

T.-D

1

176

UNIVERSIDAD DE CASTAÑA

FACULTAD DE

DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS DE GRADO TITULADA

"EL TESTIMONIO EN MATERIA CRIMINAL"

**SCIB**

00018576-1

ALUMNO:

ARTURO BELLO SARRIENTO.-

2

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**  
**RECTORADO**

**DOCTOR:**                      **WOLFRAM RIPOLL MERLANO**  
   **RECTOR.-**

**DOCTOR:**                      **HUMBERTO BENEDETTI VARGAS**  
   **SECRETARIO GENERAL.-**

**DOCTOR:**                      **CARLOS VILLALBA MUSTILLO**  
   **DECANO.-**

**DOCTOR:**                      **JOSON PAYARES BOSSA**  
   **SECRETARIO DE LA FACULTAD.-**

**DOCTOR:**                      **PEDRO VARGAS VARGAS**  
   **PRESIDENTE DE TESIS.-**

**PRIMER EXAMINADOR:**                      **DR. VICTOR LEON MENDOZA**

**SEGUNDO EXAMINADOR:**                      **DR. GUILLERMO GOMEZ LEON**

**TERCER EXAMINADOR:**                      **DR. RODOLFO NIEVES GÓMEZ**

**DEDICATORIA**  
**DEDICATORIA**

**A MIS PADRES:**

**BERNARDO BELLO TERRAN**  
**ELOTERIA GARNIENTO DE BELLO**

**A MIS HERMANOS:**

**BEATRIZ , BERNARDO, MALETTIN, ALEJANDRO**  
**RAUL, BASILISO, MIGUEL JOAQUIN, JULIA,-**  
**MIGUEL ANGEL, GERLANDE, LUIS MARINA, ELU-**  
**DINES, EMILCE, Y LUIS EDUARDO.**

**A MI NOVIA:**

**MARLENE.**

**A MI TIA CLARA N. VIUDA DE PRIMERA.**

**A MIS FAMILIARES Y AMIGOS, CUYO APOYO Y ESTIMULO ME SIRVIO**  
**DE INCENTIVO PARA ALCANZAR ESTA META.**

5

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA, LAS OPINIONES  
EMITIDAS EN LA TESIS, TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE  
PROPIAS DE SUS AUTORES"

ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO.-

CONCEPTO DE PRUEBA

Para precisar el concepto de prueba es necesario recordar un largo camino, que a través de sus escritos nos han señalado eminentes tratadistas de derecho, con el propósito de pasar las diversas definiciones. Vamos a tentar precisiones que nos ofrezcan una visión más clara de su acción, que ha sido tarea difícil tanto de los autores de derecho procesal, como de prueba en particular, no hay duda que es necesario transcribir los distintos puntos de vista que nos sirvieron de base para elaborar el concepto de prueba judicial, tanto en el campo penal como en el campo laboral o civil. El doctor Bernardo Devia Echazá dia, en el tomo I sobre teoría general de la prueba, nos señala este punto de vista, que al lado de otros vertidos del derecho, le han servido de partida para precisar el concepto.-

PRIMER PUNTO DE VISTA.- Muchas la considera objetivamente desde el más amplio sentido como un hecho supuestamente verdadero, que se presume debe servir de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho en el mismo sentido. Dice Carnelutti: "Que cuando véase el hecho que hay que valorar no está presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente" (estos objetos son las pruebas) y en otro lugar observa que en los códigos suele decirse que un hecho hace prueba o hace fe de otro.-

Franz von Deliktente afirma en igual sentido: "Un hecho físico nos lleva al conocimiento de otro hecho físico o moral y al que conduce al conocimiento de que no ha sido percibido directamente, constituye la prueba de este".-

Como podemos observar desde el primer punto de vista, se restringe la noción de prueba a los hechos que lo sirven de prueba a otros hechos, lo que sucede en la prueba judicial o con esta aplicación a los hechos que sirven de prueba, en los cuales cabe el documento.-

CONCEPTO JURIDICO DE LA PRUEBA.- Es un concepto más genérico, pero desde un punto de vista también objetivo, cual es hallarse en una forma frecuente, de que en prueba judicial todo medio que nos sirve para probar cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, los objetos y también los actividades como la inspección judicial, el dictamen de perito, la declaración de testigo, la confesión, etc etc, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto al conocimiento, por el juez, de la cuestión de hecho o planteada en litigio en cada proceso.

Este proceso o concepto, lo encontramos entre otros en Carnelutti, cuando habla de equivalente sensible del hecho a apreciar o nos al medio que proporciona conocimiento y de cualquier forma de fijación del hecho controvertido a un cada uno de los medios del proceso probatorio. En Floriani cuando dice que una

de las excepciones en la del medio que se emplea para la investigación, la de la verdad de los hechos; en Carrara quien la define como "Todo lo que sirve para dar una certeza acerca de la verdad de una proposición"; en Lecoz para quien es prueba todo medio que pueda alcanzar el doble fin de haber conocido del juez un hecho controvertido y dudoso y darle la certeza de su modo preciso de ser"; Planjal y Ripart, quienes advierten que se entienden también con ella los elementos de convicción considerados en sí mismo.

PRUEBA COMO FIN EN SÍ MISMO.- Desde este tercer punto de vista, esta vez subjetivo respecto a los anteriores objetivos, se considera la prueba por el aspecto de un resultado, esto es con la convicción con que ella se produce en la mente del juez sobre la realidad de los hechos que conforman el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa, bien sea en cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso. Cappelletti afirma al respecto, cuando dice que prueba no lleva también "El conocimiento mismo suministrado por tal objeto, como cuando el código habla de argumento de prueba y en otro lugar observa que la doctrina habla : la pro de prueba con la construcción de la verdad legal de un hecho o fijación de la verdad factual o material de los hechos según el sistema en rija, en los códigos

se utiliza el término prueba también para significar el resultado del examen de determinadas medidas de fijación de los hechos. Ricci opina "que es administrar la consecuencia de que un hecho ha ocurrido y el modo como se verificó. No es lo mismo que en el uso de una significación la demostración de la existencia o de la verdad de los hechos.-"

Esta tercera concepción es admisible por la identificación de los autores al lado de lo anterior y podemos afirmar que tanto del punto de vista subjetivo como del punto de vista objetivo son susceptibles en el lenguaje periodico procesal, porque no puede designarse la noción de prueba de los medios utilizados para su administración, ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido por ella.-

CUANTO PUNTO DE VISTA.- La observación hecha en el punto de vista anterior, pone de presente que existe un cierto punto de vista, en el cual se cambia el concepto objetivo de hechos tales en conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que en ella se obtiene en la mente del juez, y lo decir que es una síntesis de los tres anteriores y entonces se define la prueba como el conjunto de motivos que una administración con conocimiento cierto o probable de cualquier cosa, suministran en definitiva aceptada por otros como observa Floriani, habla de conjunto de motivos que producen certeza. Carnalutti se o-



riente hacia este aspecto al explicar la prueba civil, su sentido jurídico como la primera edificación de teoría general de la prueba y las instrucciones cuando dice "que las pruebas son pues un equivalente sensible del hecho a apreciar en el sentido que proporciona al evaluador una medida a la cual, puede adquirir el conocimiento de ese hecho, en la segunda edificación de teoría general y en la lección del proceso penal, considere que la prueba es un medio que brinda al juez una experiencia y que por lo tanto le sirve para relacionar la especie con el género, es decir el pasado y el futuro. Para Boco la prueba es el control de la verdad o existencia de los hechos propuestos o afirmados por las partes, lo cual implica:

- 1.- Actividad de las partes.
- 2.- Actividad de los órganos de control o jurisdiccionales, es decir los medios administrados y el resultado obtenido al apreciar los esfuerzos.

Puede decirse que los autores citados en esta parte de vista, que en forma expresa, no se decidan en favor de este concepto nítido de la prueba, combinación de aspectos subjetivos y objetivos, pero en forma indirecta, lo sugiere al presentarlos separadamente, como dos necesarias acepciones del término. En consecuencia, es este el punto de vista que gana de aspectos parti-

darlos y en nuestra opinión que pre está una acción integral de la prueba y lo cual no dudamos en aceptarlo.

Existen todavía otros dos puntos de vista jurídicamente inapropiados de alguna frecuencia en el lenguaje de autores y legisladores.-

PRIMERO PUNTO DE VISTA.- Desde el punto de vista objetivo, que mira no al medio o hecho que sirve para probar, como en los dos primeros, sino al cosa o acto que se quiere probar, se habla de prueba identificandola erróneamente como la materia que debe probarse o el objeto de la prueba según advierte Floriani. En este sentido dogmático, no dirá que el hecho culpable es la prueba de la responsabilidad del demandado, sino en verdad se trata de un error jurídica y la prueba la forma en realidad los medios utilizados para convencer al juez, de que existió ese hecho culpable.-

SEGUNDO PUNTO DE VISTA.- Por último se habla de prueba como actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba, confundiendo esta con la manera de producirla y apreciarla en el proceso; tal significado lo incluyen entre los varios que puede tener el término Floriani, Carnalutti, Roso, entre otros. En este sentido

se dice que las partes producen pruebas o que el juez ordena, practica, aprecia o valora la prueba, pero refiriéndose no a los medios llevados al proceso valorado por el juez, sino a la actividad de producción o apreciación; sin embargo bien puede entenderse esta frase con mayor técnica aplicándola a los medios o motivos de prueba aportados al proceso, para obtener el conocimiento del juez, sobre los hechos y a la valoración de aquellos para adoptar la decisión, es decir, sin salirse del cuarto punto de vista.-

LA VERDAD Y LA CERTeza

El fin en materia probatoria es la producción de la certeza en el ánimo del juez acerca del hecho a probar, sin embargo las estrechas dificultades de llegar a la certeza, reduce este mismo fin como justo y realizable aspiración, la convicción del juzgador, que no es otra cosa que la creencia de estar en la certeza. Pero convicción y certeza son fundaciones derivadas y lo fundamental es la verdad. Esto es el fin de toda prueba, de ahí que Eduardo Bonnier inicia su clásico tratado de las pruebas con estas palabras: "La ciencia del derecho y por lo tanto el juez se propone por objeto en la esfera que le está señalada el descubrimiento de la verdad".-

Basado en los principios antes anotados, tenemos que para formar un concepto de la certeza o de la verdad, tendríamos que relacionar la realidad objetiva de los hechos a probar y nuestro conocimiento de tales hechos y así entonces podríamos afirmar que es la identidad de nuestros conocimientos con la situación objetiva correspondiente, todo esto en cuanto a la verdad se refiere; ahora en cuanto a la certeza tendríamos que aceptar que es la falta de toda duda entre la realidad objetiva de los hechos y el conocimiento que tenemos de ella. Pero para tener una claridad acerca de los conceptos de verdad y certeza es importante realizar lo que respecto a ella han dicho o afirmado distinguidos tratadistas del derecho. Para lo cual voy a transcribir el concepto que de la verdad nos plantea el ilustre y estudioso Faquet, quien sostiene: "que la verdad es aquello que cree el hombre por lo real, cree por lo que es ya como hecho, ya como idea".

El ilustre profesor Antonio Pellegrini refiere la transcripción que de su respetado argumento hacemos. Este distinguido maestro del derecho sostiene lo siguiente acerca de lo que Faquet define no es la verdad, sino es la certeza o sea la creencia en su grado más, la creencia es su plenitud y perfección, es decir un estado psicológico caracterizado por su adhesión firme y así como alguno de duda o aquello que se conoce o para explicar

los términos de Faquet, lo que es ya como hecho, ya como idea. No; la verdad es una cosa y otra cosa bien distinta es la certeza, tan distinta que no dan caso en que existiera la segunda falta sin embargo la primera.-

Cuarenta voces enteros persuadidos de hallarnos en posesión de la verdad y en realidad como víctimas de una evolución linearia cuando adherimos sin sombra de duda a un hecho o idea por despus reconocemos erróneos.-

## CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS-

### EL TESTIMONIO - PRUEBA LIBRE

#### RECTA.-

Las pruebas se clasifican en:

- a.- Pruebas perfectas o completas e imperfectas e incompletas
- b.- Solenes y libres
- c.- Directas e indirectas (reales y personales)
- d.- Históricas y críticas
- e.- Judiciales y extrajudiciales
- f.- Sencillas y contradichas o públicas
- g.- Mixtas

En nuestra legislación el código de procedimiento penal, según su artículo 217 define la prueba plena o completa como la reconocida por la ley como bastante, pero que el juzgador declare

La existencia de un hecho, en tanto que en materia civil, sería lo que apreciada por el juez de acuerdo con la sana crítica le da convicción plena, completa o perfecta sobre la existencia o verdad del hecho al cual se refiere. Tal diferencia se debe al sistema empleado en una u otra rama, para la valoración de la prueba.-

La prueba incompleta o imperfecta es aquella que no da convicción plena o completa al juez, sino que solo establece como susceptible de ser veraz al hecho o acto en el cual recae. Nuestro Código de Procedimiento penal en el artículo 218, define que dos o mas pruebas incompletas constituyen prueba plena. Si los hechos que la constituyen están probados plenamente y en coexistencia no es posible, si la del hecho que trata de probarse, se establece por este procedimiento, la llamada unión de pruebas. Mantienen estos dos códigos, algo así como el resto de la vieja crítica criminal de Bentham, quien con mucho ingenio en su época, juzgaba el poder de convicción del testimonio humano por fracciones, según las circunstancias del testigo y de su declaración, criterio y como veremos en su oportunidad, ha sido roto por la crítica moderna científica del testimonio humano.-

Según la ley, si una sola prueba se basta por sí misma, para producir certeza en el ánimo del juez, porque es sencilla,

según la tarifa legal, puede suceder que dos o más lo lleven a creer y eliminen toda duda en contrario

**PRUEBAS SOLEMNES Y PRUEBAS LIBRES.**- Nuestro Código Civil establece algunas formalidades en ciertos actos jurídicos o contratos, que sin esta clase de pruebas no produce ningún efecto, es un ejemplo de ella en la compraventa de inmuebles, la escritura pública es al propio tiempo que solemnidad, única prueba del contrato, artículo 1.760, 1.500 y 1.741 del Código Civil. Todo esto en cuanto a lo relacionado con el derecho que se va a constituir sobre el bien inmueble en materia de contrato.-

**PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS.**- Llamadas también reales y personales, todo depende del contacto mediato o inmediato, que el juez o funcionario tenga con los hechos que se pretenda probar o demostrar. Si el hecho o la cosa se colocan bajo el efecto de los sentidos o percepción directa del juez, la prueba es directa e inmediata y real, como por ejemplo: Cuando se verifica mediante inspección judicial por el juez, la ruina en que ha quedado e quedó el edificio, todo esto para el juzgador, para juzgar con mayor acierto.

Se dice que la prueba es indirecta o personal cuando el juez o funcionario adquiere el conocimiento de los hechos, por noticia ya sea por medio de testimonio, dictamen pericial, indicios,

confesión y documento, es decir el juez no adquiere los conocimientos por el mismo, sino que él apenas escucha el relato o la descripción o el juicio de otras personas.-

Como se puede observar claramente, por medio de esta clase de prueba o sea la prueba directa o real, el juez adquiere mayor grado de certeza o de convicción, como en el caso de la inspección judicial por ejemplo: El funcionario percibe por sus propios sentidos, los hechos sin necesidad de que sea el relato o dicho de un tercero, quien lo lleve a formarse una convicción como sucede en el caso de la prueba indirecta o personal, en ella el juez se forma el conocimiento de manera mediata acerca de los hechos, a través de peritos, testigos, comentaristas, pro-  
cedencia, indicio .

PRUEBAS INDIRECTAS Y PRUEBAS CRITICAS.- Carnalutti, divide las pruebas indirectas y criticas. Parte de la observación universalmente aceptada que cualquier percepción del mundo exterior animal o humano, sirve de prueba en cuanto constituye objeto de las afirmaciones de las partes o se encuentre en cierta relación con tales afirmaciones y de que aun no siendo objeto del hecho que se ha de probar, sin embargo lo representan.

Quisiera esto decir, agrega el autor, que el hombre actúa o la cosa está hecha de modo que excite a través del hecho mismo. El conocimiento de su representación se funda en un princi-



pio, que se podría llamar de la equivalencia perceptiva, es virtud de la cual fuentes de concusiones sirven para entusiasmar la misma idea: Cuando un hecho tiene en sí esta propiedad de poder despertar la idea de otro hecho decimos que lo representa. Así ocurre cuando un testigo narra un hecho o cuando se observa una fotografía del mismo. Las pruebas no tanto por la aptitud que tienen en sí, cuanto por ser empleadas en razón de esta aptitud reciben el nombre de pruebas históricas".

Pero cuando el juez no dispone de una copia representativa, sino sólo bien de objetos que sin tener la propiedad de reflejar el hecho por probar, le sirven para probar la existencia o inexistencia del mismo hecho, se trata en este caso de pruebas críticas. Carnelutti localiza en la prueba inicial y da como ejemplo el clásico ejemplo de la herida inferida por Ticio a Cayo: No hay testigos ni una fotografía ocasional ni narración de parte etc (que serían pruebas históricas), pero sí existe el precedente de un altercado entre Ticio y Cayo, si Ticio había manifestado su propósito de agredir a Cayo, si se le encontró un cuchillo apto para la clase de herida que este sufrió, si el vestido de Ticio muestra huellas de sangre, etc todos estos hechos coincidentes, aunque no tengan la aptitud y la función representativa del hecho que se trata de probar (Ticio fue quien hirió a Cayo) por raciocinio lógico, por inducción, permiten reproducirlo.

Tal es la prueba crítica.

"En la prueba directa está presente el hecho que ha de probarse; en la histórica no está presente pero está representado; en la prueba crítica no está presente ni representado".-

PRUEBA JUDICIAL Y PRUEBA EXTRAJUDICIAL.- Prueba judicial es la que se realiza en el proceso por o ante el juez, que legítimamente conoce de él, o ante un funcionario designado por él, para verificarla o reunirlos; y es extrajudicial cuando se realiza fuera del proceso y por tanto ante cualquier persona.-

PRUEBA SUMARIA, CONTRADICIA O PUBLICA.- Prueba sumaria es la que no ha sido controvertida como declaraciones de testigos tomado<sup>os</sup> extrajudicial, un documento privado suscrito ante dos testigos, pero que el obligado (no ha reconocido) no ha reconocido una inspección judicial sin citación de la parte contraria, etc. El fundamento de toda prueba es el sentimiento o la contradicción del adversario, es otras palabras que aun de hecho en el proceso no haya sido controvertida (Ejemplo porque la contraparte lo juzga inútil o halla dejado pasar la oportunidad de discutirlo procesalmente), la contraparte halla tenido la oportunidad de hacerlo. La corte define la prueba sumaria así: "Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en esta ciertas formalidades, es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce"

La prueba sumaria desde un punto de vista de su poder de convicción es prueba incompleta, aunque el carácter de sumaria de una prueba no dice tanto de su poder demostrativo, sino el carácter de haber sido o no contra dicha.-

El testimonio es para el juez prueba indirecta, porque el juez adquiere el conocimiento de los hechos que afirma tener conocimientos o sea que por medio de este medio probatorio el juez, no adquiere los conocimientos por sí mismo, como sucede en la inspección judicial, donde sucede lo contrario, es decir, que el funcionario se pone en contacto inmediato con los hechos materia de la investigación.-

SISTEMA PROCESAL - EL SISTEMA COLOMBIANO.- CONJUNTO DE EL SISTEMA INQUISITIVO.- Son tres las formas fundamentales:

- a.- El proceso acusatorio o dispositivo
- b.- El proceso inquisitivo
- c.- El mixto

Según sea quien tenga la iniciativa en la consecución de la prueba, se podía diferenciar cuando el proceso es inquisitivo o por el contrario es acusatorio. Nuestra ley procesal penal adoptó el sistema mixto, el cual puede prevalecer al sistema inquisitivo o al acusatorio, según sea la configuración del proceso. Así tendremos que entre nosotros en el proceso criminal o penal hay predominio del sistema inquisitivo y por el contrario en

materia civil predominaba el sistema acusatorio o inquisitivo, muy a pesar de la reforma introducida en nuestro código judicial.-

**SISTEMA INQUISITIVO.-** Cuando las funciones de acusación, defensa y decisión, se reúnen en una sola mano que los ejerce y hasta la gestión, estamos en presencia del proceso inquisitivo, tuvo su origen este proceso bajo el papado de Inocencio III y encontró aplicación en algunos decretos de Bonifacio VIII, pero la codificación más completa la promulgó Luis XIV en ordenanza criminal de agosto de 1.670. Transcribamos algunas anotaciones hechas por Alejandro Buiso: El acusado envuelto en las redes de un procedimiento excepcional que ocultaba su corazón, no tenía ninguna garantía de defensa y el abogado mismo que lo designaba al santo oficio, debía convertirse en acusador, no bien aduérta la culpabilidad de su cliente. Un decreto del 18 de junio de 1.564, ordenaba que el abogado debía comprometerse bajo juramento a depositar la toga, una vez que se hubiere comprobado que el reo era un críptico portinaz, debía revelar los cómplices que descubriera bajo el arbitrio de los cardenales de la congregación. Los testigos de la acusación debían ser ocultados para el procesado y hasta su nombre se ocultaba con una sola letra del alfabeto para no indicarlo claramente,

tambien se omitian en sus declaraciones, todos los detalles que facilitarían su identificación (decreto del 14 de marzo de 1.966 y el 8 de octubre de 1.966), todo debía desarrollarse dentro del más misterioso secreto y se tomaban penas gravísimas contra los mismos funcionarios de la inquisición, que se tomaban la libertad de hacer indirectas revelaciones.

En el santo oficio se aplicaba la sentencia evangélica en la cual, la mano izquierda debe ignorar lo que hace la derecha y desgraciadamente esta mano se ejecuta en arrancar confesiones por medio del uso y abuso de la tortura. En los decretos recogidos por Pastor, no se evadían los culpicios del azote que el comisario del santo oficio daba a quien se negaba a responder.

Los ilustrísimos y reverendísimos cardenales inquisidores ordenaban que no los torturara con el fin de arrancarle una respuesta precisa de las pruebas penales por Pietro Frosas, según Florin esto el tema inquisitorio, da lugar a un proceso unilateral de jueces de actividades multiformes que todo lo absorbe y todo lo deben prever por sí mismo.-

Veamos algunas características de este sistema:

- a.- El proceso se inicia de oficio
- b.- Los jueces son funcionarios que permanentemente administran

Justicia.

c.- El proceso es unilateral: La autoridad inicia por sí y entre sí la investigación y sigue por sí sola sin que el procesado pueda intervenir.

d.- El proceso es escrito, de todo queda constancia

e.- La prueba corresponde al juez

f.- Reserva del proceso, si el procesado conoce la prueba.-

SISTEMA ACUATORIO O DISPOSITIVO.- Es aquel en que cada una de las funciones de acusación, defensa y decisión se confía a un órgano propio y separado que lo ejerce y hasta lo gestiona, se puede decir que este es un proceso de parte, como decía Schenck que para ser dispositivo un proceso es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio.

Son características de este sistema:

- 1.- Existe un juez que conoce del proceso y no tiene iniciativa del proceso de pruebas-
- 2.- Las partes tienen iniciativa en materia probatoria.
- 3.- El proceso es público
- 4.- Existe una controversia entre las partes
- 5.- La sentencia pone fin al proceso y ella debe ser un resumen de este.

Este proceso tuvo su origen en el Oriente y desapareció con el Imperio Romano, donde predominó el inquisitivo, fue más tarde en Inglaterra donde vino a reaparecer.-

**EL SISTEMA MIXTO.-**

Este es el fruto de la combinación de los otros dos sistemas o sea es el sistema ecléptico, que trata de combinar las ventajas de uno y otro. Sobre el estudio de él, me voy a limitar al caso Colombiano, que es uno de los clásicos de lo que es este sistema y así podemos hacer algunas consideraciones que lo caracterizan.

Si se trata de un proceso penal, es indudable que prevalece el sistema inquisitivo y por el contrario si se trata de un proceso civil, el sistema que se emplea es el acusatorio, pero ambos participan del sistema mixto sin excepción por integrarse ambos materias en uno y otro elemento de ambos sistemas, si se trata de un proceso penal en la primera parte del proceso, el sistema empleado es el inquisitivo (instrucción) y la segunda parte o sea el juicio es la inquisitoria.

Si en el proceso civil basado en el artículo 177 y 179 del Código de procedimiento civil, se ve claramente que el proceso civil participa en ambos sistemas y por tanto es mixto, el sistema

nuestro, aunque en materia civil hay una preponderancia de la acusatoria. Nuestro proceso, como ya lo hemos visto, participa de un sistema mixto, en cuanto a los métodos procesales que existen universalmente, pero como anotábamos en el estudio, al hacer la clasificación de los medios de pruebas aplicables en nuestro proceso Penal Colombiana, observamos que en este medio de prueba o sea el testimonio, no se aplicaba la tarifa legal, sino el sistema de la persuasión racional, aplicando las reglas de la sana crítica, por lo que debe el juez tener en cuenta las condiciones personales y sociales del testigo, lo cual requiere un gran estudio no solamente moral, sino psicológico del testigo, para que este medio probatorio pueda rendir en el ánimo del juzgador, la certeza; para concluir entre nosotros el juzgador para calificar el testimonio, debe consultar las condiciones sociales, económicas, psicológicas y físicas de los declarantes y conforme a las reglas de la sana crítica, darle su valor naturalmente que atendiéndose a la realidad de los hechos.-



MEDIOS DE PRUEBAS E IMPORTANCIA DEL TESTIMONIO.-

La noción de probar y la de la medio probatorio han recibido notables definiciones. Siendo todas variedades de la misma idea, seleccionamos algunas, inclusive de nuestra ley positiva.

Las siete partidas definen las pruebas tanto en materia civil como en penal así: "Averiguamiento que se hace en razón de una cosa que es dudosa".-

Don Joaquín Escriche, comentandola le agrega en su admirable diccionario la definición de medio probatorio y dice: "Es aquel con que se muestra y se hace patente la verdad y la falsedad de alguna cosa.

Digamos que se trate de saber quien dió muerte a Ticio, cuyo cadáver aparece hendido con arma punzante. En la investigación le ponen varias personas, mayores y de toda excepción, sin tachas, contestes y concordés, así en cuanto al delito y sus circunstancias, como enc cuanto a la persona del homicida, son relatos espontaneos, sin comunicarse entre sí sus impresiones, con palabras distintas y que coinciden en las circunstancias de lugar, tiempo y modo, tanto sobre la persona del homicida como respecto a las heridas y demás elementos integrantes del cuerpo del delito. Esta fue una actividad probatoria, el averiguamiento que se hizo en juicio, en busca de la verdad de una

cosa antes desconocida o dudosa. Y en este caso los testimonios habian sido el medio probatorio principal, que unidos a la inspección judicial hecha por el juez, condujeron al descubrimiento de la verdad, la mostraron e hicieron patente.-

Lecona, partiendo de la norma, obedecio a una necesidad práctica, de que al juez civil hay que llevarle al conocimiento de los hechos, dice que probar significa hacerlo conocer al juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo de ser.

Completa la idea con la definición que luego da de los medios de prueba así: "Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él y juntamente darle la certeza de la existencia de aquel hecho, es un medio de prueba".-

Estas definiciones son muy precisas, como el juez ignora los hechos, y la parte interesada si los conoce, pues los han creado y los han vivido, deben hacerselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio. La certeza viene a ser la persuasión de la verdad, algo subjetivo en su conciencia.

Y si la certeza, es como decíamos, la persuasión de la verdad y la verdad a su vez es la conformación de la idea con el hecho, las pruebas judiciales vienen a ser el medio por el cual llegamos a conocer con mayor o menor certeza la verdad de los hechos.

Estos medios están enumerados por el propio Código Civil y re-

glamentados por los del procedimiento civil, penal y laboral. En el procedimiento civil agrega dos clases más de juramento y cualquiera otros medios que sean útiles para el conocimiento del juez. Las presunciones que incluyen la prueba llamada indicio, nombre genérico para las pruebas en lo penal.

Nuestro código de Procedimiento Penal, los enumera de la siguiente manera:

- 1.- Inspección judicial
- 2.- Indicios
- 3.- Testimonio
- 4.- Documentos
- 5.- Confesión
- 6.- Prueba pericial.-

De todos estos medios de pruebas, aceptados por nuestra Legislación penal, es de destacar la importancia del testimonio y sus avances obtenidos, utilizando para ello en gran escala la psicología judicial. Es el testimonio uno de los llamados medios de prueba personales, debido a que esta clase de prueba no admite un contacto directo del funcionario con los actos o hechos a probar, sino que por el contrario, lo limitan a recibir un relato pormenorizado sobre los hechos que afirma tener conocimiento un tercero.

Yo considero el testimonio, como uno de los medios de prueba más eficaces de lo generalmente admitidos en nuestra legislación y en cuanto se refiere a la materia criminal, es indudable que alcanza una mayor preponderancia y un uso casi común en cada uno de los procesos, si nos ponemos a observar en cada uno de los cuerpos encargados de administrar justicia, en materia penal y hacemos un balance de los medios de pruebas más considerados,

en los negocios jurídicos a su alcance, sin exagerar en lo más mínimo, indudablemente que el resultado sería el testimonio es el medio de prueba más utilizado e importante en materia criminal; muy a pesar de que es el juez quien debe darle su valor de acuerdo con el sistema que consagra las reglas de la sana crítica. Desde este punto de vista entramos a estudiar su valor probatorio, teniendo en cuenta la calidad de prueba que es el testimonio, estudio que avocaremos más adelante.-

Haciendo un recuento sobre los medios de prueba admitidos por nuestra legislación penal y que antes anotamos, vamos a entrar nos sobre el sistema que nuestra legislación adopta para valorar dichos medios en materia penal.-

Nuestra legislación penal adopta el sistema de la tarifa legal, con excepción del testimonio y la peritación, los cuales están sometidos al sistema de la persuasión racional. El sistema de la tarifa legal se aplica en cuanto a la apreciación de la prueba, donde se fijan de antemano los medios probatorios y se les atribuye un determinado poder demostrativo, es decir tiene la prueba un valor inalterable, constante e independiente del criterio del juez, quien deberá limitarse a aplicar la ley a casos determinados al decir de Lessona. También en materia criminal en cuanto a la elección de los medios se utiliza el sistema de la prueba legal, pues el artículo 215 de Nuestro código de Procedimiento Penal, establece de manera expresa que no se puede dictar sentencia condenatoria, sin que las pruebas obren en el proceso legalmente producida o lo que es lo mismo, de acuerdo con lo previsto por la ley. Por Ejemplo: no se puede decretar la práctica de una prueba distinta de las admitidas por nuestra (por nuestra) legislación penal, pero cualquiera de la admitidas

en esta materia. El sistema de la tarifa legal encuentra su base jurídica legal en el artículo 216 del Código del Procedimiento Penal, que transcribe a la letra dice: "Estimación legal de la prueba", Indubio Proreo. En los procesos penales, las pruebas no se recieban por su estimación legal, toda duda se debe resolver a favor del procesado cuando no haya modo de eliminarla.

Los únicos casos excepcionales en cada nuestra legislación penal, se admite el sistema de la tarifa legal, es en el testimonio y la peritaje, para lo que admite el sistema de la permanencia racional. Razones bien fundamentadas obtuvo nuestro legislador al hacer tal distinción y en cuanto al testimonio se refiere, encuentra su base sólida en el artículo 256 de nuestro código de Procedimiento Penal, que a la letra transcribimos: "Capacidad para rendir testimonio. Valor probatorio. Toda persona es hábil para rendir testimonio. Pero el juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de las críticas del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración"

Las condiciones y circunstancias, que sobre el hecho anterior pueden ser convincentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración.

"Según sentencia de la corte en el estatuto penal vigente la apreciación del testimonio, es función más autónoma del juez y así uno solo de los testigos pueda darle la convicción, que dos o más informen sobre un determinado hecho no lograrían darle y entre dos testigos que según la frase de Bentham son los ojos y

oides de la justicia, uno categórico y enfático y otro que vacile, puede resultar más digno de fe y confianza al último, porque se ha dicho con bastante razón y atendiendo a las enseñanzas de la experiencia que el mejor testigo es aquel que duda".-

El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, sirve de fundamento al valor probatorio de la peritaje y dice: "Valor probatorio al dictamen del perito no es por sí plena prueba. Debe ser apreciado por el juez o el funcionario instructor, quienes para acogerlo o desecharlo total o parcialmente han de expresar clara y concisamente, las razones en que fundan su decisión".-

EVOLUCION DEL TESTIMONIO COMO PRUEBA.-

LOS LIBROS SAGRADOS Y LAS LEYES.- Como documentos que sirven para medir el grado de civilización de la cultura de un pueblo, ante todos sus códigos o leyes y sus libros sagrados. Alguna manera, a veces por omisión absoluta, ellos muestran importancia y utilidad, o el concepto moral, que a una raza o nación le ha merecido en cada época el testimonio humano. La crítica de la historia del testimonio desde la más remota antigüedad hasta la fecha, y no obstante los esfuerzos de las dos grandes escuelas científicas de los últimos dos siglos-- LA LOGICA RACIONAL de la prueba testimonial que inició Bentham y reafirmó Mittermaier, y la escuela científica posterior de Binet, Stern y Claparède-- ha demostrado que "...Los jueces siguen abandonados a sus propios medios frente a los testigos", según la reiterada expresión de que se vale François Gorphe, para indicar el predominio del empirismo y la ausencia de la investigación y de la verdad en su comprobación científica o falsedad, total o parcial, de la narración de un testigo, es decir, del contenido real de su afirmación. Lo que hace que Gorphe, militante en la escuela científica citada observara:

"Pero si el testigo es viejo como el mundo, las ciencias del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX, y no ha acabado de nacer todavía"

EL CODIGO BABILONICO DE HAMMURABI.- El antiquísimo código de hammurabi o Yamurabi, ilustrado y espléndido rey de Babilonia del siglo XXI antes de Cristo, que además de leyes penales y de derecho público reguló ampliamente en materia civil, casi los mismos temas generales que siglos después el Vigésimo Romano, ya preveía la forma solemne para la prueba del matrimonio y tu-

vo 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, se diga de muerte,  
Y si rinde testimonio por trigo o dinero, sufrirá la condena del  
respectivo proceso".-

**EL CODIGO DE MANU Y EL TESTIMONIO.-** Desde la remota época de la  
ley de Manú, de antigüedad discutida en la historia de la India,  
la experiencia de ese pueblo formuló impedimentos para aceptar  
el testimonio de amigos, criados, locos, gentes de mala reputa-  
ción, "...Ni de los que están dominados por el interés pecuniario  
o excedidos de fatiga o apasionados de amor", porque desvían e  
disimulan la verdad.

El libro VIII del código de Manú regula reglas y problemas al  
uso o estilo de los modernos, y en materia de testimonio y de  
juramento, de espuriosos y observaciones prácticas son relativa-  
mente avanzadas, menos desde luego, en cuanto al avanzado con-  
cepto de la mujer en sociedad, en familia y en justicia, lo cual  
era propio de esa época.

Respecto de 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 in-  
dicar el lugar donde se hizo el préstamo o dar otra clase de  
pruebas. El que designa un lugar falso, o después de haberlo  
designado se refracta, el que se contradice en sus declaraciones  
el que no quiere confesar a las preguntas que legalmente se le  
dirige, 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 prestado por lo grandes sabios y por los Dioses, para esclarecer los casos dudosos..." A las mujeres, no les admitía testimonio, aun siendo varías y honestas, "a causa de la movilidad de su espíritu". Siglos después de la Edad Media, el derecho Canónico mantenía este mismo concepto de los antiguos Vedas, sobre el testimonio de la mujer.

LA LEGISLACION Y LA LEY DEL TALION.- Entre los libros que forman el antiguo testamento o Biblia, las leyes de Moisés dió al pueblo Ebreo, contienen disposiciones que dan peso, fuerza y medida de valor probatorio al testimonio, a más de severas sanciones penales para "El testigo malo", las cuales analizaremos en la lección sobre el testigo único y ahora en parte citamos como antecedentes que perduran todavía.

Dice el Deuteronomio: "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".

El versículo que sigue al transcrito condena al falso testigo con la famosa pena del talión. Recordemos que el precepto noveno del decálogo prohíbe el falso testimonio. La investigación que precede al testimonio falso y que da lugar a la ley del Talión dice así:

"Si surgiere contra uno un testigo malo, acusándole de un delito, los dos interesados en la causa, se presentarán ante Yavé, ante los sacerdotes y los jueces en funciones en ese tiempo, quienes él, después de una escrupulosa investigación, averigua-

sen que el testigo, mintiendo, habla de lo falso testimonio contra su hermano; así quitará el mal de en medio de Israel. Los otros, al saberlo, tendrán y no cometerán otra mala acción en medio de ti; no tendrá tu ojo piedad; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie"

Estas disposiciones de procedimiento judicial son complemento de lo dispuesto en el mismo Deuteronomio en Capitulo 17, versículo 6 y Sa., y en el libro números, Capitulo 35 versículo 30.

No parece que en los libros bíblicos halla las bases o impedimentos del código de Hamá ni reglas de interpretación del testimonio.

EL DERECHO DE LOS ROMANOS.- En el derecho Romano con todo y ser la recolección legal y conceptual más sabia y admirable que registra la jurisprudencia del mundo, no hay todavía base para hacer del testimonio un estudio o análisis psicológico, experimental y clínico, pues apenas fragmentos aislados y ante todo las leyes cuatro y nueve de Testibus, tachan el testimonio de los parientes, en línea recta al inmarco, al furioso y a los dementes, a los condenados en el juicio público, a los apóstatas etc. También se ocupan de la superioridad de la prueba escrita sobre la prueba oral, aunque a lo escaso está discutido por los intérpretes y de otros temas como el caso profandi, con los cuales el famoso derecho romano aporta aspectos que pueden considerarse, más que jurídicos, casi de psicología experimental.

La caída del Imperio Romano de Occidente en 476 casi coincide con la expedición de la codificación de las doctrinas del salomónico derecho, y desde entonces, con larga noche de transformación sustraje, proclamante por diez siglos, hasta la caída del otro Imperio con su capital Bizantina en 1.453, de la aplicación

del derecho, a las naciones Europeas, especialmente en derecho probatorio o judicial un nuevo aspecto o concepto oscuro, irracional y absurdo. El de las Ordalias y Juicios de Dios, para determinar quien es deudor y quien es culpable, constituyo las invenciones en que hubieras podido aplicaras y perfeccionar los racionales conceptos del Corpus Juris Civilis.-

Ordalias fue un sistema de pruebas judiciales adoptadas durante la edad media en los tribunales civiles y eclesiasticos, que confiaba con una fe sencilla y ardiente, en la intervencion de Dios en favor de la inocencia y de la verdad, por todos inescrutables de por si e ilogicos. En cuanto suponian que Dios se manifestaba de esta manera milagrosa, contrariando no solo la logica sino las fuerzas y la expresion de la naturaleza, se llamaron Juicios de Dios. Se pretendia que ni el fuego como ni el agua boje, que la fuerza de gravedad no actue, que el inocente acrezca sus fuerzas y las del culpable disminuyan.

Ningun pueblo se habia contruido a tales pruebas judiciales, los salvajes ante todo, pero tambien Babilonia y Asiria, El Egipto, el Chino, el Griego y el Romano, los Mahometanos, toda Europa en la Edad Media y aun despues, hasta inclusive el siglo XVIII.-

**LAS SIETE PARTIDAS, EL DUELO Y EL JURAMENTO.**- Las leyes de las Siete Partidas corresponden a la edad media, muy avanzada ya: Año de 1.283. Al enumerar los medios de pruebas, mencionan "La lid de Caballeros o de peones que se face en randa de riesto (duelo) o de otra manera", pero no para incluirla con las pruebas de verdad como el testimonio, la confesion, la vista del juzgado, la presuncion o gran sospecha y las cartas hechas por

36

mano de escribano público o de otra manera "que la haga creíble o valedera", sino, precisamente para no adoptarla, pues si la fama y las costumbres la consagran, "Los sabios antiguos que hicieron las leyes (departidas), no lo tuvieron por derecha prueba". Atestación que aserita altamente el famoso documento de 1.283.-

Y agrega:

"Et esto por dos razones: La una porque muchas veces (veces) sucede que en tales lides pierde la verdad y vence la materia; la otra porque aquel que a voluntad de su aventurar a esa prueba semeja que quiere testar a Dios nuestro Señor, que es cosa que él defendió por su palabra allí de dixo: Satanas, no tentarás a Dios tu Señor".-

La ley de partidas regula el duelo, es cierto, pero no como pruebas sino como manera de amonazarlos, siendo entonces imponible desconocerlo y menos prohibido por ser la costumbre el famoso diccionario jurídico de Escriche dice al respecto:

"El duelo manifestativo de la verdad, se verifica cuando uno que se ve ofendido en su honor, no teniendo testigo, 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".-

No obró con igual prudencia y cierto, la ley de las partidas al autorizar otras costumbres de esa época: El tormento en ciertas circunstancias aplicada a los testigos y al acusado, para provocar en este la confesión y en aquellos la verdad que en el caso se necesitara. El tormento o suplicio se aplicaba a falta de plena prueba, cuando apenas hubieren resultado sospechas de

responsabilidad.-

El texto de la ley, título XXI, partida 7a, decía:  
"Tormento es una manera de prueba que hallaron los señores de la justicia para descubrir y saber la verdad por sí de los malos hechos que se hacen encubiertamente, que no pueden ser cabidos, ni probados de otra manera; y tienen muy gran provecho para saber la verdad de los malos hechos encubiertos, que no se podrían saber de otra guisa. Y como quiera que la manera de los tormentos son muchos, pero los principales son dos: la una se hace con heridas de espadas; la otra colgando al hombre que quieren atormentar de los brazos y cargando las espaldas y las piernas de lorigas o de otra cosa pesada".-

La ley VIII, ibidem, dice cómo puede el juez mandar a atormentar al testigo, "si viere que va desvariando en sus dichos y que se mueve maliciosamente para decir mentira".-

ANTICIPACIONES CIENTÍFICAS DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS.- Espera, como especie de compensación ante el histórico yerro de tormento que tantas máquinas de la época compartían, los detalles de la regulación de la prueba testimonial en las Leyes de Partidas revelan una avanzada observación lógica exigida al juez frente al testigo, tanto que algunas subcietas, y otras por ejemplo, en cuanto al dicho de la mujer, implican anticipación de siglos. Mujer de buena fama puede ser testigo en todo pleito, decía la ley XVII, título XVI, partida 8a que contrasta con el total rechazo de un dicho por la ley de Kaná. Entre los testinarianismos procesales que han formulado los primeros glossadores, está el axioma in antiquis essentialiter probant, o sea que tratándose de cosas o hechos antiguos bien vale el testimonio de sídas y de fama, según la ley XXI ibidem. El juez puede volver a llamar al testigo o

permitirle aclarar sus respuestas "Si hallare alguna palabra dudosa o encubierta en el dicho", según la ley XXXI ibidem. El de la contradicción y traslado a la contraparte, es obligatorio de toda prueba; y que el testimonio no pueda recaer sobre: "Sútiles cuestiones o argumentos de filosofía, porque contadas como era no se han de librar por fuero, sino por el juicio de aquellos maestros que trabajan por saber y departir sobre estas cosas". (Partida 3a, título XIV, ley 7a).

La fórmula que le anunciaba a la víctima, al tormento era, sin embargo, tranquilizadora, pues se le anunciaba e garantizaba no hacerle nada desagradable ni con derocho.

"Y d'bele dar el tormento en lugar apartado, preguntándole al juez por sí mismo de esta manera: -Tú fulano, sabes alguna cosa de la muerte de fulano, ahora dí lo que sabes y no temas, pues no te haré ninguna cosa sino con derocho. Y no se le debe preguntar si lo mató él, ni señalar a ninguno por su nombre por quien preguntase, pues tal pregunta no sería buena, porque podría suceder que diera pie para decir mentira.-

EL TORMENTO DE GUATIMOXIN.- En el paseo de la reforma de la ciudad de México, hay un monumento que honra a Guatimoxin, último y heroico emperador azteca. Lo representaba soportando estoicamente el tormento del brasero que le implicaron los soldados de Hernán Cortés para que revelara el lugar en que se decía ocultaban los nativos un tesoro. Su compañero de tormento, señor de Tlacopán, acostado sobre las parrillas ardientes, daba alaridos. Guatimoxin le dice: "Estoy ya en algún lecho de rosas?".-

COMO DEBIA EXAMINARSE A LOS FESTIVOS.- Si bien dos escritos con-

trarios se destruyen en su fe, las afirmaciones contradictorias de grupos de testigos no, pues aun los en número menor pueden ser más creíbles que los más, según ciertas condiciones del pleito frente a su dicho, dice la partida 3a, título XVI, ley XLII. Y entre otras normas de experiencia admirables, no dejamos aquí de citar la ley XLIX del mismo título y partida sobre qué clase de preguntas debe hacerse al jugador al testigo, que son un desarrollo del cómo cuándo y por qué del dicho.-

"Pues dice por lo que respondiere a tales preguntas, como estas, y por que las señales que viere en la cara dél, tomará apercibi- miento al juez si ha de creerle o no".-

Consejo nos da mirar a la cara del testigo que dio lugar a esta doctrina con el tiempo:

"Cada testigo se ha de examinar de por sí secreta y apartadason- te, sin que ninguna persona le oiga ni los demás testigos puedan saber lo que dijo. Y luego que se le pregunte, el que lo examina le ha de mirar a la cara y mirándole a ella, oírle que dice y responde; y respondiéndolo, volvérselo a referir para que entienda si le ha entendido; y diciendo que sí, lo ha de escribir; y es- crito, volvérselo a leer y asentar como se lo leyó, y lo ha de firmar el testigo, si supiere....."

EL TORMENTO DE COLOMBIA.- En nuestra lección sobre el sicoma- lisis y la confesión hablamos ya de lo que se provoca por esos medios. Ahora, es esta sobre el testimonio, tanto en causa propia como contra terceros, queremos recordar que estos procedimientos medievales (y que naciones Europeas conservaron hasta hace dos siglos), pueden presentarse de cuando en cuando en Colombia, no

en procesos judiciales, por fortuna, cmo de la policia secreta al servicio de gobierno de dictadura, tambien fallamente de rara ocurrencia. Torturas para provocar confesiones y testimonio se relatan en "El proceso del gobierno del 13 de junio contra Felipe Echavarría, 2a edición, de 496 páginas, en octavo, autorizada por el señor Echavarría, sin otro pie de imprenta que "Roma, 1961". En las páginas 23 a 55, el Doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, jurista y publicista de vasto y merecido prestigio, maestro de la ciencia penal y profesor universitario, hace un relato documentado de las varias torturas a que el Doctor Rocha, fue sometido por unidades del detectivismo oficial, entonces llamadas "G-2".-

**LA PRUEBA TESTIMONIAL Y EL COMIENZO DE SU LUCHA CON LA PRUEBA ESCRITA.**- De la época lejana de las siete partidas es preciso esperar el paso de los siglos, para encontrar en el XIX, que es el de las codificaciones, nuevas normas sobre la prueba testimonial, salvo las que puedan provenir de las famosas ordenanzas francesas de 1.566 y 1.667 y de las de Luis XIV, estas sobre comercio de tierra o código de Savary de 1.673, y comercio marítimo la de 1.681. El derecho estatutario, los reglamentos corporativos de la Edad Media, los de las repúblicas o ciudades italianas, y de las Españolas, nada de fondo muestran sobre pruebas, ni exceptúan la de las costumbres comerciales, propias desde luego, del nuevo derecho en formación ya rápida y revolucionaria del jus e contractus mercatorum, sobre las industrias de producción, transformación, circulación, distribución y cambio de valores muebles con fines de lucro.



41  
(42)

En tanto que los actos de comercio exigían y lograban imponer la prueba libre y testimonial como regla general, resulto restringida y excepcionalmente admitida para los actos civiles, según la ordenanza de 1.568, cuando había "un comienzo de prueba escrito". Fue el principio de la decadencia del testimonio frente a la conveniencia de la prueba escrita, con la salvedad de que el futuro código Napoleónico de comercio de 1.807 el artículo 109, especial sobre la prueba del contrato de venta comercial acabaría por extender a otros actos mercantiles la autorización para probarlos con testimonio oral.-

LA ERA EMPIRICA DEL TESTIMONIO.- Podemos pues establecer ciertas observaciones generales sobre la evolución de la prueba testimonial anterior a la tesis jurídico-políticas expuestas demoladora y racionalmente en el siglo XVIII por Jeremias Bentham con sus pruebas judiciales, de que hablamos en la primera de nuestras lecciones.

Recuérdese que en Colombia pasamos con la era de la independencia en esta materia jurídica del derecho español de la Colonia al texto de Bentham, hasta 1.886.-

La primera observación que surge de la vista general histórica que hemos presentado, con la síntesis obligada de estas lecciones, es que, si por empirismo se entiende un sistema fundado en la práctica a experiencia, resulta empírica la prueba testimonial desde la ley de Manú hasta el siglo XVIII. Manú, Moisés, Justiniano, Alfonso el sabio y Luis XIV de Francia, establecieron limitaciones a la credibilidad del testimonio por razones de parentesco interés económico, amistad, odio, amor y por inhibiciones o pre-

disposiciones de animo, en ciertos momentos de entusiasmo o de pasión. También a la experiencia adquirida obedecen las reglas que montaron sobre el testimonio único, sobre el plural, sobre el que es contradictorio entre sí o con el dicho de otros y la menor credibilidad que merece el testigo de oídas que el de vista.

Las ordalías, los juicios de Dios, el duelo y el torcedo, aunque anteriores a la Edad Media, especialmente durante ella merecen un retroceso en los sistemas de investigación de la verdad al prescindir de la lógica natural y de la razón.-

LA ÉPOCA DE BENTHAM Y LA INFERIENDA POSTERIOR DE NIETZSCHE.- La crítica autorizada considera a Bentham como el iniciador de una nueva escuela en el camino de la investigación de la verdad judicial, bajo la influencia de los principios racionales de la época. Es cierto que el famoso jurista inglés le dio al estudio de las pruebas la importancia y autonomía que reclama la verdad que ellas tienen como fundamento del derecho. Contro del pensamiento general de todas las disciplinas del siglo. No hay obra anterior a la suya tan científicamente organizada, completa ni concisa.

Dado luego, si hoy lo lee uno y lo compara con Fravarino de Malatesta, con Ricci, Bonnier, Lessona o Carnalutti, seguramente aprende más filosofía, más nociones y más estructura orgánica de los codices probatorios en estos autores que en aquel, pero también es cierto que resultaría de la comparación que casi todo lo que los posteriores a Bentham dicen, ya lo había dicho él. He ahí un mérito, haber concebido y expuesto la disciplina procesal de las pruebas y su lenguaje sugestivo, como una ciencia que se pertenece a sí misma y no se debe sino a la verdad. Y en mucho, la obra

de Bentham, como sus escritos sobre legislación y derecho público, más son una protesta contra los sistemas judiciales imperantes entonces en el mundo, rutinarios y corrompidos, que en una tesis constructiva, pero al lado de la revolución crítica sugiere una evolución lógica y unitaria del sistema, en últimas más pragmáticas y racionalista.-

En un pintoresco valle del río Neckar, la ciudad alemana de Heidelberg, le dió su nombre a la universidad fundada en 1.386 por acuerdo del elector del Estado de Baden con el príncipe máximo de la iglesia católica. Su profesor de derecho procesal, Carlos J. A/ Mittermaier, publicó, poco después que Bentham lo hiciera un Tratado de la Prueba en materia criminal, del cual hicimos referencia en la primera lección. La crítica jurídica le atribuye a este autor alemán no menor importancia que a Bentham en la presentación y sustentación del derecho probatorio, como ciencia autónoma, jurídica, orientada sociológicamente con un respaldo a la realidad de la vida y de los negocios.

Después de un siglo largo de publicadas sus respectivas obras social jurídicas y filosóficas, que abrieron la curiosidad científica dando lugar a otras, más o menos ejemplares y notables, hoy puede afirmarse que mientras un jurista, juez o abogado, puede prescindir de ilustrarse y apoyarse en las pruebas de Bentham en cambio no es posible pasarse sin contacto, y permanente, con la obra de Mittermaier, en materia criminal.-

Bentham fracasó en la primera de sus tesis sobre el testimonio, la necesidad y posibilidad de crear un valor de persuasión montado sobre un artificioso mecanismo de cálculo de probabilidades a estilo de la aritmética moral de sus obras de filosofía: supuesta la fuerza media de convicción que produce un testimonio de tipo medio y la persuasión graduada según que el testigo diga me incli-

no a creer, o yo creo, o yo se, etc., habiendo también grados en la escala de la duda, como con la posibilidad y la probabilidad, es posible "aceptar una escala de grados de percepción", concibe el jurista inglés. Fue pues mucho más allá de las creaciones empíricas de la ley hebrea, del Digesto y las Siete Partidas, que para establecer ciertas verdades exigieron una escala ascendente de testimonios. Este proceso no merca el extraordinario mérito de su crítica y sugerencias sobre la verdad o la mentira del testigo pero lo cierto es que su concepción aritmética lo llevó a procurar ante todo una verdad formal, una certeza según la ley, una verdad objetiva.-

Al contrario la tesis de Mittermaier desarrolla metódicamente, sin artificios, sin esfuerzos apoyados en observaciones de la vida real, lo lleva a mostrar la absoluta necesidad de orientar la crítica judicial de la prueba hacia la consecución de una verdad subjetiva, de una certeza moral.-

La escuela de esos juristas, aunque posterior a los códigos del principio del siglo XIX, han influido sin duda en los más recientes. Los de procedimiento civil reflejan, los más, la escuela de Bentham con su método inductivo-deductivo y en ciertas cosas, como el testimonio, con la subsistencia de la tarifa legal y una aritmética.

Los de procedimiento penal apegan, totalmente para los juicios por jurado, la valorización de las pruebas en conciencia o certeza moral preconizada por Mittermaier, y con cierta tarifa, a modo de reglas de experiencia dada a los funcionarios y jueces encargados de instruir el sumario o el juicio en derecho, para de-

litos o infracciones no atribuidas a la decisión en conciencia de los jurados.

**LA ESCUELA CIENTÍFICA.**— Se da este nombre a la actividad coordinada de estudio e investigación, en cooperación con la psicología experimental y la psicopatología clínica, de los errores propios del testimonio humano en los tres clásicos momentos de percepción, almacenamiento en la memoria y variación de los hechos, a fin de no dejar al juez atenido solamente — ya por los hechos — en la tarea de investigar la verdad.—

Parte esta escuela de la base de que el principio predominante en la doctrina, en los códigos y en la jurisprudencia hasta el siglo XIX inclusive, aun después de conocidos los grandes estudios positivistas o de lógica racional de la prueba, de Bentham, Mittermaier, Ferrarini, Bonnier, Ricci, Lacombe, etc., no son suficientes para eliminar el error al siquiera en testimonios rendidos con perfecta buena fe.—

No basta las manipulaciones inductivas y deductivas en la tarea de extraer la verdad y analizar una prueba por métodos siempre científicos y a veces arbitrarios, para la psicología experimental. No es posible aceptar que en el fondo del criterio de un juez prima ese de los extremos en que por siglos se colocó se colocó la crítica; o bien que tanto puede andar, según el diccionario sustantivo o bien que, siguiendo el generoso concepto de Bentham, la verdad viene a ponerse en su naturalidad en los límites del estigma para prescindir gratuita debido a la grave naturaleza de su espíritu y a la fuga de las pasiones, o que, al contrario, es poco creíble, porque cuando la llama verdad, la luz se opaca; o que ex operibus veritas, la verdad está en boca de los niños, no obstante que su imaginación vive poblada de alegres fantasmas,

guardarlas de las medidas lúdicas, o defensivas (para evitarle un castigo, por ejemplo)..

Bomelo era concisa a su consideración cuestionas como estas:  
¿En qué medida el testimonio de una persona sana y de buena fe puede ser considerado como expresión exacta de los hechos?, ¿Debe abolirse del todo o limitarse a menor edad la de catorce años -edad del juicio- para recibir el testimonio del niño?, ¿El sexo, en cualquiera edad, influye en la apreciación el testimonio del niño en los relatos de los hechos?, ¿El del alicado, merece siempre ser rechazado del todo o algo hay allí que deba tomarse en cuenta?, Repetimos que estas son pruebas, algunas de las muchas cuestiones que la escuela científica se propone resolver, utilizando elementos de tres principales órdenes o especies, según Gorge:

Las experiencias y los análisis psicológicos. Las observaciones clínicas. Y las comprobaciones judiciales, o ciencia sociojudicial del testimonio.

Los autores que han divulgado en Colombia el método experimental de esta escuela han sido Francisco Gorge, J. N. Seguería Sempér, John H. Wigore y Guillermo Uribe Quila.

Los experimentos de esta escuela quedaron casi estancados después de la primera guerra mundial, y Gorge anota que "Los pocos resultados obtenidos no están en proporción con los considerables trabajos llevados a cabo". Realmente, la atenta lectura de tanto experimento y de su análisis crítico, no enciende leyes psicológicas y significativas constantes, como para fijar y dar a los

Jueces honestos seguros de experiencia, ni siquiera con un entusiasmo para rodear de fe el testimonio humano, "ojos y oídos de la justicia", según Bentham, y fuente inexhausta e insustituible de la historia, pero su sacrificio si es reconozcible como ricos en datos y sugerencias para el juez que quiera poseer "cabalidad" según instrucciones que le da el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, en la lección siguiente sobre el proceso de formación del testimonio.-

ETAPAS DE LA FORMACION DEL TESTIMONIO.-

Para hacer un estudio muy detenido sobre la manera como se concibe el testimonio, es necesario relacionar algunos aspectos de indole subjetivo o interno que se encuentra en la primera etapa del testimonio o otros subjetivo o externos. Entre los aspectos subjetivos o internos, que son los que se encuentran en la primera etapa de su formación, como es la percepción; y otros aspectos objetivos externos que vienen a constituir su etapa final que es la declaración. Pero unos y otros componen un todo unitario, por lo cual hay que estudiarlo conjuntamente.-

El profesor José Cardozo Isaza, distingue cinco etapas en la formación de testimonio, que según él son:

- a.- La percepción
- b.-La fijación
- c.-La conservación
- d.-La evocación
- e.-La declaración.-

La percepción es un fenómeno físico a pesar de que ~~comumente~~ se cree que es mental, por extensión se acostumbra a otorgarle un significado que comprende los efectos que origina tales como la imagen mental, lo cual tiene lugar cuando un estímulo determinado está físicamente delante del sujeto. La percepción es un proceso físico porque el estímulo así lo es y porque la ~~transmisión~~ de la impresión hasta la corteza cerebral es puramente mecánica.



al momento actual presente, pero ya no lo está, y el sujeto lo reproduce, se dice que se presenta esta etapa de la formación del testimonio.-

La declaración que viene a constituirse en la etapa final del testimonio, depende básicamente de que el testigo quiera declarar aquello que ha percibido, fijado, conservado y evocado, pero también de que pueda, pues no basta la simple voluntad de hacerlo, puede suceder que quiera declarar la verdad objetiva del acontecimiento anterior de un testimonio, pero que no pueda cumplir ese propósito, debido a cualquier alteración sufrida en las etapas anteriores a la declaración, y que por eso en dicho no concuerde con la realidad de los hechos.

Este tipo es sincero porque le cuenta al funcionario la reproducción de sus impresiones, mediante el proceso de la evocación, pero siendo sincero su testimonio no es verdadero. Es que para que un testimonio corresponda exactamente a la verdad objetiva, se requiere un tipo ideal de testigos, cuyos especialistas éstos lo pongan al cubierto de los múltiples factores que inciden en la inexactitud. Sobre decir que no es fácil encontrar ese tipo de testigo. Por eso es que en mayor seriedad de la justicia debe contentarse a obtener que los testimonios sean sinceros, porque de esta manera se puede establecer con apreciable exactitud la realidad, aplicando las reglas de la gran crítica. Se califica así a: difícil establecer la verdad e a testimonio sincero, tanto más en cuanto más el producto de la inexactitud. Además de las alteraciones relativas a las etapas que precede a la declaración, hay que tener en cuenta en un momento de los estragos, la presencia de testigos, que a pesar de que efectúan una correcta

apreciación mental de los hechos, mediante su emoción, no pueden describirlo adecuadamente, esta obedece a que la capacidad descriptiva es variable de una persona a otra.

Es necesario que se le permita al testigo hacer un relato espontáneo, antes de someterlo a la interrogatoria, al funcionario al hacer el interrogatorio deberá hacerle unas preguntas claras y sencillas y no utilizar preguntas que fácilmente susciten sugerencia, pues es fácil, que quienes han sufrido alteraciones mentales fácilmente. Por ello es tan necesario hacer algunas anotaciones que al respecto sobre la formación del testimonio nos trae que ilustra nuestro del derecho probatorio Francisco Guepba. El se dice que las etapas de la formación del testimonio están constituidas por condiciones subjetivas y objetivas y añade al respecto "Depende de la disposición en que se encuentra el testigo, en el momento de percibir y de la situación del objeto en relación con él."

Las condiciones subjetivas de la percepción son el tiempo, lugar y inclinación. Las condiciones subjetivas de la percepción y de la fijación del recuerdo son: "La atención, la emoción y la integración cerebral."

En cuanto al factor tiempo, la percepción es mejor mientras más durable haya sido la impresión del hecho ante el testigo. Y agrega Guepba: "Suponemos que la atención del sujeto ha sido sostenida durante toda la duración de la observación, pero una atención más intensa podrá suplir la brevedad de la percepción."

En cuanto al lugar son fundamentales las distancias y los pers-

pectivas, condiciones muy experimentadas en el teatro, cuando el público oscoge la ubicación de su asiento". El mismo Gorphe cita varias conclusiones sobre reconocimiento de personas en día claro y por quien tenga vista normal: de 40 a 80 metros para reconocer a un sujeto reconocido y de 28 a 30 metros si lo es poco conocido. Hay que tener en cuenta el ángulo visual no forjado y las dimensiones de la cosa o persona observada. El ángulo visual y la perspectiva es fundamental en la reconstrucción de accidentes de tránsito, por medio de testigos, por las rectas ocultas que hayan recorrido los vehículos, antes y después del accidente; en los de esquina, no se lo mismo el testigo de la calle que el de la carrera, ni el de la acera que el del pavimento; como tampoco ve lo mismo el peatón al chofer que este al peatón.-

La luz o visibilidad es factor decisivo, obvio es decir, para el testigo de vista, como el silencio para el testigo de oídas. La insuficiente claridad es propicia para las visiones numéricas y de fantasía que subsisten y quedan impresas en la imaginación, deformando los objetos o criandolos del todo como en el sueño.-

Goya creó con el nombre de "La Fantasma" un cuadro ~~ilustrado~~ de tremenda realidad, que un campesino bien podría describir como verdadero tomándolo de su imaginación, que es un mundo, como los espíritus que pueblan los campos y bosques.-

La atención que es la primera condición subjetiva de la percepción, esta definida por Paul Foulque como la concentración de espíritu sobre un objeto; el testigo distraído, con relación a un objeto determinado, percibe muy mal y según Gorphe no está

en mejores condiciones de lo que observa en la realidad. Insistiendo este autor sobre los efectos de la atención y la distracción del testigo en la percepción del hecho y por tanto en la declaración de el siguiente consejo práctico:

"En la atención particular sostenida durante la percepción, lo que importa conocer en el testigo; además que sabemos que nada es más variable y que depende de múltiples factores. Para determinar lo preciso saber que hacia al testigo en aquel momento en que ocupaba su espíritu y el interés de los diversos hechos ofrecen para la justicia. No desatengamos la dificultad psicológica de una apreciación conjunta, falta, lastimada, de técnica precisa, pero es una tarea que la crítica testimonial no puede dejar.-"

La emoción y sus secuencias a la pasión, con otros factores perturbadores e inquietantes para el testimonio en sus tres momentos, en la percepción principalmente, pero también en el recuerdo del hecho y en su relato. Paul Foulquier la define como un estado afectivo que viene bruscamente a romper el equilibrio psicológico y fisiológico y es un estado de orgullo "Toda especie de estado afectivo. Los principales estados son: La tristeza, el goce, el temor o miedo y la cólera. La pasión nace de una emoción. Según Foulquier, en estos momentos o estados concurren tres elementos:

- 1.- Elemento representativo
- 2.- Elemento fisiológico
- 3.- Elemento afectivo

En el primer elemento se ve bien representaciones imaginarias que no pueden reprimir y en el segundo modificaciones respira-

toria o circulatoria con palpitaciones, palidas, cirofocisias -  
to, etc.-

El tercer elemento lo representan elementos proximamente dichos  
como son el amor, odio, admiración e desprecio, acrobrazito e  
desesperación. "Se afirma que el proceso emotivo principia con  
una representación". La integridad cerebral caso dice Corpe,  
se nos interesa sus alteraciones de origen traumático, tóxico y  
organico, resultan por lo general bastante intenso, para que pue-  
dan pasar desapercibido y el juez, cuando de no poderse engañar  
con ellos puede obtener al concurso de izquierda, respecto a la  
clase de inhabilidad del testigo.-

ELABORACION DEL TESTIMONIO.

Para entender detenidamente a hacer una definición de testimonio he visto la necesidad de transcribir la diferencia que nos hace el doctor Cardozo, en su estudio sobre pruebas judiciales del testimonio, considerados en el sentido general y del testimonio en materia judicial, la cual transcribimos en sentido general, al considerar a este "como la narración efectuada por una persona u otra sobre los hechos de los cuales afirma tener conocimiento.

Por lo tanto el jurado de vista judicial dice: "que es un medio de prueba que consiste en el relato de hechos ajenos al proceso. Efectuando ante el funcionario que corresponde y con las formalidades legales, por persona

Esta definición, en el momento en que se piensa o se entiende, les he ordinado como muy correctas, por lo cual les comparto plenamente y no tengo ninguna objeción que hacer, pero como son diversas las oportunidades o circunstancias en que ha debido ser percibido el hecho por parte del testigo, es necesario hacer un estudio sobre la manera como lo ha subdividido algunos varones maestros del derecho.

Después para elaborar este trabajo tratamos a consideración a Nicola, Francisco de Malatana, quien en su estudio titulado "Lógica de la Prueba en Materia Criminal", lo subdivide así:

- 1.- Testigo Antea Factum
- 2.- Testigo In Facto
- 3.- Testigo Post Factum.-

Este autor llama testigo Antea Factum a aquellos que se obligan para ser fe de un contrato que va a celebrarse entre las partes y cuya presencia voluntaria le exige la ley en ciertos casos; son tambien los llamados testigos instrumentales, que sirven para satisfacer una formalidad, para la existencia juridica del acto y como prueba del mismo.-

Respecto a la incapacidad para intervenir, esta depende de la mayor o menor solemnidad del contrato en que debe figurar o del acto en que se exige su presencia. Asi para un simple documento de manos, no basta necesario que reúnan los requisitos mínimos de idoneidad señalados por la ley: ser mayor de catorce años, y no haber sufrido incapacidad fisica o mental; a esa edad ya el individuo tiene una capacidad de juicio para percibir en forma aceptada la realidad exterior. Esto lo tuvo en cuenta el legislador al establecer este limite; pero este limite es tal vez un tanto arbitrario, porque no hay diferencia apreciable entre la capacidad de juicio de un individuo de trece años y medio por ejemplo, a quien la ley considera inhabil, y en todo caso <sup>se debe</sup> fijar un limite en una edad del mismo modo.-

Para otra clase de actos tambien importantes como el testamento se exige múltiples condiciones, si las observaciones de las cuales puede quedar viciado el mismo.-

ARTICULO 211 DEL P.D.C.O.- Antes anal los testigos que nos interesan a nuestro estudio, son aquellos que por una u otra causa han percibido el hecho, objeto de la investigación y están en condiciones de narrarlo. Hagamos unas breves consideraciones preliminares. Es posible seleccionar esta clase de testigos, para

obtener en su declaración posterior su mejor prueba posible, que no está sujeta a las contingencias, de falta de igualdad, de imparcialidad o de impedimento que pueden constituir cierta dificultad para recibir o apreciar su declaración. Según sea la manera como los testigos hayan percibido los hechos, entera de su declaración, puede clasificarse en testigos presenciales y testigos de oídas.

Entonces, en su histórica frase dice: "Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia. Se refiere al tema de la tratadista de derecho criminal, más que todo en esta clase de testigo, tal vez por la mayor exactitud y precisión de las impresiones producidas mediante estos dos sentidos. Lo mismo que para la mayor posibilidad que existe de que un testigo haya podido percibir un determinado hecho por haberlo visto y oído, así por haberlo palpado, gustado y olfateado. Puede no obstante lo dicho, obtenerse testimonio que versa sobre las percepciones olfativas, gustativas o táctiles.-

Enfrente de los testigos presenciales, está el testigo de oídas, que refiere los hechos, por haberlos escuchado a otra y otras personas. Si a pesar de la presunción de la veracidad en el dicho de las personas hay que admitir formalmente la posibilidad de error o engaño que puede efectuarse, en esta clase de testimonio dichas posibilidades aumentan con relación al número de testigos intermedios, que haya entre quien presenció el hecho y el que lo relata y por lo tanto su valor como prueba tiende que disminuirse.-

Clases de testigos de oídas.- Son los testigos que han oído para que rinda



dan testimonio de ciertas condiciones y particularidades del hecho que no son perceptibles por la generalidad de los hombres pero es testimonio In Facto y el testimonio Post Factum no tiene en su substancia en la presencia habitual del testigo en el hecho y de haberse procurado al conocimiento con posterioridad al hecho, sino en la materia de la declaración.- El testimonio In Facto tiene por materia las cosas que caen bajo los sentidos de decir, las cosas perceptibles por la generalidad de los hombres, de un testigo no hay de pretender nada distinto.

El testimonio Post Factum, recae por el contrario sobre las cosas no perceptibles por la mayoría de los hombres, sino por aquellos que tienen una pericia especial.-

Entre nosotros la Legislación colombiana considera al testigo que Frusarino llama Post Factum como un medio de prueba más calificada en nuestra calificación, que de los medios de prueba trae nuestro código de procedimiento Penal, aunque para algunos versados en la materia, este no debe ser un medio de prueba, sino el reconocimiento de una ya existente.

Utilizando las personas que en nuestro medio, reciben el nombre de peritos o auxiliares de la justicia. Entre nosotros el Doctor Jorge Cardoso Icasa nos trae otra clasificación de testigo que a nuestro parecer nos inclina a creer, que es muy compleja y por lo tanto la traemos a nuestro estudio, para tratar de fundar una noción más amplia sobre las clases de testigos.

El mencionado tratadista lo divide en:

a.- Testigos de ofeso, que son aquellos que como sea según el inciso segundo del artículo 219 del código judicial, expresa que la ratificación del testimonio de una persona falsificada, se considera una vida cuando el interesado acredita la veracidad y buena fama del fallecido, mediante la declaración del testigo de ofeso.-

b.- Los instrumentales, o sea quienes presenciaron la suscripción de un documento por parte de quienes lo otorgan.-

c.- Los testigos de cargo que son los depositados en contra del procedente.-

d.- Los testigos de de cargo o sean los que declaran en favor del procedente.-

e.- Los testigos de oído que son los que declaran haber oído a otros, el relato de un hecho.-

f.- Los testigos de vista, es decir los que presenciaron visualmente el hecho sobre el cual depone.-

g.- Los llamados testigos de mayor excepción, que son los que no presentan ni excepción legal y cuya probidad es natural o reconocida, como se puede observar claramente, no va la diferencia que nos ofrecen en cuanto a su clasificación, por tratarse de algunas cosas sobre la forma cómo se hace la declaración y en otros sobre el modo de percepción y el medio por el cual esta se hizo. Atención sobre las condiciones y la calidad de determinado testigo, para poner la credibilidad de su testimonio, ya esto no por el funcionamiento de acuerdo al método aceptado para la valorización de la prueba por nuestra legislación.-

EL TESTIMONIO Y EL CUERPO DEL DELITO.-

Vamos a analizar primariamente el cuerpo del delito, para lo cual nos ha servido de guía los estudios que han realizado distinguidos estudiosos de la materia. Nosotros para este trabajo hemos acogido para cimentarlo en una norma más completa, ese estudio que al respecto al tema que vamos a avocar hizo Pietro Ellero en su obra denominada "De las Certidumbres en los juicios Criminales o tratado de la prueba en materia penal".-

Dice el mencionado tratadista, que para la comprobación de los delitos de hecho permanente, se requiere el cuerpo del delito.- Este autor dirige primero una noción clara de lo que es el cuerpo del delito, ya que se toma este en diversos sentidos. Todos dicen que para condenar a una persona es necesario la prueba del cuerpo del delito, ya que se toma este en diversas acepciones.

Hay quienes extienden por esto "El delito en general, el hecho objetivo tanto permanente como transitorio" y es un clásico ejemplo de esta acepción el Artículo 122 del actual Código de Procedimiento Penal de la República del Salvador, cuando afirma:

"El cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo y averiguar el cuerpo del delito, lo propio que reconocer su existencia o estudiar lo habido, ora por los medios generales, ora por los medios particulares, con que debe justificarse cada uno." Esta tesis confunde el todo con la parte y nos presenta un total contrasentido que a nuestro modo de interpretarlo no es visible.

Hay quienes por otra parte aluden al efecto material del delito

o sea el hecho objetivo, pero permanente. Según esta tesis, se tiene en cuenta este resultado por ejemplo del delito de incendio lo incendiado, del delito de homicidio la muerte.

Hay otros autores que por lo contrario, afirman que es el resto o reliquia de la acción material. Por Ejemplo el fósforo con que se cometió el incendio, el revolver con el cual se causa la muerte.-

Según esta tesis solamente hay cuerpo del delito en los delitos que dejan huellas y según la segunda para los hechos permanentes. Mientras que Pietro Ellero se identifica plenamente con la tercera tesis, la cual define:

"Como huella material de la perpetración de un delito, como por ejemplo armas, lesiones, cosa robada, etc. El maestro Ferri y Jiménez de Asúa, entre otros sostienen, que el cuerpo del delito está constituido por el objeto materia y por los instrumentos con que el sujeto pasivo de la acción penal lo realizó. Esta definición nos parece bastante aceptada debido a que se tiene una combinación de los elementos esenciales para que pueda aparecer el cuerpo del delito.

Si definimos los elementos instrumentales, con las cosas materiales con que se lleva a cabo la acción, naturalmente, por el sujeto pasivo de esta, por ejemplo el cuchillo con que se causa las lesiones. Y entendemos por objeto material del delito, la persona o cosa en que se concreta la acción delictiva. Claro que no vamos a limitarnos a entender la palabra instrumento en un sentido más estricto, sino más bien en sentido amplio.-

Vamos a relacionar el cuerpo del delito con el testimonio de terceros, sabidos como estamos de que el testimonio, constituye uno de los medios de pruebas más usado en materia criminal, entonces a nosotros nos cupo abocar que tenemos que observar, que es el testigo uno de los medios probatorios más frecuentes y más usados para así obtener y poder demostrar la existencia del cuerpo del delito.-

Es esta una de las pruebas que da mayor fe y confianza y por lo tanto es el juez a quien conforme al método de la persuasión racional o de la sana crítica, le corresponde arrancar del dicho del testigo la verdad que de ello se desprende sobre los hechos que afirma tener conocimiento y es así como el juzgador puede formarse una mayor convicción y poder fallar con mayor certeza.-

APRECIACION DEL TESTIMONIO.-

En cuanto a la persona que lo rinde, el testimonio debe ofrecer un objetivo, que es el de buscar por medio de lo dicho del testigo es esclarecimiento de los hechos y así servir de sendero para que el juzgador pueda crearse la certeza sobre la realidad de los hechos que el deponente afirma tener conocimiento y así poder lograr con una mayor convicción en el momento de la decisión, Por lo tanto la persona que sirve de testigo o hace las veces de tal debe ser analizada en todas sus condiciones, sociales, económicas, físicas y mentales.

Además debe el juez hacer un análisis teniendo en cuenta algunos factores que vamos a señalar:

1.- En cuanto a la manera como llegaron a ser percibidos los hechos y en general todo el recorrido que hubo que hacer en la persona del testigo, para ser conservado, fijado y evocado y llegar a su última etapa, viene a constituirse en la declaración, tema a que logramos detallar concretamente cuando logramos estudiar para nuestro trabajo las etapas de formación del testimonio. Además el testigo debe ser sincero, es decir, no debe tratar de engañar a la justicia, porque con ello, está causando un mal a la sociedad, también se le presenta una situación negativa en cuanto al aspecto legal se refiere.

Otros de los aspectos que no debe descuidar el testigo es el de tratar de no equivocarse en cuanto a la realidad del hecho y forma en que este fue percibido por él. Pero al hacer una síntesis sobre la forma como puede presentarse un testigo al percibir el

testimonio, nos es grato observar que se pueden presentar dos aspectos, uno subjetivo o interno y otro objetivo o externo.-

De los subjetivos podemos señalar:

a.- La atención

b.- La emoción que son los factores que en un momento oportuno nos hacen variar la realidad de los hechos. Sobre la atención tenemos que anotar que hay una atención fija que queremos, esta es más exacta y otra involuntaria o automática que salta la vista en cualquier momento.

Sobre la emoción es necesario transcribir las palabras que sobre ella nos ofrecen Francisco Gorphe: "La emoción es un fenómeno afectivo, síquico y fisiológico. Es momentánea pero se manifiesta por reflejos vasomotores circulares, se expresa por una agitación general que el sujeto no puede dejar de sentir y que sus reacciones personales no dejan de señalar. Un ejemplo de los errores producidos por esta emoción el siguiente: El guardián de una prisión que sorprendido por un ~~resaca~~ temible llamado Gador, se precipita sobre él, retrocede asustado y lo deja escapar creyendo verle blandir en la mano un largo cuchillo, cuando no es más que un arenque.

Entre los aspectos objetivos podemos señalar, el factor tiempo el factor espacio o lugar y la luminosidad. Es importante el primer factor o sea el tiempo, porque si nos ponemos a detallar concienzudamente, sobre la manera en que pueda llevarse a conservarse mejor los hechos al ser percibidos por los sentidos, es de simple lógica, que a mayor tiempo, que le permita a la persona,

percibir lo que a su alrededor acontece indudablemente, que mucho más claro y preciso será su relato de los hechos en mención, muy a pesar de que excepcionalmente se puede presentar el fenómeno contrario, más que todo influenciado por una presión mayor.-

En cuanto que al factor lugar es indudable que este factor tiene grandes importancias no solo porque se refiere al espacio en particular, sino por que le ofrece mayor facilidad para percibirlo. Algo que influye tambien es la distancia porque si observamos todos los fenómenos que se dan a nuestro alrededor, con relación al lugar, tendríamos que concluir que observamos mucho mejor lo que se dan a menor distancia, o sea cerca de nuestra posición y por ello me veo avocado a concluir que a menor distancia y mejor posición sera mejor nuestra percepción de los hechos.-

En cuanto al factor luminosidad, la luz es en el testigo tan importante que se constituye en un factor decisivo para el testigo de vista, como será el silencio para el testigo de oída.-

**IMPEDIMENTOS.-** La clasificación general nos ofrece dos clases de impedimentos, uno es absoluto y otro es relativo; por medio de los impedimentos absolutos, la persona está impedida para actuar en todo proceso, en cuanto a lo relativos se refiere, existen circunstancias que si bien no impiden al testigo declarar, si hacen su testimonio altamente sospechoso.

Estas circunstancias pueden ser resultantes del parentesco, interés, dependencia, advección o amistad, relacionada con todas las personas que intervienen en el proceso.



(65)

Así podemos decir que son ~~inhabiles~~ absolutos para testimoniar:

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

Son inhábiles relativos:

- 1.- Los que al momento de declarar sufran alteraciones psicológicas graves o se encuentren en un estado de embriaguez, suspensión inóptica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas.-
- 2.- Las demás personas que el juez considere inhábil para testimoniar, atendiendo a la ley, en un momento determinado, de acuerdo con la sana crítica.-

**INCAPACIDADES:-**

1.- **INCAPACIDAD FISICA.-** se produce esta incapacidad, a causa de pérdida o imperfección grave del órgano o sentido necesario para presenciar, observar y apreciar el hecho correspondiente. No son, pues todos los órganos, sino uno de ellos, en una declaración sobre lo que el testigo vió es decir, directa por observación personal, la falta de vista por sí sola, aunque los demás sentidos estén completos, es un inconveniente para declarar sobre lo que se vió, desde luego, como es natural, la falta del órgano del oído es inconveniente para declarar que se oyó, la falta del órgano del olfato será un inconveniente para dar una declaración con exactitud sobre esa sensación; en todos los órganos que pueden faltar por ejemplo, en los sordomudos son inconvenientes muchos mayores,

más absolutos para poder declarar la manera como se presenció el hecho.-

2.- INCAPACIDAD MENTAL.- Es el segundo inconveniente de orden absoluto, es decir, incapacidad mental, la cual se presume en el loco, en el imbécil, en el ebrio, mientras lo esté y en el que por cualquier motivo que halle fuera de razón al momento de declarar o en el momento en que acaeció el hecho, sobre que depone es decir cuando recibió, pudo o debió recibir la sensación o cuando trata de transmitirla y expresarla o sea en el momento de poner el testigo.-

3.- INCAPACIDAD MORAL.- Es el tercer inconveniente. Por una incapacidad moral de quien ha sido condenado por sentencia ejecutoriada por cualquiera de los delitos de perjurio o falsedad se refiere pues a la veracidad, hasta dos clases de delitos; se falta a la fe, bien por una declaración o una afirmación falsa, bajo juramento o bien por haber alterado de cualquier manera la verdad conocida.-

TESTIGOS SOSPECHOSOS.- Nuestra ley llama testigos sospechosos, según artículo 218 del Código de Procedimiento civil para declarar a las personas en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencia, sentimiento o intereses con relación a las partes sus apoderados antecedentes personales y otras causas.-

Nuestra Legislación penal, según el artículo 239 establece este impedimento cuando consagra lo siguiente: " Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra si mismo, contra un conyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad o primero civil.-

Este derecho se dará a conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado y a toda persona que vaya a rendir testimonio, este principio que se encuentra sentado en el artículo 25 de la Constitución Nacional y del que transcribimos del Código de Procedimiento Civil, no debe aceptarse cuando el delito se comete por el miembro de una familia contra otro y los declarantes pertenecen a la misma, porque rota por el infractor, la armonía del hogar con un hecho ilícito cometido contra el conyuge o uno de los parientes, la posible impunidad que la ley tolera carece de fundamento excepcional, que se encuentra en otras ocurrencias, cual es el tutelar con el silencio la unión de los hogares, la concordia de la familia que es base de la paz social (Sentencia Corte Suprema de Justicia).-

El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o deben rechazarse".-

Para rechazar un testimonio por parentesco del declarante con el procedado, no es necesario comprobar esas circunstancias con las pruebas del estado civil.-

La prohibición del Artículo 25 de la constitución nacional va implícitamente envuelto al reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquel opte por rendirla, pero en el supuesto de que tales testimonios se reciban sin el consentimiento de los deponentes, dicha violación tiene sus consecuencias sobre la validez de esas pruebas, las que correspondería tomar como inexistente, más no en la legitimidad del proceso.-

Nuestro código de Procedimiento civil consagra en su artículo 240 una excepción por razón del oficio o profesión que desempeña determinada persona y por las cuales según esas normas establecida en el código de la materia, no pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1.- Los ministros de la religión católica o de otro culto admitido en la república.

2.- Los abogados, consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros y las demás personas que ejerzan una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la ley les imponga la obligación de informar a la autoridad, como son

por ejemplo, los directores de clínicas y hospitales que tienen el deber de informar a las autoridades, dentro de las 24 horas de los casos de sangre que lleguen a su conocimiento en dichos establecimientos, so pena de sanción.-

Nuestro Código de Procedimiento Penal a diferencia del civil, no señala las inhabilidades de los testigos debido a la naturaleza de la acción, pues por ser pública, no serían en cella visibles el rechazo de algún declarante a pesar de ser inhábil, como en el caso del menor, o del interdicto por demencia o del sordomudo, porque estas personas podrían aportar algún indicio útil para la investigación.-

PRESCRIPCIONES LEGALES CON RELACION AL TESTIGO.- En materia procesal nuestra legislación considera que toda persona hábil para rendir testimonio, pero al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio y las circunstancias en que haya sido percibido y aquella en que se rinda la declaración.-

Existen en nuestra legislación penal, otra formalidad de índole moral, que es el juramento que tiene que rendir el testigo, al hacer su declaración, el cual según costumbres bien arraigadas universalmente le infunde temor y lo lleva a declarar la verdad, so pena de ser sancionado.-

Tambien establece nuestra legislación penal otra formalidad penal al establecer en su artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, que el menor de 12 años no se le recibirá juramento, y en la diligencia deberá estar asistido en lo posible por su representante legal o por un pariente mayor de edad, a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia.-

RECEPCION DEL TESTIMONIO.- La declaración del testigo deberá ser recibida por el funcionario y sus secretarios, circunstancia que se hará constar en el texto de la declaración, en ningún caso, esta función se puede delegar al tenor de lo establecido en el artículo 247 de nuestro Código de Procedimiento Penal.-

71  
70

VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO.-

VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO.- Quizás uno de los aspectos que más a preocupado a los estudiosos del derecho en el desarrollo de la historia en materia de testimonio, es examinar la sinceridad del testigo, le queda siempre una duda sobre la veracidad del dicho aunque se presuma que es un testigo honesto no podemos asegurar que no engañaría a la justicia, movido por esos móviles de interés o de pasión que hacen vacilar a la conciencia.-

La virtud dice Gorphe "Es un hábito y del hábito al acto rigurosamente". Hay categorías de testigos que presentan siempre una moralidad sospechosa, los que viven en medios variados y los que tienen hábitos de simulación y de superchería. Tales son las prostitutas y los malhechores. Unos y otros quedan al margen de la sociedad moral y organizada.

La vida de las prostitutas está hecha de mentiras y de simulaciones. La metetriz, debe fingirlo todo, disimularlo todo, desde el nombre del bautismo que cambia por otro, por el nombre de guerra hasta la sonrisa que florece en sus labios, aunque las tempestades más impetuosas suscitadas, por el hundimiento completo de un pasado honesto y por la desalentadora oscuridad de su porvenir, hagan su pobre alma; desde el interés que demuestra por el primero que recibe hasta el escalofrío voluptuoso que simula el contacto de las caricias no deseadas, todo artificial en ella.  
(Datti).-

Todas estas nociones de autorizados escritores nos ponen de presente

70

72  
76

sente la delicada labor del juzgador al recibir una declaración cualquiera.

En los capítulos anteriores estudiamos todas aquellas condiciones esenciales para que el testimonio sea remedio sin ninguna clase de vicio y tenga ante la ley un determinado valor.-

El artículo 216 de nuestro código de procedimiento Penal dice: "que en los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal, o sea que se consagre al sistema de la tarifa legal, para nuestro procedimiento penal, pero hay que tener en cuenta que en los procesos penales casi nunca se falla con base exclusivamente en uno de los medios de pruebas establecidos por el código, sino que el juez tiene que apreciar los diversos indicios o pruebas incompletas que se han producido dentro del proceso.

El juez al estudiar y apreciar el valor de estos indicios y semipruebas y la combinación que pueda hacer de ello, está aplicando el sistema contrario o sea el de la persuasión racional.

El legislador al reglamentar el medio de prueba, determina cuales son los que constituyen plena prueba y cuando tienen ese carácter.-

El artículo 215 de nuestro Código de procedimiento Penal, esta-



73

ELCS los requisitos para dictar sentencia condenatoria. "No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso, legalmente producida la prueba plena o completa de la infracción, por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella, cual es la razón de esta imposición.-"

Todos los medios probatorios que se encuentran establecidos en nuestro código de procedimiento penal, exceptuando el testimonio y hasta cierto punto la confesión, existen normas mediante las cuales el juez, dentro del margen de la apreciación, se ve forzado a estimar como probado los hechos de la investigación y la imputabilidad del procesado.

Siendo officioso por regla general el procedimiento penal, a diferencia del civil que no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir al más elevado interés público, que es el de administrar justicia y por medio defender a la sociedad, pero dando al mismo tiempo seguridad y protección al procesado que puede ser inocente y que en todo caso no ha de ser procesado con rigor desproporcionado a su culpabilidad.-

Sería injurídico equiparar a la sociedad y al reo a quienella juzga con el demandante y el demandado, entre un litigio civil en que el juez es un simple espectador de la contienda entre las partes.

En nuestro código de procedimiento penal respecto a las pruebas de testigo, no encontramos ninguna disposición que obligue al

4A  
(15)

juez a aceptar como probado determinado hecho como se acontece en materia civil; o que se le prohíba hacerlo en determinados casos, sino que se le da un poder más amplio en cuanto a la apreciación que ni siquiera se limita a la edad del testigo como se acontece en materia civil; la ley se limita a insinuarle que tenga en cuenta la crítica del testimonio y todos aquellos factores que se estudiaron oportunamente, en cuanto influyen en la sinceridad y veracidad del testimonio.

Una cuestión importante es la obligación que tiene el juez de dejar constancia escrita de todas esas circunstancias y condiciones que hayan pasado en su ánimo, para apreciar el valor de una declaración y que haya tenido en cuenta, para declarar como probado o no el hecho de la misma.-

Esta segunda exigencia del artículo 236 del código de procedimiento Penal se ha establecido para que el juez a quien le corresponde calificar el sumario, levantado por el funcionario instructor, puede estimar igualmente al apreciar las declaraciones de testigo que se han recibido, las condiciones y circunstancias que influyen en el valor que se les deba conceder como prueba a una declaración.-

Según el artículo 481 del código de procedimiento Penal que a la letra dice: "Cuando el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y por lo menos una declaración de testigos, que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica, del testimonio o breves indicios de que el proce-



74  
(74)

sado es responsable penal como autor o partícipe del hecho que se investiga el juez dictará auto de detención.-

Observese que a medida que la decisión pueda dictarse con base en una declaración, va siendo más grave para el sindicado; el legislador recalca cada vez más la necesidad de tal declaración sea apreciada conforme a las reglas que se han expuesto y que constituyen la crítica del testimonio.

En cambio, para que se pueda decretar la detención preventiva de un sindicado, ya dice más claramente que la declaración, debe ofrecer serios motivos de credibilidad, para terminar exigiendo que la declaración en que se basa el auto dictado contra el sindicado, debe ofrecer serios motivos de credibilidad, apreciación conforme a la crítica del testimonio.

Así podemos ver que basta con una sola declaración que sea un testimonio de los llamados Clásicos, para que se pueda iniciar sumario contra un individuo, decretar su detención preventiva y aun dictar auto de llamamiento a juicio, lo que nos viene a demostrar el inmenso poder que tiene este medio de prueba; y por ende la necesidad de ser apreciado correctamente con el fin de evitar injusticias y arbitrariedades.

Es tan importante este medio de prueba que puede llegarse por medio de ella hasta producirse fallo condenatorio y si por medio de la prueba testimonial llegare el procesado a cumplir condena

74

La demostración de esa prueba es falsa (lo mismo que en cualquier otra prueba en que se haya apoyado al juzgador para proferir el fallo condenatoria), la ley establece que hay lugar a sentencia correspondiente de acuerdo a nuestro código de procedimiento Penal.

Si interpuesto recurso prospera y se decide favorablemente puede exigir el condenado del juez o magistrado y del testigo falso, perito, etc, que hubieren determinado la condena que se pague los perjuicios con ella sufridos, por lo que es tan importante leerle al testigo las normas de nuestro código Penal hablan sobre el falso testimonio y la gravedad que encierran la mentira en estas circunstancias.-

77  
70

### CONCLUSIONES.-

Después de realizar un estudio, bastante modesto sobre uno de los medios de pruebas más importante, como es el testimonio, no sería fácil para nosotros, sacar una conclusión de todo lo que el presente tema de estudio nos abarca al finalizarlo, pero como es regla general la de que se hagan unas conclusiones al terminar esta clase de trabajo.-

Voy a tratar de cumplir con uno de los deberes, que le imponen el orden y especialmente el respeto que nos señalan determinadas reglas que hay que cumplir, para que no se presenten obstáculos imprevistos que vayan a impedir uno de los fines o metas trazadas por mí, que no es otra cosa, que la de serle útil a la sociedad y así pueda ella, darse el lugar que yo enciosamente he buscado.-

Sobre el tema que he escrito, solamente no he limitado a hacer algunos modestos comentarios hasta donde mis escasos conocimientos me lo han permitido y he logrado traer a el conceptos de respetadísimos e ilustres maestros de las ciencias del derecho, tratando a todo punto de vista, de encontrar en ello algunas luces que le han servido a muchas legislaciones para purificar este medio probatorio. Entre esas podríamos contar la nuestra.-

### PRIMER CAPITULO.-

Al enfocar el estudio del testimonio como medio probatorio, se me ocurrió de inmediato que no podía iniciar tal estudio sin primero establecer claramente el concepto de prueba, por tal ac-

tivo entendí la necesidad de releer los estudios que han elaborado entendidos en la materia, y así me fue más fácil identificarme con algunos de los puntos de vista de los varios que han sido planteados, yo tuve la oportunidad de transcribir en este trabajo seis de esos puntos de vista y después de haberlos esculcados en una forma consciente, me fue grato identificarme con el cuarto punto de vista que sostienen autores, como Carnelutti, Mittermaier, Floriani y Roco entre otros . Ellos establecen una combinación de factores subjetivos y objetivos que más tarde nos vienen a dar como producto un concepto bastante aceptado de la prueba.-

SEGUNDO CAPITULO.-

Ha sido de nuestro estudio, uno de los fundamentos básicos de la ciencia probatoria, como es el de saber cuando se tiene la verdad con certeza, y cuando no; ¿qué entendemos por verdad?; y qué por certeza?; ¿Cuándo creemos que estamos en la verdad?, u cuando creemos que hay certeza?-. Como se puede analizar escuetamente este anexo asunto de una importancia invaluable y es por eso, que no podíamos dejar de repasar las opiniones o conceptos vertidos en la materia universalmente y por qué no en nuestro medio, solo con el fin de no dejar ninguna clase de duda en este aspecto, por ello me he ocupado de transcribir aquí algunos de ellos.

Como es sabido de todos, el testimonio es un medio de pruebas admitido por nuestra legislación penal y por ello conforme al sistema de valoración admitido en nuestro territorio en esta rama del derecho, con relación al testimonio, corresponde al

79

78

jugador establecer su grado de credibilidad y <sup>de</sup> acuerdo al sistema de la persuasión racional o de la masa crítica. Es entendido que deberá este a-orignar de acuerdo a ese criterio establecido taxativamente dentro de su ámbito de competencia, donde está la verdad en el dicho del declarante y con ello dejar plenamente establecido que ha obrado con certeza al calificarlo y con ello dejará por fuera toda clase de duda, todo esto naturalmente en materia testimonial, porque la convicción del juez debe ser clara ya se trate de cualquiera de los medios probatorios o de los sistemas valorativos admitidos en nuestra legislación y es indudable que a través de sus investigaciones, su marcha debe ir encaminada con un solo objetivo o meta que es la de encontrar la verdad con certeza, es decir sin ninguna clase de duda, en cualquiera de las oportunidades procesales y con mayor razón si se trata de asuntos que versen sobre la materia criminal.-

#### TERCER CAPITULO.-

En este capítulo he encontrado una mayor ilustración, acerca de la importancia que tienen las pruebas y por ello resolví hacer una clasificación de acuerdo con nuestra legislación procesal, penal y civil y sobre todo atendiendo las enseñanzas que en materia de clasificación de las pruebas nos han legado ilustres ocultos de los sistemas jurídicos, no solamente de nuestro país sino universalmente.

Al tocarme clasificar las pruebas, me vi precisado a recoger para mi estudio la clasificación que hace el doctor Antonio Rocha en su libro "De la Prueba en Derecho" y aceto al estudio que

sobre ella hace este tratadista consultado a otros como Carnalutti, y quien nos señala un buen tratado sobre ellas.

Yo considero que el testimonio encaja en la llamada prueba indirecta, porque el juez llega al conocimiento de los hechos, no por su inmediación sino atendiendo al relato que de los hechos hace un tercero, o sea que no hay un contacto directo, es decir, es una prueba personal y no real como sucede en el caso contrario, cuando el funcionario si está en contacto directo e inmediato con los hechos.-

#### CUARTO CAPITULO.-

En cuanto a los sistemas procesales, me voy a referir en lo advertir, que en nuestra legislación se emplea el sistema mixto, o sea que el sistema inquisitivo predomina en los procesos penales mientras que el acusatorio se emplea en los procesos civiles aunque hay que entender que en materia penal el proceso se divide en dos etapas, la de instrucción, donde es empleado el sistema inquisitivo y el juicio donde ya aparece el sistema acusatorio.

Ahora despues de analizar, los articulos 177 y 179 del Código de procedimiento Civil, tambien podemos anotar que el proceso civil participa de ambos sistemas, porque en el primer articulo faculta a las partes para probar y así obtener el fin perseguido, en el segundo se faculta en el juez para decretar prueba de oficio, es por ello que nuestra legislación participa del sistema mixto



**QUINTO CAPITULO.-**

Al referirnos a los medios probatorios, en nuestra legislación primeramente transcribimos la clasificación de medios probatorios aceptada en nuestra legislación penal debido a que el estudio que estoy haciendo del testimonio es en materia criminal y por ello no he visto abocado a limitarme más que todo a su importancia en esta materia, porque yo creo que a mi modo de entender es aquí donde desempeña un gran papel y por ello es indudable su importancia, y tanto es así que los voy a transcribir lo que sobre los testigos dice Bentham: "Los testigos con los ojos y los oídos de la justicia".-

He transcrito esto, para que se observe que en materia criminal quien delinque trata por todos los medios de evadir la acción de la justicia y por ello busca no dejar rastro que pongan al descubierto su conducta ilícita; y es precisamente aquí donde el testimonio de terceros viene a constituirse en un medio de prueba importantísimo.-

En nuestra legislación penal, se emplea en cuanto la apreciación de este medio probatorio, el sistema de persuasión racional, aunque es sabido por nosotros que para los otros medios de prueba se establece el sistema de la tarifa legal, con excepción de la peritación que al igual que el testimonio, aprecia por este sistema.-

**SEXTO CAPITULO.-**

Para poder culminar un estudio que sea del agrado y le sirva de

80

consulta a muchos de los que hoy se inclinan por el estudio del derecho, se ha visto en la necesidad de buscar de traerles un limitadísimo estudio de la evolución del testimonio en sus diversas épocas.

Como se puede observar en nuestra transcripción histórica, que tuvimos oportunidad de hacer, nos damos cuenta que la ciencia del testimonio es vieja como la humanidad misma y ha sido a través de generaciones como se ha venido hilvanando la manera de testificar, de darle su valor, de acuerdo con el sistema que ha imperado en la medida en que la sociedad ha ido evolucionando culturalmente, y es allí donde empieza a darse las primeras inquietudes acerca de la importancia de este medio de prueba, dando con ello lugar al nacimiento de la primera escuela formada por investigadores que se preocuparon por darle un verdadero valor.-

Fue Bentham, quien con Mittermaier fundaron la escuela de la lógica racional sobre el estudio del testimonio, posteriormente nace la escuela científica, que marca senderos indudablemente más positivos con Kinnel, Star y Gorthe a la cabeza, hasta nuestros días.-

SEPTIMO CAPITULO.-

En este capítulo nos dedicamos a hacer un largo recorrido acerca de los factores que influyen para la formación del testimonio y las etapas o recorridos que tienen que efectuarse para su formación; por ello hemos citado algunos estudios hechos por Gorthe

Real Fungible, sobre la manera como influye los aspectos subjetivos y objetivos y los factores que lo constituyen, que son los que han van a permitir determinar las condiciones del sujeto al percibir el conocimiento de los hechos, es decir atendiendo a los aspectos de orden objetivo o externos y subjetivos o internos

OCTAVO CAPITULO.-

Para hacer la clasificación del testimonio, tuvimos que investigar muchas clasificaciones que hacen distintos autores, pero de estos escogimos la que hace Ferrarino Dei Malatesta. Este autor clasifica el testimonio en tres clases; testimonio Ante Factum, In Facto y Post Factum, pero yo considero que el testigo In Facto es el testigo ideal, por ser este testigo actual, es decir, un tercero que ha presenciado los hechos y que los ha percibido en el mismo momento en que se verifica, lo cual le facilita dar con más amplitud y lujo de detalles una declaración testimonial de ello, lo que no ocurre con los otros testigos.-

NOVENO CAPITULO.-

Teóricamente con mayor razón, en la práctica el testimonio es prueba oficiosa para la comprobación del cuerpo del delito, de no ser así, caeríamos en el absurdo de reputar ineficaces para demostrar el elemento material del delito, toda prueba testimonial.

La demostración del cuerpo del delito, requiere la comprobación

de la existencia de los elementos materiales del mismo, pero son cosas muy diferentes, para que un jurista se atreva a promiscuar los instrumentos con las cosas que constituyen el cuerpo del delito, es menester que se atribuya una licencia semejante, a la que se arrojan los postas cuando quieren salir de algún atolladero métrico .-

DECIMO CAPITULO.-

El relato que sobre el conocimiento de un hecho, haga una persona no podemos descartar su veracidad, ni tampoco darle un valor absoluto y completo, aunque existe la presunción de que los hombres perciben y dicen la verdad. Entre los factores que pueden afectar el testimonio son muy numerosos, y es así como casi todos los autores que han escrito sobre esta materia, han querido ponerle a esta clase de prueba un serie de obstáculos o filtros para tratar de purificarla hasta donde su esencia lo permita.-

DECIMO PRIMER CAPITULO.-

Al observar que nuestro legislador estableció el sistema de la tarifa legal, en cuanto a la valoración de la prueba en materia penal, dejó sumamente claro al señalar que solamente el testimonio y la peritación podían ser apreciados conforme al otro sistema de la persuasión racional o de la crítica del testimonio.- En cuanto a este último se refiere, este medio probatorio se pesa de acuerdo con las circunstancias que le puedan servir al juez, para darle al dicho del testigo serios motivos de credibilidad,

85  
85

conforme a las reglas de la sana crítica, y es precisamente lo que le viene a dar una mayor veracidad a la declaración rendida por el testigo, porque le permite al funcionario apreciar el conocimiento que dice tener un tercero sobre los hechos materia de la investigación.-

BIBLIOGRAFIA.-

Pruebas Judiciales de Jorge Cardozo Isaza

Teoría General de la Prueba de Hernando Devís Echandía

Lógica de la prueba en materia criminal de Nicola Franzini  
Marino Dei Malatesta

De la Prueba en Derecho de Antonio Rocha

Tratado de la Prueba en Materia Criminal de Pietro Ellero

Otros:

Antonio Dellapiane, Bentham, Carnelutti, Bessona.-

Crítica de la Prueba de Francisco Gorphe.-

INDICE

CAPITULO 1  
 Concepto de prueba.....pagina 4 a pagina 10

CAPITULO 2  
 La verdad y la certeza.....pagina 10 a pagina 12

CAPITULO 3  
 Clasificación de la prueba.....pagina 12 a pagina 20

CAPITULO 4  
 Sistemas procesales.....pagina 20 a pagina 24

CAPITULO 5  
 Medios de prueba e importancia del testimonio.....pagina 24 a pagina 30

CAPITULO 6  
 Evolución del testimonio como prueba.....pagina 30 a pagina 47

CAPITULO 7  
 Etapas de la formación del testimonio.....pagina 53 a pagina 58

CAPITULO 8  
 Clasificación del testimonio... ..pagina 53 a pagina 58

CAPITULO 9  
 El testimonio y el cuerpo del delito.....pagina 58 a pagina 60

CAPITULO 10  
 Apreciación del testimonio.....pagina 60 a pagina 69

CAPITULO 11  
 Valor probatorio del testimonio.....pagina 69 a pagina 76

CAPITULO 12  
 Conclusiones.....pagina 77 a pagina 86