- CARNELUTI, Francisco. La prueba Civil. ediciones Arayu.
- CASTEBLANCO DE CASTRO, Beatriz. Código de Procedimiento Civil. Décima tercera edición. Bogotá, editorial Publicitaria. 1990.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio Derecho Procesal. Bogotá, Temis, 1979.
- ESCUELA JUDICIAL. Rodrigo Lara Bonilla. Técnica Probatoria. Serial Editora.
- GORPHE, Francisco. De la Apreciación de las Pruebas. Buenos Aires, Mundo editores, 1982.
- INCONTEC. Normas colombianas para la presentación de tesis de grado. Instituto Colombiano de Normas Técnicas, Santa Fé de Bogotá, 1987.
-La Crítica del Testimonio. 5a. ed. Buenos Aires, Reus, 1971.
- NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. El Testimonio como medio de Prueba. Bogotá, Librería Profesional, 1978.
- PARRA Q., Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional.
- RODRIGUEZ, Gustavo. Pruebas Penales Colombianas. Bogotá, Temis, 1977.