



ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

**DENIS SOFIA SARMIENTO DE LA HOZ
RUBY DEL ROSARIO GARCIA POTES
GUSTAVO RODRIGUEZ CORDOBA**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA**

1995

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla,

DEDICATORIA

A mis PADRES por el apoyo que me brindaron durante mi carrera, a ellos les debo lo que hoy soy.

A mi hija por haberme acompañado en los momentos más difíciles de mi carrera.

A DIOS, porque me dio fortaleza para seguir adelante.

DENIS SARMIENTO

DEDICATORIA

A nuestros padres por el apoyo moral y económico que nos brindaron, a ellos les debemos este triunfo.

A nuestros hermanos porque nos guiaron y colaboraron de una u otra forma.

A DIOS, porque nos infundió fe para seguir adelante.

RUBY y GUSTAVO

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. TESTIGO Y TESTIMONIO	3
1.1. REVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO	6
1.1.1. Etapas de la presunción de veracidad	6
1.1.2. Etapa de la desconfianza	7
1.1.3. Etapa de la crítica científica	8
1.2. CONSIDERACION HISTORICAS	9
1.3. ANTIGÜEDAD Y EVOLUCION DEL TESTIMONIO COMO PRUEBA	10
1.3.1. Los libros sagrados y las leyes	10
1.3.2. El código babilónico de Hammurabi	11
1.3.3. El código de manú y el testimonio	11
1.3.4. El digesto de los romanos	14
1.3.5. Las siete partidas, el duelo y el tormento	14
1.3.6. Anticiopaciones científicas de las siete partidas	17
1.3.7. Formas modernas del tormento	18
1.4. LA TECNICA GENERAL DE LA CRITICA DEL TESTI-MONIO	20

1.5. ANALISIS TESTIMONIAL	23
1.5.1. Elementos del testimonio	23
1.5.2. Clases de testigos y de testimonio	26
1.5.3. Capacidad para testimoniar	28
1.5.4. Obligaciones de testificar	29
1.5.5. Fueros al deber de testimoniar	29
1.5.6. Dispensa al deber de testimoniar	32
1.5.7. Obligatoriedad del juramento	33
1.5.8. Oralidad del testimonio	33
1.5.9. El interrogatorio	35
1.5.10. Indagación sobre el testigo	37
1.5.11. El examen mental	38
1.5.12. Test psicológicos	39
1.5.13. Aparatos utilizados modernamente en el diagnóstico	40
1.5.14. Pruebas de asociaciones	42
1.5.15. El método de conjunto en la sicotécnica judicial	43
2. EL VALOR DEL TESTIGO	45
2.1. LA MORALIDAD	45
2.2. LA CAPACIDAD INTELECTUAL	46
2.2.1. Testimonio de los niños	48
2.2.2. Los ancianos	49
2.3. LAS DISPOSICIONES AFECTIVAS	51
2.3.1. El interés	52
2.3.2. Las pasiones	52
2.3.2. La simpatía o la antipatía	53

2.4.	EL ESTADO SIQUICO	55
2.4.1.	Los retrasados: los débiles mentales	55
2.4.2.	Los alienados	56
2.4.3.	Los epilépticos	57
2.4.4.	Los polineuréticos	57
3.	LOS TESTIGOS Y LA APLICACION DE LA PRUEBA INDUCIARIA	58
4.	QUE SE ENTIENDE POR TESTIMONIO JUDICIAL?	67
4.1.	OBJETO DEL TESTIMONIO DE TERCEROS	68
4.2.	EL TESTIMONIO TECNICO	70
4.3.	TESTIMONIO DE TERCEROS Y CONFESION	75
5.	NATURALEZA JURIDICA DEL TESTIMONIO	76
6.	CONCLUSIONES	82

INTRODUCCION

El presente trabajo constituye una ordenada y progresiva revisión de algunos conceptos básicos y nociones esenciales acerca del testimonio como medio de prueba.

Hemos ponderado lo que en nuestro concepto así lo merece y emitidos juicios contrarios a lo que nos ha parecido que no está acorde.

El tema es amplio y complejo. Mucho se ha escrito y se ha dicho referente a éste instrumento probatorio. Nos limitamos reverencialmente a transcribir formulaciones ajenas, cada vez que consideramos necesario apelar a citas obligadas. Nuestra intención ha sido la de ilustrar nuestras propias aseveraciones.

Con sentido práctico y espíritu de síntesis creemos haber logrado el objetivo de presentar con sencillez y claridad una selección de temas que no pueden ser ignorados por la importancia que revisten.

La objetiva e incuestionable situación que existe entre el deponente y su declaración, nos situamos frente al primer enigma. El testimonio es un acto humano y por lo tanto, está impregnado de la misma complejidad que caracteriza a la naturaleza humana. Es decir, el estudio del testimonio no podrá desligarse del estudio de quien lo rinde.

La evaluación judicial del testimonio demanda especiales conocimientos y deberá siempre estar revestida de un carácter inminentemente científico. Las disciplinas que se ocupan de explicar todas las reacciones de esa compleja estructura que es el hombre, son elementos necesarios en la valorización judicial del testimonio.

La evaluación histórica de esta prueba, que en nuestro concepto ha atravesado tres grandes etapas desde sus antiguos orígenes hasta nuestros días, nos está mostrando su importancia y la influencia que los conocimientos acumulados por el hombre ha ejercido. El avance de las instituciones jurídicas y la positiva evolución de la función judicial exigen un examen del testimonio, cada vez más científicos. La razón y la lógica son la tendencia en los tiempos modernos.

1. TESTIGO Y TESTIMONIO

En un sentido general, el testimonio es la persona física que con el propósito de contribuir al esclarecimiento de la verdad refiere, de mutuo propio o a instancia de la autoridad, los datos y circunstancias de que tiene conocimiento directo o indirecto, relacionado con los hechos que interesan al proceso.

El testigo es, pues, la persona sico-física del declarante o dicho en otros términos, el órgano de la prueba. Es tanto que el testimonio en sí es la declaración o deposición que hace el testigo, o sea el elemento o medio tiempo y lugar que encierra o contiene la declaración, forma el objeto de la prueba, o tema por probar.

Lo anterior significa que existe una objetiva relación entre el testigo y el testimonio que rinde. Es un hecho humano o mejor un acto humano que como es lógico está rodeado de gran complejidad para su examen. Puesto que bien se ha dicho que no existe naturaleza más compleja que

la naturaleza humana. Francisco Gorphe afirma:

Que de comparar el testimonio a una máquina perfeccionada que fabrica delicados productos. El valor de los productos dependerá de tres factores: El estado de funcionamiento del aparato, la calidad de la materia prima que se emplea y las condiciones en que el trabajo haya sido efectuado(1).

O sea que el análisis de los tres factores depende del valor del testimonio.

- De las aptitudes del sujeto u órgano de la prueba o (persona físico-síquica del testigo), en cuanto a su moralidad, afectividad, capacidad intelectual, física, etc.

- De las propiedades del objeto (o material de la declaración según los datos que suministre.

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

¹ GORPHE, Francois. Crítica del testimonio. p. 100

Las técnicas en la obtención del testimonio y para su diagnóstico, los modernos sistemas y los sofisticados métodos del mundo contemporáneo, confirman, además, que los testigos siguen siendo "Los ojos y oídos de la justicia".

Igualmente confió haber dejado sentado en forma precisa que es equivocado tratar al presente con inaceptable desprecio del pasado. Las instituciones procesales que hoy tienen vigencia, sin duda, siguen conservando sus puntos de partida en los primeros estadios de la humanidad, y el recuerdo de viejas codificaciones que hemos incluido en este trabajo, lo están confirmando no sólo en todo lo que tiene de vigorizante y positivo, sino en lo poco o nada edificante. Existe forma de obtener el testimonio que remontan sus orígenes a la barbarie, que en el medioevo tuvieron esplendor con las formas del tormento y los martirios, que aún en nuestros días afloran como resistida a su sepultura histórica.

Dejo entonces, a vuestra consideración el contenido de las siguientes páginas y me reafirmo en los juicios emitidos, con sentido crítico, acerca del testimonio.

Estas proposiciones nos llevan a afirmar el carácter eminentemente científico que reviste el estudio del

testimonio. Su análisis exige conocimiento de sicología, lógica, teoría del conocimiento y medicina forense.

1.1. REVOLUCION HISTORICA DEL TESTIMONIO

Como medio de prueba judicial, el testimonio ha recibido los más exagerados elogios y los más implacables cuestionamientos. A él le han atribuido los más grandes errores de la justicia y los más elogiosos aciertos. Puede afirmarse que su consideración ha evolucionado en tres grandes etapas.

1.1.1. Etapas de la presunción de veracidad. Corresponde a la más antigua, allí recibió una gran admisibilidad probatoria, dado que se le atribuyó una excepcional confianza.

Aún en tiempos relativamente modernos se dice que: "Los dos testigos son los ojos y los oídos de la justicia"².

A partir de la veracidad humana presunta y del carácter sagrado de la palabra de los hombres se le otorgó al testimonio sumo poder. Se fundamentó al testimonio sumo

² BENTHAM, Jeremías. Tratado. Tomo II. p. 93

poder. Se fundamentó al testimonio para su valorización en las condiciones morales del testigo, y a su turno, se derivó de la clase social a que pertenecía.

Los títulos nobiliarios, ciertas profesiones, ciertas religiones predeterminaban esa presunción y por esa vía se le daba plena validez al testimonio que emanaba y que reuniera esas cualidades. Vale decir, que antes de una evaluación racional y lógica se le daba una connotación empírica.

1.1.2. Etapa de la desconfianza. Corresponde a las grandes monarquías o imperios. En esta etapa, de una prueba que era considerada como preferencia y sobre estima en el proceso penal y civil, se pasó cuando advirtieron sus riesgos al extremo de considerarla con la más intransigente desconfianza. Se dijo, entonces que el hombre mentiroso por naturaleza, que la presunción que debía operarse no era de veracidad sino de falsedad, que el interés, las pasiones y la cambiante moralidad le dan al hombre una innata falsía.

Este cambio de postura guardó como es lógico relación con los cambios económicos-sociales, que incidieron en el campo judicial limitando las facultades evaluadoras de los juzgadores. Entró en auge el sistema tarifado. Se perdió

la confianza al testigo "vivo", representaciones gráficas de origen popular para designar al hombre y a la prueba documental respectiva.

1.1.3. Etapa de la crítica científica. Sobrevino entonces, la actual etapa representada en el examen ponderosamente científico al testimonio. Se orienta la evaluación del testimonio por la senda de la razón y la sana lógica como tendencia preponderante en los tiempos contemporáneos.

Los avances de la ciencia en los distintos campos le dieron este nuevo enfoque al examen del testimonio como medio de prueba.

Los logros de la psicología experimental, el nacimiento de la lógica aplicada al campo judicial, le dieron una nueva perspectiva, se impuso la sana crítica y empezaron a regir las facultades inquisitivas del juzgador. La consideración y valorización del testimonio ya no depende de elementos empíricos sino de auscultaciones científicas. El análisis del sujeto, del objeto y de la relación entre estos son las preocupaciones cardinales. El testimonio no es ni bueno ni malo en sí mismo considerado, todo depende de los resultados del análisis a que se le someta, de su crítica. El avance y la renovación permanente de la ciencia conlleva a aceptar como cierta la afirmación de GORPHE, que:

"El testimonio es tan viejo como la humanidad misma la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX y no ha acabado de nacer"³.

1.2. CONSIDERACIONES HISTORICAS

No es extraño históricamente encontrarse la prueba de testigos regulada desde tiempos remotos, valorada en los textos más antiguos lo mismo en Egipto, que en la India o en el Código de Manu, donde aparecen claras referencias a este probatorio, en veces con instituciones psicológicas interesantes y que merecen válidamente ser tenida en cuenta aún en nuestros días.

Por lo que respecta a Palestina, se encuentran sus noticias en la Biblia donde se condena expresamente el falso testimonio y se niega que la declaración de un solo testigo sea suficiente para condenar.

En Palestina al falso testigo se castiga con la misma pena a que hubiese sido castigado el acusado, si la acusación hubiese sido verdadera.

³GORPHE, Op. cit. p. 11

1.3. ANTIGÜEDAD Y EVOLUCION DEL TESTIMONIO COMO PRUEBA

1.3.1. Los libros sagrados y las leyes. Como documentos que nos son útiles para medir el grado de civilización o cultura alcanzada por los hombres en determinado momento, ante todo sus Códigos y Leyes por ser estas indicativos precisos de su grado de desarrollo social, ellos muestran la importancia y utilidad, o el concepto moral que una raza o nación le haya atribuido en cada época a nuestro objeto de examen. La crítica de la historia del testimonio desde la más remota antigüedad hasta la fecha, no obstante los esfuerzos de dos grandes disciplinas científicas en los últimos siglos, la lógica racional de la prueba testimonial que inició Bentham y reafirmó Mittermaier y la escuela científica posterior de Binet, Stern y Claparede ha demostrado que "los Jueces siguen abandonados a sus propios medios frente al Testigo"⁴.

Según reiterada expresión de que se vale Francisco Gorphe para indicar el predominio el empirismo y de la ausencia de comprobación científica de la verdad o de la falsedad del testimonio.

⁴ GORPHE, Francois. Crítica del testimonio. Traducción al castellano sin nombre autorizado. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. CLXIX. Madrid: Reus.

1.3.2. El código babilónico de Hammurabi. El antiguo código de Hammurabi o Yammurabi, ilustrado y esplendido rey de Babilonnia del siglo XXI antes de Cristo, que además de las leyes penales y de Derecho Público reguló ampliamente materia civil en casi los mismos temas generales que siglos después el SIGESTO ROMANO, ya preveía la forma solemne para la prueba del matrimonio y tuvo en alta estimación la seriedad del testimonio oral.

Sin contrato escrito ningún matrimonio tiene valor legal. Si en un proceso alguien rinde testimonio sin probar lo que dice, siempre que se trate de una causa capital, es digno de muerte. Y si rinde testimonio por trigo o dinero, sufrirá la condena del respectivo proceso.(5)

1.3.3. El código de manú y el testimonio. Desde la remota época de la ley de Manú, de antigüedad discutida en la historia de la India (se discute si el código de Manú nombre del místico autor del libro de leyes más famoso de la antigua India, el código llamado Manava Dhama Satra, escrito en San Cristo, corresponde a un legislador de los siglos XIV, XV, XII o a uno del siglo V antes de Jesucristo. Ninguna de esas fechas parece ser la del

⁵ Este famoso y legendario documento fue traducido al castellano en 1966 por el profesor Alfonso Reyes en la Universidad externa de Colombia, valiéndose de la versión Francesa del Padre Acheil, de la iglesia de JHONS, y de las Italianas de MANZINI y otros, dice el profesor Reyes en la introducción al código.

legendario Manú de quien la historia hace una leyenda de mitología), la experiencia de ese pueblo formuló impedimentos para aceptar el testimonio de amigos, criados, locos, gente de mala reputación en general.

"...ni de los que están dominados por el interés pecuniario o porque desvían o disimulan la verdad".

El libro VII del Código de Manú regula por el tema, su empirismo y observaciones prácticas son relativamente avanzadas, menos desde luego, en cuanto al atrasado concepto de la mujer en sociedad, en familia y en justicia, lo cual era propio de esa época.

Respecto a las pruebas decía entre otras previsiones:

Si un deudor niega la deuda, pero resulta probada, el rey le obligará a pagar, más una multa proporcionada a sus medios, pero llevado ante los Tribunales de Justicia, el demandante debe indicar el lugar en donde el préstamo, o dar otra clase de pruebas. El que designa un lugar falso, o después de haberlo designado se retracta, el que contradice en sus declaraciones, el que no quiere contestar legalmente a las preguntas que se le dirigen, el que no prueba lo que ha dicho y el que habla con los testigos en lugares impropios, todos ellos pierden sus procesos.

Debe declararse nulo un testimonio dado por error, temor, amistad, cariño, cólera, ignorancia, etc.

Cuando en un proceso no se presentan testimonios el Juez tratará de descubrir la verdad mediante el juramento. Los juramentos han sido presentados por los grandes sabios y por los dioses para esclarecer los casos dudosos.(6)

A las mujeres, no se les admitía testimonio, aún siendo varias y honestas, "a causa de la movilidad de su espíritu" (VIII, 7).

Siglos después de la edad media canónigo mantenía este mismo concepto de los antiguos Vedas, sobre el testimonio de la mujer; Quia varium et mutabile testimonium semper fasmina producit, según cuenta LESSONA, libro V, página 193.

LA LEGISLACION HEBREA Y LA LEY DEL TALION

Entre los libros que forman el antiguo testamento de la Biblia las leyes que Moisés dio al pueblo hebreo contienen disposiciones que dan paso, tasa y medida al valor probatorio del testimonio, y a más severas sanciones penales al testigo "malo", que referiremos más adelante, pero, que citamos como antecedentes que se mantienen todavía en nuestro tiempo.

⁶ ROCHA, Antonio. De la prueba en derecho. La civilización y la psicología experimental.

Dice el Deutoronomio:

"Un solo testigo no vale contra uno en cualquier delito o en cualquier pecado, cualquiera que sea el pecado. En la palabra de dos o tres testigos se apoyará la sentencia Deutoronomio 19-15.

1.3.4. El digesto de los romanos. A pesar de ser la recopilación legal y conceptual más sabia y admirable que registra la jurisprudencia del mundo, no hay todavía fundamentos para hacer del testimonio un estudio o análisis sicológico, experimental y clínico, pues apenas aparecen fragmentos aislados y ante todo las leyes 4 y 9, de Testibus, tachan al testimonio de parientes en línea recta, al insano; al furioso y a los demandantes, a los condenados en juicio público, a los apóstatas etc. También se ocupan de la superioridad de la prueba escrita sobre la oral aunque acierto en discutido entre los intérpretes, y de los otros temas como el onus probandi, con los cuales el fecundo derecho romano aporta aspectos más que empíricos de psicología experimental.

1.3.5. Las siete partidas, el duelo y el tormento. Las leyes de las Siete Partidas corresponden a la Edad Media, muy avanzada ya: año 1283. Al referirse a los medios de prueba se ocupa de "la lid de caballeros o de peones que

se face en razón de pleito (duelo) o de otra manera", pero no para incluirla entre las pruebas de verdad como sería el Testimonio, la confesión, la vista juzgador, la presunción o gran sospecha y las cartas hechas por mano de escribano público o de otra persona, "que le haga creíble o valedera", sino para desecharla, pues si la fama pública y las leyes no lo tuvieron en cuenta por derecha prueba". Atestación que amerita altamente el famoso documento de 282.

El duelo es regulado por la ley de partidas, pero no como preuba sino como manera de aminorarlo, siendo entonces imposible reconocerlo y menos prohibirlo, por ser la costumbre. El famoso diccionario Jurídico de Estriche dice al respecto:

El duelo manifestativo de la verdad se verifica cuando uno que se ve ofendido en su honor, no teniendo testigos ni otra manifestación de su inocencia, recurre al medio de desafiar a su adversario en la confianza de que la victoria será el mejor testimonio de la verdad.(7)

La ley de las partidas no actuó con la misma prudencia al autorizar otra costumbre imperante: El tormento. En ciertas circunstancias aplicando a los testigos y al

⁷ Ley II Título XXX. Partida Séptima.

acusado para provocar en éste la confesión y en aquellos la verdad que en el caso se necesitara. El tormento o suplicio se aplica a falta de plena prueba, cuando apenas hubiera resultado sospecha de culpabilidad.

El texto de la ley I, título XXX, partida 7a. decía:

Tormento, es una manera de prueba que hallaron los armadores de la justicia para escudriñar y saber la verdad por el de los malos hechos que se hacen encubiertamente, que no pueden ser sabidos ni probados de otra manera; y tienen muy gran Pro para cumplirse la justicia. Pues por los tormentos saben los juzgadores muchas veces la verdad de los malos hechos encubiertos, que se podrían saber guisa. Y como quiera que la manera de los tormentos son muchos pero las principales son dos: la una se hace con heridas de azotes; la otra colgando al hombre que quieran atormentar de los brazos y cargando las espaldas y las piernas de lorigas de otra cosa pesada.(8)

La ley III, ibidem, expresa cómo puede el Juez mandar a atormentar testigos cuando "viere que va desvariando en sus dichos y que se mueve maliciosamente para decir mentira". La fórmula que le anunciaba a la víctima el tormento era, sin embargo, tranquilizadora, pues se le garantizaba ni hacerle nada desagradable sino con derecho.

⁸ Algunos legisladores Griegos fueron partidarios del tormento con igual finalidad, Isócratas y Demóstenes decían "nada más seguro que el tormento para saber la verdad. p. 72

1.3.6. Anticipaciones científicas de las siete partidas. Como queriendo el error histórico del tormento la reglamentación de los detalles en materia de prueba testificar, revelar una avanzada observación psicológica exigida al Juez frente al testigo. Algunas aún subsisten y otras, en cuanto al testimonio de la mujer, implican una anticipación de siglos. La mujer de buena reputación puede ser testigo en todo pleito expresaba la ley XVII, el Juez puede volver a llamar al testigo o permitirle sus respuestas "si hallara alguna palabra dudosa o encubierta en lo dicho", según la Ley XXX, también toma forma el principio de la contradicción y el traslado a la contraparte y lo hace obligatorio en todo de prueba. Además estatuye:

El testimonio no puede recaer sobre sutiles cuestiones o argumentos de filosofía, porque contiendas como esas no se han de librar por fuera sino por el juicio de aquellos maestros que trabajan por su saber y departir sobre las cosas.(9).

Muestra esta referencia histórica pautas acerca del cómo, cuándo y otras formalidades en las recepciones del testimonio.

⁹Partida tercera. Título XIV, de la Ley sexta .

Cada testigo se ha de examinar de por sí, secreta y apartadamente, sin que ninguna persona oiga, ni los demás testigos pueden saber lo que dijo. Y luego se le pregunte, el que lo ha de mirar a la cara y mirándole a ella, oírle lo que dice y responde; y respondiendo volvérselo a referir para que entienda si se ha entendido, y diciendo que sí, lo ha de escribir y escrito, volvérselo a leer y sentar como se leyó, y lo ha de firmar el testigo, si supiere.(10).

1.3.7. Formas modernas del tormento. Indudablemente, que numerosas codificaciones antiguas y especialmente las siete partidas constituyen al punto de partida de instituciones procesales que aún conservan su vigencia. En ese mismo orden de ideas tampoco sería justo dejar de relieves que muchos de los procedimientos medievales de tormento para obtener la confesión del acusado o la verdad del delito que referenciamos antes, tienen vigencia aún en nuestros días, especialmente, referidos al testigo o sindicados políticos. Permanentemente se escuchan denuncias al respecto. Especialmente en los países donde imperan regímenes dictatoriales o militares.

Prestigiosas organizaciones internacionales dan cuenta de la práctica de sofisticadas formas del mal tratamiento y torturas contra las personas puestas presas, en países

¹⁰Ibid.

como Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Paraguay. En Colombia en distintas épocas se han implementado dichas prácticas y recientemente se hicieron públicos denuncios de numerosas personas a las que se les hizo víctimas de torturas encaminadas a descubrir hechos investigados, particularmente atribuidos a autoridades militares.

En oportunidad reciente el Honorable Tribunal Superior de Bogotá sentaba jurisprudencia declarando sin ninguna validez los interrogatorios practicados por la policía judicial sin la asistencia del abogado, del capturado o sindicado, dadas las reiteradas denuncias ciudadanas por mal tratamiento y torturas que eran sometidos. El parlamento y todos los medios de opinión han sido campo de encendidos debates por este tipo de próceres bárbaros e inhumanos, y se han presentado pruebas de personas muertas, víctimas de las modernas formas de torturas y tormentos, personas lisiadas por las mismas causas.

La técnica sofisticada elaboradas por el interrogatorio de guerra, que se ha practicado en varios lugares del mundo, con macabros resultados que ha hecho su ingreso por la puerta trasera en nuestro país, para desventura de los derechos y garantías procesales, que deben ser tenidos como logros indesquiciables de la civilización de nuestro tiempo.

1.4. LA TECNICA GENERAL DE LA CRITICA DEL TESTIMONIO

Siempre el hombre ha realizado esfuerzos para tratar de descartar del proceso civil o del penal ciertos tipos de testimonios provenientes de testigos carentes de credibilidad o sinceridad.

Se reconocen en el libro de la Ley o Código de Manú, perteneciente a los pueblos de la India y que todavía en ciertos lugares mantienen vigencia, como la más antigua prescripción en tal sentido. En esa legislación no se admite como testigos ni a los amigos, ni a locos, ni a los criados, ni a los condenados, ni a los que están dominados por un interés pecuniario o excedidos de fatiga o apasionamiento por el amor. (Ley 67, libro VII).

La ley romana ha quedado expuesta, rechazaba a los parientes en línea directa, al insnus, al furious, al monte captus, salvo en materia criminal al impuber así como al pródigo. Pero es al derecho Canónico al que se le atribuye la iniciativa de haber organizado el sistema de tachas o recusaciones de manera amplia. Los testigos eran discutivos por orden de preferencia: El testigo de cierta edad era preferido al joven, el rico al pobre, el testigo de vista de oída. Y en el Derecho Francés, en el siglo VII se estableció un sistema de recusaciones de gran multitud.

Más tarde la Ordenanza de 1667 admitió las recusaciones en número ilimitado, a condición de que fuesen circunstanciadas y pertinente. En el Derecho Vigente Francés, el sistema de recusaciones y exclusiones ha sobrevivido, aunque el régimen de pruebas legales al que pertenecía haya sido abolido o reemplazado en materia penal. Algunas personas condenadas a degradación civil, o a interdicción de los Derechos políticos, civiles o de familiares (artículo 42 del Código Penal), son consideradas indignas o están excluidas del derecho testimonial en justicia, como no sea hacer simple manifestaciones: como si testimoniar en justicia fuese el ejercicio de una prerrogativa y no un deber. Se olvidan estas legislaciones que testimoniar no es un derecho a ejercer sino una obligación ciudadana. Es decir, bajo el rótulo de castigar se cree por persona la exoneración de un deber impostergradable e indelegable de establecer la verdad. Por otra parte, los niños menores de 15 años, pueden ser escuchados sin que sea necesario la prestación del juramento bajo una simple forma o declaración. Se ha dicho sin que se pueda desechar fácilmente este punto de vista, que todo tipo de limitación a la facultad de testimoniar atenta contra la libre convicción del juzgar. El debe en última apreciar libremente el valor del testimonio y sopesar las cualidades del testigo para ello. No se debe impedir que el juzgador tenga oportunidad de

medir la credibilidad del testigo, su sinceridad mediante la imposición de categorías puramente formales.

Nuestra legislación procedimental no se aparta de aquellas que frente a determinadas circunstancias que rodean al testimonio o a su portador, el juzgador es convidado a desecharlo. El artículo 270 del C.P.C. reglamenta el caso de recusación del testigo calificado (Perito).

Desde un ángulo general, podemos afirmar que en las diversas legislaciones del mundo civilizado aparece una variedad de sistemas de exclusiones y de recusación de los testigos. Sin embargo, el mundo legal permanece todavía lejos de la posibilidad de agotar la infinita complejidad de la vida y los malos testigos continúan pasando a través de las mallas pretendidas por los conceptos legales.

La ciencia del testimonio, es todavía reciente y en muchas para el legislador tiende a mantener adverso a seguir por las nuevas vías. De un lado, avanza la ciencia, la psicología, la lógica y cada día surgen métodos cargados de sensatez y razón. Pero la evolución de las costumbres es incontenible, y los hombres puestos ante la Justicia muchas veces, bajo los embates de condiciones abrumadoras para su existencia desarrolla su astucia e ingenio.

Bueno sería que los juzgadores como humanos que son, también tenga una amplia franja de movilidad conceptual para valorar y apreciar las disposiciones que ante él se rinde. Ante esta realidad elocuente, es creciente la aceptación hacia formas de libre valorización cada vez más amplias. Existen legislaciones que así lo han entendido, en Rusia por ejemplo, se recomienda simplemente al tribunal, mencionar en sus fallos los motivos que lo han determinado a recoger los testimonios o el por qué ha dado a uno de ellos preferencia sobre los demás. En Francia, se sigue el sistema de la íntima convicción del juez, limitado por la reglamentación de las exclusiones y recusaciones; la recusación de un testigo sospechoso tiene que ser motivada, e incluso está prohibida insertar en un fallo una frase de reprobación para un testigo.

1.5. ANALISIS TESTIMONIAL

La cuestión capital para la práctica judicial es diagnosticar los errores que se ocultan bajo la apariencia de verdad en los testimonios.

1.5.1. Elementos del testimonio. La doctrina tradicional le ha enseñado determinados elementos al testimonio. De acuerdo con ella, podemos definirlo así:

- Es una declaración verbal libre.
- Hecha por persona física.
- Que no tiene interés personal en el proceso.
- Ante el funcionamiento respectivo y con las formalidades legales.
- Sobre hechos pasados que interesan a la investigación.
- Que ha conocido casualmente por percepción directa.
- Declaración verbal libre. En sentido general, el testimonio es la narración y descripción que un sujeto denominado testigo, hace de hechos y circunstancias que presenci6, ante el funcionario, reconstruyéndolos mediante palabras. Por medio de palabras hace una representación de los hechos que conoce. Por eso se le llama medio probatorio representativo. Esa exposición debe ser oral, carácter que se desprende de los artículos 150, 293 del código del procedimiento penal.

Que la declaración verbal sea libre, significa que debe hacerse sin coacción alguna.

Hecha por persona física. El testigo debe ser una persona física o sea, que quedan excluidas las personas jurídicas, lo cual se corrige de lo expresado por el artículo 285

ibidem, sobre la capacidad del testigo.

- Que no tiene interés personal en el proceso. Es el factor denominado extrañeidad, con el cual se quiere significar que es tercera persona no incluida dentro de las que pueden intervenir en el proceso (las partes), ni los familiares de estas. Pero este es un concepto civilista tradicional, que en lo penal rechaza la doctrina moderna.

- Ante funcionario competente y con las formalidades legales. Es el elemento procesal denominado judicialidad. Sin este requisito es inexistente, o está viciado de nulidad, según el caso.

- Sobre hechos pasados. El testimonio debe versar sobre los hechos pasados que interesan al proceso, con fines de prueba.

- Que ha conocido casualmente y por percepción directa. Este elemento notifica la testigo, por excelencia, al infacto. Esa era la concepción tradicional del testigo, hoy inaceptable en materia penal, para lo cual es igualmente admisible al testigo indirecto, el ante factum, el post factum y el de oídas, ya que el sistema de libre apreciación permitirá al juez determinar la credibilidad

de cualquier testigo y a todos interesan al proceso, si persiguen fines de prueba.

1.5.2. Clases de testigos y de testimonios. Diversas clasificaciones ha hecho la doctrina tanto de los testigos como de los testimonios. Podemos de analizarlas así:

- Los "ante factum", "in facto", "post factum":

A los primeros se les llama también Instrumentales o Actuarios. Actúan conjuntamente con el juez o funcionario, para dar cuenta de la actuación. En las inspecciones judiciales fueron eliminadas en el actual Código de Procedimiento Penal (262), se utilizan para construir pruebas. Carecen pues, del elemento judicialidad.

- In facto:

Son los que han presenciado casualmente como delictivo, en forma personal, y por tanto en capacidad de representarlo o narrarlo posteriormente. Son los testigos verdaderos propios o comunes.

- Post factum:

Son los que conocen los hechos, o algunas consecuencias

cronológicas con posterioridad los hechos mismos (Conocen de la fuga, de la ocultación del arma, etc.).

Los llamados de oídas si los hechos se han conocido por referencias.

- Testigo propio o impropio:

Al propio se le identifica como infacto, que conoce los hechos propios sensibus. Pero, además hoy se le exige el elemento judicialidad (que deponga ante la autoridad competente) y el de la extrañeidad. Por exclusión es impropio el que no reúne estos elementos .

Al propio también se le llama directo e indirecto, al de oídas. El de oídas fue tradicionalmente proscrito de las legislaciones, pero en los últimos tiempos se le ha reivindicado.

- Testimonios de terceros y de parte:

Es una clasificación según el interés. Los de partes serían los del sindicado y de la persona ofendida. El tercero es el extraño o desinteresado.

La admisión del ofendido como testigo ha recorrido un

largo camino. Hoy se le admite general en materia penal.

Por lo general, la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, más no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión. En cambio al sindicado no se le considera como testigo en las legislaciones, inclusive la Colombiana, sino con un indagado por eso no se le recibe el juramento.

1.5.3. Capacidad para testimoniar. En materia Penal no existe causales de incapacidad para testimoniar, como ocurre en lo civil. En efecto del Código de Procedimiento Civil actual señalan inhabilidades absolutas para testimoniar (artículo 215), y las inhabilidades relativas (artículo 216) y testimonios sospechosos (artículo 217). Por lo mismo las partes pueden tachar a quienes se encuentren en algunas de estas causales (artículo 215).

La edad suele ser considerada como causal de inhabilidades en materia civil, por ejemplo, en nuestro país son inhábiles absolutos los menores de 12 años (artículo 215).

No sucede así en Colombia en materia penal, en donde no limite. Sólo que el juez debe apreciar el factor edad, analizándolo a la luz de la crítica testimonial, dice por ello el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal. "Debe de rendir testimonio. Toda persona está en la

obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el proceso, salvo las excepciones legales".

Las condiciones y las circunstancias que, conforme al inciso anterior pueden ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración.

Desde luego el testimonio del niño, como el del anciano, merece un examen crítico por parte del juzgador, dadas las circunstancias de su capacidad perceptiva y declarativa.

1.5.4. Obligaciones de testificar

- Consagración legal. Las personas cuando son llamadas por el funcionario competente, tiene la obligación de declarar o el deber, como también se dice. Esa obligatoriedad está consagrada en el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal.

El carácter de obligación está corroborada con la coercibilidad que se le puede ejercer sobre el testigo renuente a comparecer para rendir el testimonio.

1.5.5. Fueros al deber de testimoniar. Los fueros se establecen en razón de la investidura. A ciertos funcionarios se les otorga un fuero que les exime de la

obligación de concurrir al despacho del juez para declarar y de la de llenar las formalidades de todo testimonio, en forma oral, sino que pueden deponer "por informe" o con certificación jurada:

Artículo 289 del Código de Procedimiento Penal: El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores y Representantes mientras gocen de inmunidad, el Designado para ejercer el poder Ejecutivo, el Procurador General de la República, los Procuradores Delegados y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y sus Fiscales, los Magistrados de los Tribunales Superiores y de los Contencioso Administrativos y sus fiscales, los Gobernadores de los Departamentos, los intendentes y comisarios de territorios nacionales, los Generales en servicio, los Arzobispos, Obispos, los Agentes Diplomáticos y consulares de Colombia en el exterior, el Contralor General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos, el Registrador Nacional de Instrucción Criminal, rendirán su testimonio por medio de certificaciones, y con este objeto se les pasará copia de lo conducente. "Cualquiera de estas personas que se abstengan de dar o demoren la certificación a que están obligadas incurrirán en responsabilidad penal por la falta de cumplimiento de sus deberes y el funcionario respectivo

pondrá en conocimiento a la autoridad que le corresponde.

La responsabilidad penal de que habla este artículo se halla consagrada en el artículo 172 del Código Penal sobre abuso de autoridad por omisión. Pero este artículo sólo se refiere a los funcionarios y empleados públicos. O sea quedaron exonerados de esa responsabilidad los eclesiásticos contemplados en el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal. Esa responsabilidad cubre igualmente a los agentes del Ministerio Público, según lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución Nacional.

Otro fuero es el de los Agentes Diplomáticos consagrados en el Código de Procedimiento Penal, artículo 290.

"Cuando se requiera el testimonio de un Ministro o de un Agente Diplomático de Nación Extranjera, acreditado en Colombia, o de una persona de, su comitiva o familia se le pasará al embajador o agente, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores nota suplicatoria con copia de los conducentes para que, si tiene un bien, declare por medio de certificación jurada o permita declarar en la misma forma a la persona solicitada". En la forma como habla la norma es una súplica muy respetuosa que se le hace al funcionario extranjero para que permita que dicha persona si a bien lo deja declarar ante el funcionario que lo está

requiriendo "o sea, queda a voluntad del funcionario".

1.5.6. Dispensa al deber de testimoniar. Toda dispensa supone que exoneración a un deber u obligación en forma absoluta o facultativa. En cambio el fuero no exonera de esa obligación, sino que permite cumplirla con ciertas modalidades o circunstancias.

Dos categorías de personas están dispensadas del deber de testimoniar: a) Las por razón de parentesco, y b) Las por razón del secreto profesional.

a) Dispensa por razón del parentesco son: Artículo 286 Código de Procedimiento Penal.

"Nadie podrá ser obligado, en asunto penal o de la policía a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil. Este derecho se le hará conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio".

b) Por razón del secreto profesional, contemplado en el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal:

"No están obligadas a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio".

- Los Ministros de cualquier culto admitido en la República.

- Cualquiera otra persona, que por disposición legal daba guardar secreto.

1.5.7. Obligatoriedad del juramento. La obligación del juramento en los testimonios está consagrado en el antiguo código de procedimiento penal en su artículo 254 que se tiene en cuenta su fórmula en el nuevo código que entfo a regir y dice: "Los testigos antes de rendir su testimonio, presentarán juramento de declarar solamente la verdad y toda la verdad que conocieren acerca de los hechos por los cuales se les interroga. Este juramento se lo tomará el juez o funcionario de instrucción, quien además deberá leer el testigo, antes de recibirle su testimonio. Los artículos del Código Penal sobre el falso testimonio". En el nuevo Código de Procedimiento Penal se encuentra en el artículo 153.

1.5.8. Oralidad del testimonio. Hasta el momento se ha dejado abandonado a sus propios medios a los funcionarios

judiciales, la ley se ha contentado especialmente en nuestro medio, en poner frente a él a los testigos por vía de oralidad, que dicho sea de paso, es una forma casi universal acogida. Se ha pretendido que basta colocar cara a cara al juez y al testigo y brotará la verdad. AYRAULT expresa: Cuando la boca calla, sus gestos hablan". El juez podrá así darse cuenta de la calma o de la turbación del testigo, de su acento sincero o de la escasa convicción de sus palabras, de la seguridad o de las vacilaciones de sus acentos. Son estos elementos importantes de convicción, pero a menudo susceptible de yerros, pero en todo caso insuficientes. Son elementos toscos, generalmente impreciso, y que requieren de una rigurosa evaluación interpretativa y nada hay más difícil que esta tarea por grande que sea su experiencia profesional y su natural perspicacia, un juez no es un individuo de la oralidad en el testimonio, que permite la observación directa del testigo. Ha sido acogido como esencial en la mayoría de las legislaciones, pero es una medida voluble y variable. En las leyes Germánicas y todavía más en las Anglosajones, las declaraciones orales y públicas se hacen directamente entre los tribunales. En Inglaterra y los Estados Unidos, no hay instrucción hecha en otro sitio diferente. En Italia en materia civil, en asunto ordinario la ley deja a los jueces la opción entre los dos modos de investigación posible, ante el tribunal directamente o ante el

funcionario instructor. La interrogación ante el tribunal permite a los magistrados apreciar la actitud del testigo mucho mejor que cuando solo se limita a una seca y fría lectura de un expediente, que sólo refleja lo que el testigo habló o afirmó. En este aspecto, el procedimiento civil Francés, está reducido por un vestigio de viejo formalismo que impide la apreciación de los testimonios, en materias ordinarias, la interrogación se realiza ante el juez instructor, y se desenvuelve con marcada lentitud y complicación de procedimientos; no hecha ante el tribunal, sino en la parte sumaria o instructiva. Hay para esto, una razón práctica encaminada a no obstruir las audiencias con el dictado de las declaraciones; porque en Francia, como en muchos otros países, la justicia ignora, todavía el empleo de la taquigrafía.

1.5.9. El interrogatorio. En esta ingrata y socorrida tarea, no dispone el juez de otro medio que el de hacer preguntas, que tienen el derecho de proponer al testigo para completar su "audición" y que se reduce en suma a preguntarle. Cuando un testigo parece mentiroso hay que tratar de culparlo para destruir su tejido de mentiras. El arte del juez, está en manejar las preguntas de manera que haga saltar de las junturas del falso relato preparado de antemano, a través de sus hendiduras se trata de apreciar las lagunas de su irrealdad.

Existirán siempre, puntos en los cuales no había pensado anticipadamente el testigo y es allí donde hay que herirlo, después de haber sondeado el terreno y notado la parte débil. Se le insistirá por este lado todo lo posible sin que él se percate. Si estos puntos son controlables por otros medios, el testigo falso podrá ser positivamente confundido, lo que no dejará de sumirlo en el embarazo cuando no es una turbación. En efecto de control objetivo podrá surgir de los labios mismos del deponente contradicciones que permitirán encerrarlo en el círculo vicioso de su propio relato. Porque solo el que no se siente lo suficiente firme de memoria, no debe exponer a ser mentiroso, sino que el que dice una mentira no sabe el trabajo que ha comenzado, porque será necesario que invente mil más para sostener la primera.

Desgraciadamente, los testigos pueden ser tan hábiles en desfigurar la verdad como los jueces en descubrirla. Estos son precisamente los más bribones y los más peligrosos, que cuidan mucho de precaverse contra los perjuicios es decir, de entrar en detalles que espera el juez. Es fácil declarar que no se ha visto todo lo que se pregunta, que no se acuerda. Es en efecto, posible que intercepciones de los observado o defectos de la memoria de una declaración incompleta.

Es posible que también las turbaciones de recuerdo y las acciones diversas en un testigo impresionable basten para romper la armonía normal de sus manifestaciones, y es de esto de lo que hay que quedarse para no imputar a la malicia el efecto de la buena fe perturbada. Entonces habrá que completar el interrogatorio con otros medios de investigación.

1.5.10. Indagación sobre el testigo. Es un buen mecanismo, recoger informes relacionados con el testigo ya sea por colaboración directa de la policía judicial, o por otros medios que estén al alcance del juzgador. Por esta vía se lleva rápidamente a datos interesantes y que muchas veces pueden conducir a ponderar un testimonio o a rechazarlo de plano. El juez, no podría tener la pretensión de dejar saneada la moralidad de un testigo entrevistado, tan solo por un instante en una audiencia o en un despacho, de manera tan completa como aquellas personas que conocen el deponente de tiempo atrás.

Los médicos suelen completar antes de formular un diagnóstico el examen de sus antecedentes médicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los informes no valen más que lo que pueden valer sus autores; pueda ser tachados de la parcialidad que dan todas las pensiones humanas y particularmente la pasión política, tan acervada

en nuestros días. En pocas palabras, también tienen la calidad de subjetivos y no pueden ser medidos sino hasta después de haber sido sometidos al igual que el testimonio mismo al rigor de evaluación crítica. Ni tampoco siendo esto, de suprema importancia práctica, pretender de dicho análisis sustraer cosas diferentes que una referencia más o menos precisa de los antecedentes de la conducta anterior del testigo que nos ilustra en cuanto al examen de una situación actual.

Estos procedimientos, más o menos empíricos, estarían perfectamente empleados aún no sirviendo más que para discernir la mentira; pero abandona completamente los errores involuntarios, tan variados, que pueden vaciar el testimonio tanto como la mentira.

Actualmente el objetivo es averiguar si los nuevos métodos científicos pueden facilitarnos medios más precisos, que puedan al menos servirnos para completar otros ya conocidos.

1.5.11. El examen mental. Se ha comenzado a aplicar a los testigos que revelan perturbaciones mentales el peritaje mental, al cual son sometidos comúnmente los inculpados que están en este caso; generalmente se le llama peritaje de credibilidad. Este peritazgo confiado a nuestros

especialistas en dicha materia tienen por objeto determinar la normalidad o el carácter morboso de las declaraciones hechas por un testigo determinado y el grado de créditos que deben merecer.

Pero, no se aventura a afirmar la realidad a la exactitud de tales declaraciones. Sin lugar a dudas, esta técnica indispensable frente a determinados casos, es un magnífico auxiliar científico para dichas situaciones, y que en un medio como el nuestro sufre las limitaciones que la carencia de estos auxilios tiene nuestro juzgador viéndose privado nuestra administración de justicia del invaluable aporte de la ciencia al testimonio.

1.5.12. **Tests psicológicos.** Generalmente se han visto socorridos estos métodos, para apreciar la credibilidad que pueda merecer el testimonio de un sicópata y las autoridades en este tipo de prácticas los consideran indispensables en esta clase de peritazgos. Inicialmente, los estados síquicos son supremamente mutables o fluctuantes para que sea posible su evaluación apriorística y en bloque de la capacidad del testimonio de la persona alineada, sin recurrir a exámenes psicológicos experimentales, en cada caso concreto¹¹.

¹¹ NOTA: El procedimiento puede ser últimamente empleado para toda clase de testigos, normales o anormales. Gozan sobre todo desde Binet de mucho crédito en psicología experimental para determinar las diversas capacidades intelectuales y no habría razón para que no se beneficiara la psicología judicial.

1.5.13. Aparatos utilizados modernamente en el diagnóstico del testimonio. "Todo movimiento nos descubre", decía MONTANINE. El descubrimiento de nuestros pensamientos más recónditos y estados anímicos más profundos, a través de pequeños movimientos involuntarios de las reacciones motoras menos perceptibles del sujeto, han pretendido ser explotados, tales como, el Autógrafo, el Galvanómetro, el Neumógrafo, etc. Se ha pensado especialmente utilizarlos para el diagnóstico del falso testimonio voluntario apoyándose en la idea de que la mentira, en el momento que se produce, provoca en el testigo angustia, una sobreexcitación y una agitación interior que se revela a su pesar y así realice esfuerzo por discrecionarla y se manifiesta por movimientos casi que imperceptibles que los aparatos registrarían con toda fidelidad.

El automatógrafo. Es una plancha que reposa sobre bolas metálicas y sigue así todas las impulsaciones de la mano que se apoya sobre ella. Está montada sobre una superficie móvil en la que los más ligeros movimientos son registrados.

Los músculos siguen al pensamiento. Se han realizado numerosas experiencias demostrativas de este acierto científico. A un individuo se rodea de tarjetas que tienen escritas distintas letras y se le manda a pensar en una de

ella. Se observará que su acción sobre el aparato no tarda en registrar una impulsación incontenible hacia la letra en la cual piensa.

El sicogalvanómetro. Indica por medio de una aguja fija en un espejo, las variaciones de resistencia de la corriente galvánica de una batería, mientras las manos están situadas sobre dos platillos de cobre que sirven de electrodos, montados uno en el polo de zinc y otro en el polo de carbón. Está en comunicación con la lámpara cuya llama sube o desciende siguiendo la fuerza de la corriente y se refleja sobre un espejo graduado que permite medir su elevación.

El neumógrafo. Es un aparato que registra sobre la superficie ahumada de un tambor giratorio (Tambor de marey) los movimientos respiratorios. Estos se hayan en estrecha correspondencia con sentimientos; el placer hace la respiración más débil y más rápida; el dolor lo toma más fuerte y más lenta; la indiferencia más débil y más lenta, la excitación más fuerte y más rápida.

Igualmente el esfigmógrafo, registra las pulsaciones arteriales y enseña que el placer acrece o retarda los latidos del corazón, el dolor los debilita y acelera, la excitación los hace más fuerte y la indiferencia más débil y lentos.

Un sujeto, no puede enmascarar voluntariamente sus movimientos respiratorios a los latidos de su pulso. Los síntomas debidos a nuestro estado de ánimo se manifiestan en la distribución de la inervación sobre las diferentes fases respiratorias, más frecuentes que en la frecuencia o en la amplitud de nuestra respiración. En estas consideraciones básicas se fundamenta el funcionamiento del Neumógrafo.

1.5.14. Pruebas de asociaciones. Este ingenioso método tiene por objeto descubrir mediante la asociación de ideas los complejos psíquicos, es decir, los pensamientos o sistemas de pensamientos de tonalidad efectiva que ya intencional, ya inconscientemente quedan ocultos en el espíritu de un individuo, pero no participan menos activamente en la participación de las manifestaciones visibles de su vida. la actitud o disposición general de un individuo que se llama constelación, no es más que la resultante de una síntesis de complejos.

Como las asociaciones de ideas se forman por un mecanismo bien regulado, bastará ponerlas en juego por medio de imágenes apropiadas para atraer, sin que lo advierta el sujeto, los complejos hacia la conciencia, lo que no dejará de influir sobre las respuestas pedidas.

1.5.15. El método de conjunto en la sicotécnica judicial. Es acertado por una parte, que los antiguos medios empíricos de apreciación de los testimonios son completamente insuficientes y no existe razón para que la justicia continúe en el rutinario camino. Por otra parte, es preciso reconocer de los nuevos procedimientos sacados de los progresos científicos no están aún a punto de salir de los laboratorios y penetrar en los despachos de instrucción, o en las salas de audiencias. Incluso, no es del todo cierto que puedan llegar algún día a esta vulgarización.

Pero esta no es la razón para desdeñarlos. Hay que tomarlos tal como son y usarlos allí donde puedan ser utilizados, en los laboratorios. Casi todos los estudiosos del testimonio reclaman el peritazgo psicológico y se empieza a encontrar en él un recurso en ciertos países, esencialmente para el examen de los testigos jóvenes en los procesos por supuestos delitos contra las costumbres. Este peritaje puede utilizar los diversos modos de examen que hemos explicado anteriormente. Se requiere que los aparatos estatales encargados de administrar justicia se aprovecha de los elementos técnicos indispensables que auxilia esta función. El examen psicológico de los testigos exige mucha más especialización práctica que conocimientos teóricos de conjunto.

El testimonio es una operación muy compleja, hay que resignarse a examinar todos sus contornos y elementos, si se quiere lograr una crítica completa.

2. EL VALOR DEL TESTIGO

El testigo como ya se ha dicho, es un instrumento de prueba. Pero, es un instrumento vivo, inteligente y autónomo que no se puede comparar con ningún otro, es infinitamente superior a los demás instrumentos probatorios. No se tiene el recurso de ponerlo a punto antes de ser utilizado; hay que tomarlo tal como es, y con lo que dé. Pero es importante, al menos examinar y comprobar sus resortes o intentar destruir sus inexactitudes, a fin de poder apreciar su valor, cuando se tenga necesidad de conocerlo. Esto es ciertamente probable: Los recursos humanos son toda la personalidad del testigo atendidos bajo diversos aspectos: Morales, Intellectuales, Afectivos y Síquicos.

2.1. LA MORALIDAD

Una buena moralidad, es la mejor garantía de sinceridad. La mentira y sobre todo el perjuicio no se conciben en boca de un hombre virtuoso. Se puede decir, que una

persona concienzuda no se deja corromper, no vende su testimonio. Igualmente se puede afirmar que no habla con ligereza, de las conversaciones de las calles y salones, que vituperan los moralistas. Pero eso no lo es todo. Quién podrá afirmar que un Testigo Honesto en su pasado y honrado en su reputación no podrá en un determinado momento tratar de equivocar a la justicia, inducido por esos profundos móviles de interés o pasión que hacen vacilar la conciencia. El presente no podrá deducirse del pasado, sino cuando se conocieren todos los elementos de éste. La moralidad no es más que uno de ellos, y no siempre el más fuerte. La Virtud, es un hábito y del hábito no se deduce el acto rigurosamente.

2.2. LA CAPACIDAD INTELECTUAL

Para ser buen testigo, no basta querer rendir un testimonio, es preciso saberlo hacer. El testimonio, que es una operación de naturaleza mental pone en juego la mayor parte de las funciones intelectuales de quien lo rinde; los sentidos, la percepción, la memoria, el juicio, etc. Es indispensable, entonces, que todos estén en buen estado de funcionamiento.

- Los sentidos. Es incuestionable que se precisa, que no sea ciego, ni sordo o demasiado miope, o demasiado duro de

oído. Pero también es cierto que un sordo puede ver perfectamente y un ciego pueda escuchar mejor que una persona normal.

- La percepción. Las sensaciones son en últimas impresiones pasajeras del sujeto y vienen como consecuencias de excitaciones nerviosas periféricas. Se elabora en el acto de la percepción, que las agrupa, la sujeta a representaciones anteriores y los otorga un sentido objetivo.

- La memoria. Interviene con posterioridad a, la percepción aproxima constantemente noticias dadas a recuerdos adquiridos. Permite fijar impresiones incorporadas a imágenes ordenadas. Mantienen almacenados los recuerdos hasta que deban ser utilizados. Los reproduce cuando ellos son evocados. Generalmente se operan sin tropiezos pero exigen intervenciones frecuente del juicio.

Para estar en capacidad de testimoniar, hay que gozar no sólo de órganos de los sentidos saludables, sino también una inteligencia normal, un juicio recto y una memoria fiel. Si uno de estos elementos es nulo o deficiente no dejará de alterar los datos que contienen o interesan al hecho testimoniado.

La capacidad del testigo es función, en general de edad, de su cultura y de su experiencia. Normalmente, la primera pregunta es sobre su edad, después de haber dicho sus nombres y apellidos. Los niños y los ancianos, presentan serias particularidades que contaremos brevemente más adelante.

Conviene tener presente, que si hemos tratado de resaltar las condiciones óptimas de lo que sería testigo frecuentemente la labor del juzgador se enfrenta a testimonios oscurecidos y deficientes, porque el testigo no posee las características ideales para prestar aporte testifical. Sin embargo como también ha quedado sentado, el juzgado debe tratar de sortear los obstáculos sobre todo cuando no se dispone de abundantes medios de comprobación para ejercer su labor.

2.2.1. Testimonio de los niños. Podemos afirmar que históricamente el testimonio de los menores ha sido tomado siempre con verdaderas reservas, cuando ha sido como no apto de manera total. Incluso, algunas legislaciones modernas lo excluyen expresamente. Tal es el caso de las Legislaciones Españolas y Mexicanas. Otras se conforman con dispensar a los Niños del Juramento. En general el testimonio de los Niños siempre que es admitido se lo hace con supremas reservas.

No es necesario ahondar en conceptualizaciones para concluir que en la actitud mental del niño frente a la realidad es muy diferente a la de los adultos. El respeto por la verdad es algo que está sujeto a la enseñanza que se adquiere por tanto poco a poco. Por su propio desarrollo al niño se dificulta distinguir entre la ficción y la realidad, porque sus procesos mentales empiezan a consolidarse. Es dueño de una tremenda curiosidad pero se mantiene al vaivén de sus primeras impresiones o de los caprichos de su diversión favorita.

2.2.2. Los ancianos. En el otro extremo están los ancianos. Ofrecen muchas menos particularidades que los niños y por lo tanto menores dificultades. Aunque su estado señil, les ha merecido el llamativo de "Niños Grandes". Una exageración generalizada les concede una pretendida sabiduría en todos los casos. Sus pasiones se debilitan, como ocurre con todas las personas en el paso de los años y su recorrido más extenso por la vida les ha moldeado un espíritu más sosegado. Pero la disminución de sus fuerzas físicas y de su contextura producen como consecuencia obvia, la disminución de sus facultades, cuando la llama vacila, la luz oscurece.

Esas son las circunstancias que hay que tener en cuenta para evaluar el testimonio de un anciano. Los Legisladores

se han mantenido más bien silentes y se han desinteresado del problema.

Se ha pretendido esbozar clasificaciones de los tipos de testigos, sin que estos esfuerzos por la complejidad misma que tal tarea reviste hayan producido un resultado concreto. Binet, ha sido el primero en elaborar una clasificación de los tipos intelectuales y quizá la más afortunada:

- El tipo descriptivo. Que relata los hechos según sus características más aparentes y sin buscar su significación.
- El tipo observador. Que fija su atención sobre el sujeto de la escena y expresa su vida.
- El tipo emocional. Que refleja la emoción que deriva del sujeto.
- El tipo erudicto. Que en vez de describir el objeto en si mismo relat a este propósito todo lo que sabe y ensaya sus propias opiniones.
- El tipo imaginativo. Caracterizado por la negligencia, su observación y el predominio de la imaginación, de los

recuerdos personales y de la emotividad.

2.3. LAS DISPOSICIONES AFECTIVAS

"Todo ocurre en el fondo del corazón decía BALLANCHE, y únicamente nuestro corazón da a todo la existencia y la realidad"¹². Esta aseveración, nos muestra a manera de ilustración la importancia que en fenómeno testifical tienen las reacciones afectivas a las cuales estamos expuestos todos los seres humanos. Es preciso decir, que a veces los sentimientos se burlan de la verdad y sólo respetan el objeto de su amor. En esencia los sentimientos son parciales y hacen participar activamente de parcialidad a quien los porta. Una escena puede aparecer según la disposición afectiva de quien la relata. Digamos pues que el interés y la pasión forman un centro de asociación de representaciones alrededor del cual se produce una selección cualitativa. Todas las representaciones que no armonizan con los sentimientos y los quereres personales son siempre abruptamente rechazadas, de la misma manera como aparecen los seres vivos que no son capaces de adaptarse a determinadas condiciones.

¹² RODRIGUEZ, Gustavo. Procedimiento penal colombiano. .
Bogotá: Librería Profesional, 1982.

Miremos aunque brevemente la influencia del interés, de las pasiones de la simpatía y del espíritu de solidaridad en el testimonio.

2.3.1. El interés. Bien se ha apreciado siempre, que la primera condición del buen testigo sea de la que no tenga ningún interés directo o indirecto en las resultas del proceso el cual concurre. Esto se demuestra como hemos señalado antes, mediante el régimen de tachas y exclusiones de ciertos testigos. Además, casi todas las legislaciones del mundo contemplan la incompatibilidad que existe entre ser parte procesal y testigo a un mismo tiempo.

La Legislación en materia Penal en nuestro medio, como también en otras partes, viene soportando una situación digna de ser resaltada. El espectáculo de una parte agraviada por el delito convertida en parte acusadora con esmero de principios elementales de justicia. Una declaración hecha en estas condiciones como la Italiana, queriendo sustraerse de esa ambivalencia peligrosa descarga el juramento para respaldar las aseveraciones de quien tiene un interés directo en el proceso.

2.3.2. Las pasiones. Quizás la causa de deformación del testimonio es precisamente la Pasión. Ella concentra en sí

toda la actividad mental de un individuo. Es intransigente porque no quiere saber si no lo que tiende a satisfacerla. Ella intensifica la representación del objeto, pero limita el campo de atención y del pensamiento al conocimiento de ese mismo objeto. La pasión, es el orden afectivo, lo que es la idea fija en el orden intelectual. Ilustrativo resulta ser el verso de: BYRON, dedicado al amor y válido para toda pasión: El amor es un delirio, es la demencia de la edad joven. Justamente por esa razón SHAKESPEARE decía: "El amor no vé con los ojos del cuerpo sino con los del alma".

De la misma manera puede pensarse con relación al odio. Su influencia deformadora es la misma del amor en sentido contrario. El que odia se esfuerza en afirmar todo aquello que imagina, puede llenar de tristeza a lo odiado, y negar todo aquello que lo puede llenar de alegría. Quizás son los más abundantes aquellos casos falsos testimonios por odios. No son sentimientos muy puros los que animan a los denunciadores o querellantes. El odio se manifiesta frecuentemente en forma de venganza. Viejos rencores apasiguados aprovechan cualquier ocasión para satisfacer bajo la experiencia del testimonio.

2.3.3. La simpatía o la antipatía. Fuera de las pasiones, todo sentimiento que sufra el testigo puede tener reflejo

en la declaración, cuando el acontecimiento observado reza su afectividad, ésta reacciona ya en forma de emoción, ya en forma de sencilla simpatía o antipatía.

La simpatía por la víctima y la antipatía por el delincuente son las que guían particularmente al denunciante desincerado.

En razón de este sentimiento natural y noble en sí mismo, tanto mayor cuanto más afectado ha sido por el sufrimiento o por la agresión o indignado se ha sentido por el acto realizado, experimentará siempre un deseo más o menos conciente de declarar en un sentido desfavorable al inculpado.

Este sentimiento es tanto más vivo cuando el testigo conocía ya a las partes. Esta razón, unida a otras, hace que, en los campos, los testigos sobre todo los campesinos, tengan tendencia a creerse obligados a declarar en favor de una u otra de las partes generalmente a favor de la que los ha hecho citar, porque se llaman testigos de esta parte.

Todo testigo que forma parte de un grupo social y se siente solidario, en él, afrontará de muy distinta manera los hechos que interesan al grupo de aquellos que le sean

indiferentes. Para los primeros, mostrará parcialidad en manifiesta relación con su espíritu de Solidaridad.

2.4. EL ESTADO SIQUICO

Han sido directamente aludidos, estados sicóticos del testimonio que ejemplarizan de manera precisa los presupuestos psicológicos que la declaración testifical debe contener los mecanismos mentales, son en extremo variados y los factores que lo alteran igualmente diversos. Nos limitaremos en este capítulo a pasar revista solamente a los más importantes por su peligrosidad.

2.4.1. Los retrasados: los débiles mentales. Estos se mantienen en término entre los alienados, al lado de los cuales se les sitúa y los niños, con los que se les compara. Existe en ellos una detención en su desarrollo que se traduce en un ostensible déficit intelectual variable entre la simple debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia.

De los idiotas y de los imbéciles no es necesario hablar, todo el mundo los reconoce y es imposible obtener de ellos un testimonio serio. No ocurre lo mismo con los débiles mentales o débiles de espíritu, que pueden aproximarse al límite normal, gozar de excelentes facultades de

adquisición, de expresión y no carecer facultades de elaboración.

2.4.2. Los alienados. Varias legislaciones se cuidan de eliminar absolutamente el testimonio proveniente de los alienados. Tales son, el Código Español de las materias civiles, la canadiense, la portuguesa, entre otras.

En realidad, la capacidad del testimonio de un alienado depende del grado de perturbación mental que padezca. Es casi impisble tratar de establecer patrones por la diversidad de trastornos mentales que pueden registrarse. Pero es preciso tener en cuenta que siempre que las percepciones sensoriales de un alienado no son perturbadas por percepciones sensoriales subjetivas o por ideas delirantes, siempre que su memoria sea capaz de reproducir fielmente impresiones recibidas debe escucharse al alienado.

Existen algunas alienaciones disimuladas que perfectamente pueden pasar inadvertidas al ojo desprevenido. De todas formas cuando se trata de evaluar un testimonio de esta índole hay que resignarse a realizar las tantas distinciones que puede hacerse para poder determinar con éxito su valor.

2.4.3. Los epilépticos. Fuera de sus crisis periódicas y cuando cesa su demencia y panormales. Sin embargo, sus recuerdos pueden llegar a ser falseados por reminencias falsas, que llenan las lagunas emnésicas debidas a las crisis periódicas. Toman por realidad los sueños que sufren al encontrarse en los estados drepusculares y frecuentemente creen recordar una cosa que se les ha contado como si fuera un hecho que buese visto. Su memoria es un instrumento caprichoso, desigual, infiel nunca se puede contar con la seguridad de este instrumento en veces puede hacer surgir apariciones como consecuencia de ese estado patológico.

2.4.4. Los polineuréticos. Esta psicosis llamadas también como enfermedades de Konsanoff, que sobreviene a menudo en el curso del alcoholismo crónico o de una enfermedad infecciosa, comprende, con la polineuritis, perturbaciones mentales que atacan sobre todo la memoria.

Manifiesta sus efectos en una disminución del poder de fijación y se expresa en al falta de reproducción de los recuerdos. Es un vicio esencial para el testimonio. Pero lo que sobre todo es peligroso en ella es la confabulación que inserta sobre la amnesia.

3. LOS TESTIGOS Y LA APLICACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

I. Naturaleza e importancia de la prueba testifical.

II. Fundamento racional de la prueba testifical.

III. Método de eliminación de las hipótesis afirmativas.

IV. La regla de la pluralidad de los testimonios; discusión doctrinal y la teoría del catedrático.

V. Los principios de concordancia, versosimilitud, etc. en la prueba de testigo.

IV. Veamos, como se aplican los principios de la prueba indiciaria en el testimonio¹³.

Sabemos que los testigos son aquellos que relatan un hecho

¹³ DELEPIANE. Nueva teoría de la prueba. 7 ed. Bogotá: Temis, 1992. p. 131

que ha caído bajo su percepción o, aquellos que declaran sobre hechos que hayan podido caer directa o indirectamente bajo la acción de sus órganos de los sentidos. Dentro de un marcado funcionalismo se ha dicho que "los testigos son los ojos y oídos de la justicia". Esa afirmación sólo quiere dar a entender que las percepciones visuales y auditivas desempeñan un papel principalísimo en el testimonio, el cual, se puede no obstante versar sobre percepciones olfativas, gustativas, táctiles y musculares.

La fe en el testimonio desempeña un papel enorme en la ciencia y en toda expresión del conocimiento humano. Para comprenderlo basta recordar que la inmensa mayoría de las nociones y verdades que guían nuestra conducta tienen origen en la creencia del testimonio dejado por las pasadas generaciones de hombres. La existencia de un lugar que no hemos visitado, por ejemplo es para nosotros un artículo de fe únicamente basados en el testimonio de quienes lo conocen.

II Ahora bien, cuál es el fundamento racional del testimonio?

No es a nuestro juicio como afirma FRAMARINO, CANALE y otros cuyas opiniones se adoptan en la apreciable obra de

los señores Malarriaga y Sasso, "La presunción de la veracidad humana", en cuanto, "la experiencia habría demostrado -según sostiene- que la verdad está más a menudo en la boca de los hombres, que la mentira.

Dejando de lado tal presunción, quizás arriesgada y temeraria, consideramos que el verdadero fundamento racional de esta creencia en el testimonio, se encuentra en la convicción que resulta después de su juicio o examen crítico. Ello encierra la verificación de las condiciones del testigo y de las circunstancias mismas del relato. Por ese camino llegamos a formarnos la creencia en la declaración del testigo.

Frente a la declaración testifical deben hallarse eliminadas por el juicio de la razón dos hipótesis que directamente tienen que ver con la realidad del hecho atestiguado.

La primera de esas dos hipótesis a eliminar, es la insanidad de la declaración, producida por un estado de locura, alucinación, perturbación de los sentidos o de la inteligencia por beodez, sonambulismo o sugestión; la segunda hipótesis, la constituye la falsedad de la declaración, originada por el interés de los efectos o defectos en todas las variedades en que estos sentimientos suelen manifestarse.

III. El método o procedimiento para eliminar esa hipótesis planteadas, a fin de desentrañar la realidad del hecho declarado, no es otro al aplicado en el caso de la confesión del cual nos ocupamos en su oportunidad. Si damos una mentira a las llamadas tachas absolutas y relativas se notará sin mayor esfuerzo, que todas ellas están encaminadas a suministrar al juzgador las condiciones de poder excluir las hipótesis antes aludidas. De esta manera, para eliminar la insanidad en la declaración, se inhabilita legalmente a los locos, a los ebrios, a los menores de 14 años en el juicio civil de los 18 años en el juicio criminal.

Para excluir la insinceridad, se consagran las tachas absolutas, originadas por el carecer de profesión; el ser quebrado fraudulento, condenado en juicio falseario; y como tachas relativas, el parentesco, la dependencia, el interés. Las relaciones de socio, de acreedor o de deudor de protegido o de agredido, de recomendante en el asunto de amigo o de enemigo.

IV. Las afirmaciones de un testigo encierran generalmente los elementos que posibiliten la reconstrucción de un hecho parado. Esto ocurre por medio de una serie de afirmaciones cuyo grado probable de sinceridad y de cordura, del conjunto o de una a una, sobreviene después

del examen crítico descrito. Basta la declaración de un testigo digno de fe, cuyas afirmaciones sean concordantes y verosímiles, para considerar reconstruido el hecho en forma tal, que no quede resquicio alguno por donde penetrar el hábito de la duda.

En la práctica jurisdiccional y en la discusión doctrinal por mucho tiempo primó la idea de la pluralidad del testimonio como el ideal pretendido cuando de abocar la prueba de hechos pasados se precisaba. Hemos detenido anteriormente nuestro análisis sobre este tópicó. Hoy en día ante el hecho cierto que un solo testimonio en determinadas circunstancias, puede suministrar los elementos necesarios para que el juzgador adquiriera la convicción de un hecho. Esta postura predominante en ciertos momentos ha sentido minadas sus bases.

Indudablemente, que no existe un asidero verdaderamente racional para colocar la pluralidad como un requisito indispensable en materia de demostración probatoria a través del testimonio.

No nos afiliamos personalmente a esa opinión a pesar del valor y del carácter de venerada costumbre, a veces predominante, que pueda tener. El número de testimonios o su cantidad no aumenta proporcionalmente su valía

demostración, ello es tan relativo, como pretender afirmar que un testimonio bueno y sano es suficiente.

El juzgador, que está situado en primer plano, porque es él quien deberá sopesar el valor de las pruebas en general, deberá en todos los casos en que se cuente con su pluralidad de testimonio, examinar cada uno de ellos separadamente y así mismo deberá extraer una conclusión de conjunto, o sea que tiene que combinar un criterio particular de críticas y uno general o global. En últimas, las pruebas en general y el testimonio en particular, tienen como fin supremo llevar al juez a la plena convicción de un hecho o de sus circunstancias y a esa convicción puede llegarse a través de muy pocos de ellos también evaluados de manera comparativa. Es cierto, puede existir decenas de testimonios, pero solo uno de ellos es el que convence y encamina la voluntad del encargado de administrar la justicia.

Nuestra legislación procedimental penal, además de convenir la habilidad de toda persona para testimoniar en materia criminal, consagra, que corresponde al juez en todos los casos, apreciar razonablemente la credibilidad, teniendo en cuenta las normas de críticas del testimonio, y muy especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones objeto a que se refiere y en

general todas las que estime necesarias para establecer la credibilidad del testimonio, debiendo dejar constancia por escrito de ello.

V. Algunas legislaciones, han dispuesto a través de sus normas que la declaración de dos testigos hábiles, contesten en el hecho lugar y tiempo, acompañados de buena reputación y fama podrán ser tenidas en cuenta por el juez como plena prueba.

Esta consagración legal, ha inspirado la comisión de singulares equivocaciones. Erróneamente se piensa, que el carácter de contestas de varias declaraciones, está dado por la coincidencia absoluta en los detalles de un hecho, aún en los más insignificantes. Es exacto presumir que la identidad completa de varias declaraciones, sobre todo en puntos característicos, es más bien un motivo de sospecha y suele ser el indicio cierto de preparación de los testigos. Varios espectadores, de un mismo hecho, jamás verán las cosas del mismo modo, ni la apreciarán, ni la relatarán de idéntica forma.

Por declaraciones conteste, deben tenerse aquellas que discrepando en los pequeños detalles, lo que se debe a la óptica personal y a la creencia de cada quien concuerden en los puntos esenciales, en las circunstancias más

sobresalientes del hecho.

De tal manera, que las pretendidas declaraciones conteste, en muchos casos, no es más que la demostración del acuerdo previo, situación en el presente trabajo.

Considero que es una apreciación defectuosa del legislador al exigir que los testigos sean conteste en el hecho y en las circunstancias de modo, tiempo y lugar. De hecho está descartando los testigos singulares que siempre aportarán determinados aspectos del, hecho objeto de la investigación. La adversidad acumulativa de ciertos testimonios, es en ocasiones más importante y resulta aconsejable observar como esta calidad de testimonios van apoyándose entre sí, para probar aquellos que se contravierten, los hechos en su natural dinámica son sucesivos y continuos y la atención humana tiende siempre a los aspectos separados por la misma disposición de los órganos sensoriales. Sobre un mismo acontecimiento una persona dice que vio, contradice que oyó etc.

En obsequio a la brevedad, damos por sentados, la aplicación de los principios indiciarios de la prueba del testimonio.

Es evidente el carácter somero de nuestras pretensiones, porque solo se trata de mostrar los ribetes más sobresalientes.

4. QUE SE ENTIENDE POR TESTIMONIO JUDICIAL?

En un sentido estrictamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa al juez sobre lo que sabe de ciertos hechos, sea en desarrollo de un proceso o como parte de las diligencias precisas al mismo.

Procesalmente hablando, no toda declaración es un testimonio, para que lo sea es indispensable que se haga ante funcionario competente para recibirlo y con fines procesales. Suelen distinguirse, las declaraciones procesales de acuerdo al sujeto de quien emanen, en confesiones cuando vienen de quienes son parte en el proceso, en que son tenidas como pruebas y testimonios cuando provienen de otras personas. Contemporáneamente se viene aceptando el testimonio de parte con fines probatorios y se habla de confesión propiamente dicha cuando es desfavorable a quien la presta y favorece a su adversario procesal. Es decir en un sentido lato se habla

de testimonio, como lo hace CARNELUTTI¹⁴, para comprender tanto el de las partes como el de terceros y el testimonio de la parte puede contener o no una confesión.

Pero, en un sentido restringido y estricto, se limita el concepto de testimonio a la declaración de terceros en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo; en el penal se admite el de la parte civil o lesionada con el delito.

Los peritos no se limitan a narrar, sino que ditaminan, por lo cual es incorrecto hablar de testimonio de perito para referirse a su dictamen.

4.1. OBJETO DEL TESTIMONIO DE TERCEROS

El testimonio, puede versar sobre hechos o que existen en el presente, es decir en el momento de rendirse la declaración pero cuya existencia haya existido antes; percepción del hecho y su acaecimiento debe ser siempre anteriores al testimonio, pero que puede subsistir en el momento de la declaración. Este hecho puede ser anterior del proceso u ocurrir durante éste.

¹⁴ CARNELUTTI. Instituciones Buenos Aires, 1959. T.I.N.
p. 320

Hay testimonio aunque el testigo diga no conocer el hecho también a pesar de que tenga interés en el proceso y resulte parcial o sospechoso; e igualmente, aunque el testigo no haya percibido el hecho sobre el cual declara. Estos son requisitos para su eficacia probatoria y no para su existencia. El contenido de la declaración determina la utilidad y eficacia del testimonio, pero no su existencia.

En principio el objeto del testimonio son los hechos; pero inevitablemente el testigo emite opiniones sobre la identificación de éstos (si era animal o vegetal), ciertas calidades del objeto (que clase de animal o vegetal), o sobre las condiciones en que se encontraba una persona (como su ebriedad o ira manifiesta), sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos o sobre lo que dedujo de lo que observaba o percibía; es decir opiniones que complementan la narración de sus percepciones y son inseparables de estas (así lo reconocen los artículos 227 inciso final y 228 numerales 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil aplicables a lo penal, laboral y contencioso-administrativo).

En cambio, si el juez permite al testigo exponer simples suposiciones o dar conceptos que sólo corresponden a los peritos, su declaración no deja por esto de ser un testimonio, pero carece de valor

probatorio, salvo que sea testimonio técnico.

Algo similar ocurre con los perjuicios o conceptos jurídicos en ocasiones el testigo califica jurídicamente al hecho, por ejemplo, de arrendamiento o compra venta; pero siempre estará narrando el hecho. Si el testigo define mal el hecho que quiere representar, el juez debe aislarlo del juicio jurídico emitido por aquel y rectificar su definición lo mismo que sus consecuencias jurídicas; pero no hay que confundir las cuestiones jurídicas con las normas de derecho. Estas no son objeto de prueba testimonial como regla general, pero se acentúan los casos de la costumbre y la ley extranjera (en Colombia la ley acepta la prueba de ambas, por medio de testigos. Código de Procedimiento Civil, Artículo 188-190.

En cambio las cuestiones de puro derecho, entendidas como principios o máximas abstractas nunca son objeto de testimonio, ni de prueba judicial de ninguna clase..

4.2. EL TESTIMONIO TECNICO

Muy importante es el problema de la admisión y la naturaleza del testimonio técnico, es decir del que rindan aquellas personas que tienen conocimientos científicos o técnicos especiales, y que por consiguiente,

fundamentan su narración en esos conocimientos, además de sus percepciones por lo cual emiten conceptos calificados. Estos testigos exponen generalmente conceptos personales, basados en deducciones sobre lo percibido, que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia, debido al error de crear que los testigos no pueden emitir conceptos, ha tenido dificultades de aceptación esta clase de testimonio; pero actualmente los admiten las doctrinas y el inciso final del artículo 227 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

La primera dificultad que se presenta en el estudio del testimonio técnico, consiste en determinar cuando existe. Uno cree que se caracteriza por el lenguaje técnico pero también un testigo común puede emplear este lenguaje sin tener verdaderos conocimientos sobre la materia, bien sea porque reputa palabras que oyó o leyó, o porque se trate de vocabulario técnico muy conocido (como ocurre con ciento de enfermedades y drogas). Por lo tanto deben considerarse las cualidades técnicas y científicas del testigo, que hayan servido para la mejor percepción o narración del hecho y no el lenguaje que utiliza. La segunda dificultad radica en resolver si debe admitirse o no el testimonio técnico, cuando no exista norma legal que lo autorice ni prohibida. Creemos que sí, como ha

ocurrido en Italia¹⁵.

En tercer, lugar es indispensable precisar hasta donde pueda extenderse el juicio técnico del testigo, sin exceder los límites de la prueba testimonial e invadir el terreno de la peritación técnica. Este punto está correctamente tratado por SCARDACCIONE, quien explica que la admisión del juicio técnico como objeto del testimonio, sin que produzca modificaciones del contenido de la prueba testimonial, en peritación irregular, debe guiarse por el criterio de circunscribirlo a la narración de los hechos percibidos y a las deducciones de orden técnico, que de esto haga el testigo cuestionado, sin extender a los juicios de valor que exceden los límites del juicio técnico sobre sus percepciones. Es esta también, la jurisprudencia italiana contemporánea¹⁶.

Para su mejor comprensión, damos dos ilustraciones: primero un arquitecto puede dar un testimonio acerca de si un edificio presentaba, en una fecha determinada, detalles que implican una amenaza de inestabilidad o derrumbamiento, por haberlos observado correctamente,

¹⁵SCARDACCIONE, Aurelio. Le prove. Torino, 1965. p. 79

¹⁶Ibid.

gracias a sus especiales conocimientos sobre dicha materia, pero si agrega su concepto, sobre las cosas que no puede observar, estaría dando su apreciación subjetiva, que escaparía al objeto mismo del testimonio y se invadiría el territorio de los peritos. La segunda un médico puede ser un testigo fehaciente de que una persona, en ciertos días presentaba síntomas observados por él, de determinada enfermedad y de los efectos que producía, pero sobre las causas que le generaron y que no percibió sólo puede opinar como perito.

Como se puede apreciar en los ejemplos anteriores, el testigo técnico no es solamente posible, sino en muchas ocasiones convenientes o indispensables para probar por ese medio un hecho determinado, sin necesidad de recurrir al dictamen de peritos, como las causas de una persona que fueron conocidas por la observación directa de un médico, o la clase de enfermedad que padeció y la calidad de gravedad, para excusar el incumplimiento de una citación o absolver interrogatorio o para pedir una restitución de términos, o para estar imposibilitado para ejecutar aspectos conscientes de voluntad en esos momentos. Esa calidad de técnicos o científicos del testigo indudablemente da más fe en esos casos porque sus conocimientos especiales forman parte de la llamada razón de la ciencia del dicho y le dan mayor credibilidad a la

narración. Se trata de una modalidad que lejos de desvirtuar su naturaleza, le otorga un mejor fundamento o a su valor probatorio, siempre que los conocimientos técnicos capaciten al testigo para una mejor percepción o un mejor entendimiento de los hechos, lo mismo que para su descripción más adecuada, sea que utilice o no un lenguaje técnico para esto. Por esta razón no hace falta ley que los acepte; pero nosotros tenemos normas expresas que los autoriza en la parte final del artículo 227 del Código de Procedimiento o artístico de testigos con esa especial capacidad.

Si el testigo no es un experto en la materia y sin embargo utiliza un lenguaje técnico o admite juicios técnicos se trata de testimonio, mientras se limite a describir lo percibido por él y no emita juicios de valor; pero el mérito probatorio de testimonio será menor precisamente porque tal circunstancia le resta credibilidad a sus afirmaciones. Admiten el testimonio técnico entre otros, ALSINA, PRIETO, CASTRO, PROFETA, CARNELUTTI, FLORIAN, GORPHE, DENIT¹⁷.

¹⁷CARNELUTTI. La prueba civil. Revista di Dinitto Processales. Cit, 1929. pp. 26, 27.y 30 y Nota 223.

4.3. TESTIMONIO DE TERCEROS Y CONFESION

Cuando la declaración provenga de quien no es parte (principal o secundaria, inicial o intervinientes), en el proceso en donde ocurre o se presenta como prueba, o de quien sea parte si no resulta en este proceso desfavorable a quien lo hace y favorable a su adversario, existirá un testimonio en sentido general y amplio. Igualmente, el carácter desfavorable del hecho declarado no es por sí solo determinante de la confesión, porque si el declarante no es parte en el proceso donde se aduce como prueba, se tratará de un testimonio. Solamente en un sentido estricto y limitado se restringe la noción de testimonio a la declaración de quien no es parte en el proceso en que se presenta o se rinde.

No es posible identificar las nociones de declaración procesal y de testimonio, pues también la confesión es una declaración procesal, pero no toda declaración procesal es testimonio, ni confesión, porque algunas veces será lo primero y otras veces lo segundo.

Existe también declaraciones fuera del proceso, no destinadas a producir efectos procesales, que no constituyen testimonios, pero que pueden ser confesiones extrajudiciales. Es decir, la declaración procesal es el género; el testimonio y la confesión son la especie.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL TESTIMONIO

Para establecer de manera precisa el concepto que insinúa el presente título, veamos algunas definiciones expuestas en la doctrina nacional e internacional.

ANTONIO DEL LEPAINÉ, nos define la noción así: "El testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza".

EUGENIO FLORIAN, por su parte, sostiene: "Testimonio es todo aquello donde se puede extraer toda prueba".

GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ, afirma: "Testimonio es una declaración libre, hecha por personas físicas que no tiene intereses personales en el proceso, ante funcionario competente y con las formalidades legales, sobre hechos pasados que interesan a la investigación y que ha conocido casualmente y por percepción directa".

ANTONIO ROCHA, a su vez asevera: "En sentido general, es un relato que hace una persona de hechos de que ha tenido conocimiento".

TIBERIO QUINTERO, expresa: "El testimonio desde el punto de vista probatorio, es la declaración jurada de persona extraña a los hechos objeto del proceso, pero que depone sobre los mismos cuando han caído bajo acción de su sentido".

GUSTAVO MURCIA BALLEEN, lo considera: "la manifestación, la expresión de los hechos que una persona percibe a través de sus órganos sensoriales, es decir, una narración relato cuento, historia, de las modalidades que rodean un hecho y es un relato de modo, como los hechos llegaron al conocimiento de esa persona".

Los anteriores conceptos nos permiten señalar algunas características latentes en todo testimonio y consecuentemente aproximarnos a su propia naturaleza.

- El testimonio es un acto jurídico fenómeno lógicamente ejecutado de manera completa.

- Es un acto procesal.

- Consiste en una narración de hechos, ocurridos realizada ante funcionario competente.

- Es un medio de prueba, indirecto personal, representativo e histórico.

- Es una declaración específica, con características y efectos propios. Es decir, es una especie dentro del amplio género de las declaraciones.

Igualmente las declaraciones transcritas, nos están descubriendo otros elementos de relieve.

- Declaración verbal libre, bien se ha dicho, en sentido amplio, que la declaración o narración que representa el testimonio, se atribuye a una persona determinada, a instancia del funcionario por propia liberalidad, ante él reconstruye con palabras lo que percibió. Ella representa el Sujeto Activo del Testimonio o Testigo.

Es conveniente aclarar, que la libertad de exposición y la espontaneidad de las respuestas del testigo, tiene por cauce ciertos parámetros o solemnidades señalados en la ley.

Por ejemplo, en nuestra legislación existen normas

precisas, que así lo declaran con ellas: los artículos 150, 285, 286 y subsiguientes del nuevo Código de Procedimiento Penal. Y los artículos 220, 221 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, entre otras.

- Hecha por persona física, el testigo debe ser siempre una persona natural o física, quedan excluidas las personas jurídicas como tales.

- El testimonio auxilia la función judicial, con ello se quiere significar, que el testigo no tiene un interés dentro del proceso distinto a contribuir a desentrañar la verdad de los hechos que motivan su comparecencia. Es ajeno a las partes.

- Es portador de un conocimiento real, o sea que el testimonio está sometido a la percepción, directa y/o real que el testigo ha tenido de unos hechos, se descarta la validez de los llamados testigos instrumentales.

Existen ciertos presupuestos básicos que sustentan la validez y eficiencia del testimonio. La ley ha previsto que debe reunir el testigo, capacidad y habilidad física moral e intelectual, para que sus aseveraciones sean tenidas en cuenta. De igual forma, las legislaciones señalan circunstancias inhabilitadoras de la función del

testigo. Unas veces con carácter de absolutas y otras con carácter de relativas. Las primeras excluyen en general cualquier posibilidad de tenerse en cuenta. El juez no podrá emitirlo en ningún caso o proceso. Las segundas se refieren a ciertos motivos que impiden la recepción de un testigo, en un caso o proceso determinado.

El legislador en su misión de defender los superiores intereses del conglomerado y entendiendo, que son materias que importen al orden público y al interés general, ha procedido a dejar sentadas enumeraciones taxativas de esas circunstancias, o cuando ha debido ser generoso como ocurre en materia penal, no ha dejado de advertirlo. El artículo 285 del nuevo Código de Procedimiento Penal "Toda persona está en obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicite en el proceso salvo las excepciones legales". Pero el mismo texto la ley o norma contempla y expone que es el juez quien le corresponde apreciar el tipo de testigo o testimonio que está recibiendo para darle la apreciación que se merece y está establecido en el artículo 295 del nuevo Código de Procedimiento Penal y expresa, "corresponde al juez, apreciar la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica entre ellos las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en

que haya rendido la declaración.

Las condiciones y circunstancias que pueden ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en el acta. Las condiciones y circunstancias que conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración.

Este precepto, que sin dudas, constituye la piedra angular del examen del testimonio en materia criminal, nos están brindando la pauta precisa para evaluar donde quiera que tenga origen la declaración testifical.

Quedan establecidos, tres factores de esencia que nos permiten descubrir la validez y eficacia jurídica del testimonio son:

- Su aptitud (moralidad, efectividad, capacidad intelectual y física).
- Las propiedades del objeto materia de su declaración.
- La relación entre los anteriores factores, de acuerdo a las condiciones de percepción, memoria evocación y reproducción del testigo.

6. CONCLUSIONES

En todas las legislaciones del mundo civilizado es patente la preocupación que se ha mantenido para preservar la eficacia y validez del testimonio como medio de prueba, históricamente, como se ha quedado sentado, se han abocado diversas formas de ponderación y realce a este medio de certeza. Sistemas de evaluación diferentes, métodos y esquemas alrededor del testigo marcan la permanente evolución que en la materia de las instituciones jurídicas ha sufrido el testimonio.

No compartimos el criterio de quienes sostienen que la ciencia del testimonio es muy nueva todavía y que existe una falta de atrevimiento por los legisladores contemporáneos para abordar nuevas vías. Nos debimos apartar en este sentido sobre la opinión de FRANCIS GORPHE, al afirmar sobre la base expuesta en este trabajo, que la preocupación del hombre por elevar el testimonio a los más altos planos de la razón es tan antigua como el hombre mismo. El conocimiento humano no podrá concebirse

como una línea recta, por el contrario, la necesidad de irse sobrepasándose a los interrogantes de cada hora le determinan una trayectoria hacia una verdad que casi siempre se nos muestra esmerada. Desde las primeras instituciones hasta nuestros días y con ojos hacia el futuro viene marchando la ciencia probatoria sin detenerse. No conviene pues postrarse ante la magnitud de los obstáculos por gigantesca que se presente.

Después de un tortuoso recorrido que seguramente la seguirá siendo, el testimonio como la ciencia probatoria en su conjunto se ven enfrentados al rigorismo de la crítica científica, alimentado por los sorprendentes avances de la ciencia en los distintos campos, que aplicados al terreno judicial abren una amplia y favorable perspectiva.

Ya no se encuentra el juez expuesto a un arrogante y asfixiante empirismo, sino que sus facultades inquisitivas conquistadas pueden orientarlas a base de serias auscultaciones científicas. La sana crítica se ha impuesto. La prueba en general y el testimonio en particular, no son buenos o malos anticipadamente, todo depende del análisis a que sean sometidos.

Sin embargo, dejamos sentado en forma conclusiva, que si

bien ha quedado atrás viejas formas y viejos esquemas, la ciencia actual, y con más veraz, el derecho moderno todavía está lejos de la posibilidad de agotar la infinita complejidad de la naturaleza del hombre, y los malos testigos continúan pasando a través del cedazo que los preceptos legales, los jueces y la ciencia tratan de oponer.

La técnica del testimonio libra un esfuerzo permanente para descartar del escenario judicial todo tipo de testimonio carentes de credibilidad o sinceridad. El anticuado acertijo de la concordancia de los testigos y el evaluado aritmético de la tarifa, con que se solía valorar esta circunstancia probatoria, declina ante la lógica que no permite aceptar que todos los testigos de un mismo hecho hayan tenido el mismo ángulo de observación, memoria y descripción. El interrogado del juez deviene como arma fundamental de la justicia, en él entra en juego la peripecia técnica del juez para penetrar el mundo psíquico del testigo y desvirtuar los propósitos evasivos o acomodaticios que quiera asumir.

El arte del juez, está en manejar preguntas de tal manera que haga saltar las junturas del relato falso, preparado de antemano y acomodado dolosamente.

Los informes anticipados sobre la personalidad del testigo son importantes para apreciar la sinceridad del deponente.

En cuanto al examen mental del testigo, que suele ser encomendado a expertos oficiales, el funcionamiento prevenido puede llegar a detectar lagunas de irregularidad o descubrir soterradas anomalías.

Hasta aquí es suficiente para advertir sin mayores esfuerzos las tremendas exigencias conceptuales que deben ser satisfechas por los encargados de administrar justicia y el verdadero profesionalismo con los que tienen que verse revestidos.

Qué decir, en cuanto al testimonio técnico, que es aquel que rinde una persona calificada para tal fin, como cuando lo hace un médico, un arquitecto o un ingeniero, que por sus especiales conocimientos puede determinar una situación determinada. El médico por ejemplo puede testimoniar si una persona está muerta o en estado de inconsciencia determinado momento, pero si se aventura hacer apreciaciones sobre ese estado, estará en el campo del peritazgo especializado y que por ende no le compete.

Esto nos está dividiendo hasta dónde debe llegar la capacidad del juez para preservar decisiones de todo

artificio, y no sólo eso, sino poder determinar hasta donde debe llegar el testimonio técnico y donde empieza la labor del perito.

Es indispensable para el juez, hasta donde debe extenderse el juicio técnico del testigo, exceder los límites de la prueba pericial. Salta de bulto la diferencia que existe entre el testimonio técnico y el peritazgo especializado. La diferencia entre esos dos sujetos procesales en que el profesional que rinde el testimonio técnico, debe haber vivido las circunstancias externas del hecho investigado, mientras que para el perito especializado, no es necesario ni requisito indispensable su presencia al momento y en el lugar de los hechos. Este último posee los conocimientos precisos y necesarios para auxiliar a la justicia cuando; los hechos investigados fueron realizados sin testigos de cuerpo presente, o la investigación exige luces sobre un aspecto especial.

En todos los casos corresponde al juez, establecer la verdad, noción indiscutiblemente de naturaleza subjetiva ya que es la correspondencia entre el conocimiento que se tiene y la realidad. Lo grave de todo como también me he permitido consignar antes, es que la verdad tiene el rostro parecido al de la mentira.

Los psicoanalistas, han concluido que a través de las mismas operaciones mentales se llega a una y a la otra.

Solamente reitero una cuidadosa observación y comprobación en todos los sentidos puede conducirnos a diferenciarlas. Y como todo no llegará ahí, tenemos que detectar la mentira debe procederse si ella se produjo como resultado de un error involuntario o como una desprevenida equivocación, o por el contrario, corresponde a una intención dolosa por falsear del testigo, circunstancia históricamente reprobada y descalificada por los moralistas de todos los tiempos.

Al lado de esa "verdadera" mentira que se encamina a distraer la verdad de las cosas, se encuentran diversas formas de "pseu de mentiras" que se encaminará al error. Ellas han quedado oportunamente reseñadas al ocuparnos del testimonio de los niños determinados por su característica edición por la fantasía y de algunas manifestaciones de deformación de los hechos por circunstancias afectivas externas como la pasión, el odio, el rencor, el amor o cualquier sentimiento similar.

Modernamente y con claros aportes del tecnicismo en auxilio de la función judicial se conocen aparatos diseñados para el diagnóstico del testimonio. Entre ellos

tenemos, el automatógrafo, el sicogalvanómetro, el neumógrafo, entre otros escritos en su oportunidad.

En fin y como ya se ha dicho, el testigo es un instrumento vivo, inteligente y autónomo incomparable, que hay que tomarlo tal y como es, y con la que dé. Pero siempre será necesario examinar los resortes de su comportamiento cuando se tenga necesidad de conocerlo. Toda la compleja personalidad humana en sus prismas intelectuales, morales afectivos y psíquicos son el objeto.

Bien se ha dicho que las normas del derecho son impuestas por las necesidades mismas del conglomerado y que aquellas los coasociados aspiran a ver tutelados sus intereses. Nociones cuestionables o no, lo cierto es que ellas reflejan siempre las preocupaciones de todos o partes de los miembros de una comunidad dada. También hemos dejado sentado, en la parte final de nuestro trabajo, como referencia obligada del mismo, la parte preceptiva o las normas con las cuales se señalan un cause legal preciso para el testimonio indicándose su forma de producción y la manera como debe hacerse su valorización, fundamentalmente dando margen al imperio de la libre convicción y sana crítica por parte del juzgador.

BIBLIOGRAFIA

CARDOZO ISAZA, Jorge. Manual de pruebas judiciales.
Bogotá: ABC, 1969.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría general de la prueba. 6
ed. Bogotá: Temis, 1961.

DELVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal.
ABC, 1979.

ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal colombiano. Bogotá:
Librería El Profesional, 1981.

FLORIAN, Eugenio. Elemento de derecho procesal penal.
Italia: Bach.

GORPHE, Francois. La crítica del testimonio. 5 ed. Reus,
1971.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procecimiento Penal.
Bogotá: Temis, 1979.

QUINTERO OSPINA, Tiberio. Práctica Forense Penal. 3 ed.
Bogotá: ABC, 1980.

ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en derecho. 5 ed.
Bogotá: Lerner, 1976.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio
colombiano. Cultura Contemporánea.

_____. Procedimiento penal colombiano. Bogotá: Librería
Profesional, 1982.

SILVA MELLERO, Valentín. La prueba procesal. Madrid:
Revista de Derecho Privado, 1963.