

REPUBLICA DE COLOMBIA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR :

DR. PEDRO PACHECO OSORIO

SECRETARIO GENERAL:

DR. ALVARO BARRIOS ANGULO

**DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

DECANO:

Dr. EDUARDO HERNANDEZ MALO

SECRETARIO:

DR. JULIO VARELA ESCUDERO

PRESIDENTE HONORARIO DE TESIS:

DR. PEDRO PACHECO OSORIO.

PRESIDENTE DE TESIS :

DR. AUGUSTO TINOCO PEREZ

EXAMINADORES :

- Dr. MARTIN J. ESQUIVEL
- Dr. ANTENOR BARBOZA AVENDAÑO
- Dr. ANTONIO OSTAU DE LAFONT

2

I N D I C E.-

Capitulos.-	Páginaas
EXPLICACION.-	3
PROLOGO.-	4
CAPITULO I.-	5
CAPITULO II.-	6
CAPITULO III.-	12
CAPITULO IV.-	15
CAPITULO V.-	17
LA EDAD DEL TESTIGO.-	21
EL TESTIGO RETICENTE.-	23
CAPITULO VI.-	25
CAPITULO VII.-	36
CAPITULO VIII.-	42
CAPITULO IX.-	43
CAPITULO X.-	49
CAPITULO XI.-	55
CAPITULO XII.-	60
CAPITULO XIII.-	66
CAPITULO XIV.-	69
LA DECLARACION DE UN SOLO TESTIGO.-	72
CONCLUSIONES.-	78
BIBLIOGRAFIA.-	80

DEDICATORIA :

A mis padres y hermanos.

" La Facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos emitidos en esta tesis, los cuales se consideran propios de su autora", según reza el art. 85 del Reglamento.

PAIRINOS DE TESIS:

Dr. LUIS MORA GONZALEZ

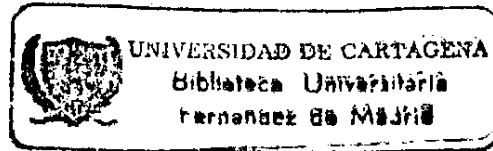
Doña JUDITH PORTO DE GONZALEZ

Señor MISABEL CORTEZ NAVARRETE.

T  
345.31  
T591

4

No. 2



" LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LO PENAL "

SCIB  
00019012

TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL  
TITULO DE DOCTORAA EN DERECHO  
Y CIENCIAS POLITICAS.

Presentada por :

ROSA TINOCO GARCES.

45518

Cartagena-Colombia 1973

EXPLICACION

Pensando en que para muchos aparecerá extraño que yo designe a mi padre, el doctor Augusto Tinoco Pérez, Presidente de Tesis, tengo a bien decir por qué he hecho esa designación.

Mi vocación, mi simpatía por el Derecho me nació oyendo hablar a mi padre de esa ciencia, y viéndolo trabajar con empeño pocas veces visto en los expedientes que le correspondían como Fiscal que era del Tribunal de Justicia, cargo que desempeñó durante veinticinco (25) años consecutivos. Muchos de esos expedientes se los llevaba a casa, para estudiarlos detenidamente, y allí los despachaba.

Después fui yo alumna de papá en Introducción al Derecho y, sin pasión de ninguna clase, me admiró su método, su rectitud, su afán de enseñar, su empeño en orientar a los alumnos. Después volví a ser alumna de él en cuarto año, en la clase de Procesal y Procedimiento Penal, y allí me di mejor cuenta de sus condiciones como Profesor. Por último, vi que la Universidad, después de haberlo hecho Profesor Enérito, lo hizo Profesor Honorario, siendo el único Profesor que ostenta esos dos títulos. Por eso pensé que nadie más indicado que él para Presidente de Tesis, con lo cual le hago, además, público reconocimiento por todo cuanto ha hecho por mí, como padre modelo, de quien me siento orgullosa en todo sentido.

ROSA Ma. TINOCO GARCES.

PROLOGO

La prueba testimonial es una de las mas antiguas, porque la fe en el testimonio de los hombres es algo obvio, y porque es la prueba mas común. Se dice que es la mas común porque lo mas frecuente viene siendo que el Juez se sirva de personas que presenciaron los hechos para que se los relaten.

Sobre el testimonio es mucho, muchísimo lo que se ha escrito, razón por la cual mi tesis no contiene nada nuevo que el modo de presentar el tema. Lo digo con franqueza para que no se crea que después de tanto tiempo de valerse la justicia de esa prueba, pretenda yo escribir una tesis de grado original. No. Nada de lo que digo aquí es mío. Todo es fruto de estudio.

Por nada de esta vida sería yo capaz de tratar de que se crea que soy original al hablar de la prueba testimonial, porque sería imperdonable. Por eso, nada mejor que decir la verdad, esta gran verdad que digo en la presente introducción a mi tesis.

La autora.



CAPITULO I

Un trabajo sobre testimonio debe comenzar, como es obvio, con la definición de testigo.

Muchas, muchísimas son las definiciones que existen sobre testigo. En la imposibilidad o ante la ninguna necesidad de citarlas todas, me parece que basta con tres, de las mas importantes.

Antonio Dellapiane dice que son testigos "aquellos que declaran sobre hechos que hayan podido caer directamente bajo la acción de sus sentidos".

Por su parte, el tratadista C.J.A. Mittermaier dice en su "TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL" que "testigo es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza". (De paso debo decir que la palabra presente debe entenderse en el sentido de presenciarse, porque una persona que está durmiendo está presente si donde ella está se comete un hecho, pero no lo ha presenciado).

Otro tratadista, Eugenio Florian, dice en su libro "DE LAS PRUEBAS PENALES" que el "testigo es una persona física que se ha citado al proceso penal a decir lo que sepa a cerca del objeto de aquel, con el fin de establecer una prueba."

Por supuesto, debe decirse que los autores de Derecho Procesal Penal sostienen que testigo es no solamente lo ya dicho sino todo aquel que declara, pero esto no es en sentido estrictamente jurídico, porque en tal caso testigo es, como queda dicho, todo aquel

que presencia el hecho sobre el cual tiene la obligación de rendir declaración, a no ser que, por estar en las circunstancias que indica la ley, pueda abstenerse de declarar.

## CAPITULO II

Como esta tesis se contrae a estudiar la prueba testimonial a la luz de la legislación penal colombiana, debo hacer un poco de historia, para que se vea la transformación que ha tenido esa prueba en los últimos años. Para ello citaré las disposiciones que han regido desde el año de 1931 en que entró a regir el trasanterior Código de Procedimiento Penal, que era la ley 105 de ese año, pasando por la ley 94 de 1938, que fué el Código de Procedimiento Penal anterior, y llegando hasta el día uno de julio de 1971, en que entró a regir el Decreto número 409 de ese año, que es el Código de Procedimiento Penal actual.

El Código de Procedimiento Penal de 1931, contenía las siguientes disposiciones:

Art. 1671. Todo individuo, hombre o mujer, mayor de diez y ocho años, que no es ni loco, ni imbécil, que tiene conocimientos en sus ideas y cuyas relaciones son conformes con las de los otros hombres, es testigo hábil con



tal que no tenga interés en faltar a la verdad.

Art. 1672. La ley presume que tiene interés en faltar a la verdad el que declare en favor de su consorte, - de sus ascendientes, descendientes, de sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, y de su amigo íntimo, o contra su enemigo capital- 1529.

Art. 1673. No se admitirá a ningún individuo declaración contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos.-25 Const.

Art. 1674. Un testigo no puede por sí solo formar plena prueba.

Art. 1675. Dos testigos hábiles para declarar, que concuerdan en el hecho y en la persona, y que no discrepan notablemente en el modo, tiempo lugar y demás circunstancias, hacen plena prueba.

Art. 1676. Las declaraciones sobre palabras, no sirven sino para acreditar éstas y siempre que el testigo asegure haberlas oído proferir.

Art. 1677. Los que declaren sobre palabras o dichos, deberán no solamente repetir las palabras que oyeron, sino también expresar el tono y el gesto que las han acompañado, y las circunstancias en las cuales fueron

proferidas. La uniformidad de los testigos deberá referirse a las palabras o igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar el sentido.

Art. 1678. La declaración del testigo que deponga refiriéndose a otra persona, no tendrá más fuerza que la que tenga el dicho de aquél a quien se refiera.

Art. 1679. No hará fe el dicho del testigo que se contradiga notablemente en cuanto al modo, lugar, tiempo y circunstancias del hecho.-1719.

Art. 1680. Tampoco tendrá valor alguno la declaración del testigo que declare por cohecho, seducción o interés personal, ni el que ha sido declarado judicialmente testigo falso.- 1719.

Art. 1681. Los testigos que se produzcan en favor del procesado, deberán declarar sobre hechos de donde pueda deducirse la prueba de que es falso el cargo que se le hace.

Es completamente ineficaz el testimonio sobre el no hecho.

Art. 1682. Derogado. (Ley 57 de 1.887, art. 338).

Art. 263. Ley 57 de 1887. Las declaraciones dadas en el sumario conservarán toda la fuerza que les es propia; pero la perderán si los testigos infirmaren luego sus declaraciones.

Aquel Código dejó de existir en virtud de haber si do derogado por la ley 94 de 1.938, que, entre otras, con tenía las siguientes disposiciones :

"Toda persona sana de mente es hábil para rendir - testimonio. Pero al Juez le corresponde precisar razonada mente su credibilidad, téniendo en cuenta las normas de - la crítica del testimonio, y especialmente las condicio nes del objeto a que se refiere el testimonio, las circun stancias en que ha sido percibido y aquellas en que se rin da la declaración."

"Las condiciones y circunstancias que, conforme al in ciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la cre dibilidad del testigo, se harán constar en la misma decla ración".

Art. 225--- Toda persona está en la obligación de ren dir el testimonio que se le pida en el proceso penal, con excepción de los casos expresados en la ley".

Art. 226--- No se recibirá a nadie declaración contra su consorte ni contra sus ascendientes, descendientes o her manos".

Art. 227--- Nadie podrá ser obligado, en asunto crimi nal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo

o contra sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

Las disposiciones que anteceden son, a juicio de la autora, las mas importantes y a ellas se hará referencia en el orden de numeración. Por supuesto, no se comentarán aquellas que no parecen tener mucha trascendencia.

Por otra parte, es conveniente poner de presente - que el Código de Procedimiento Penal vigente lo que hizo fué cambiar la numeración de los artículos sobre testigo nio, limitándose a introducir solo dos reformas, que son: suprimió del antiguo artículo 224, hoy 236, la expresión "sana de mente" y estableció en su artículo 237 lo que sigue :

"Al testigo menor de diez años de edad no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá ser 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.

Volviendo al primer artículo del capítulo, al cual, como dijimos, solo se le introdujo la reforma de suprimir la expresión "sana de mente" que figuraba en el Código anterior, se debe decir que se dejó con vida la trascendental

No.11

reforma del Código de Procedimental de 1.938, cual fué la de introducir la modalidad de la crítica testimonial, a la cual nos referiremos detenidamente mas adelante.

Se pasa ahora a comentar en detalles el mencionado artículo 237 del Código actual, que se considera de muchísima importancia. Ese comentario se hará frase por frase.

---000---

C A P I T U L O   I I .

"TODA PERSONA ES HABIL PARA RENDIR TESTIMONIO"

Esa primera frase del artículo que se comenta no establece diferencia de edades ni de sexo ni de ninguna otra clase en el testigo. Pero ha de tenerse en cuenta las palabras "TODA PERSONA" deben relacionarse con la crítica testimonial, motivo por el cual no debe aquella entenderse en su tenor literal, porque si fuera así podrían declarar, por ejemplo, los locos, los niños de meses etc. Por lo tanto, cuando se dice "toda persona" es porque se le deja al Juez la facultad de interpretar la disposición con sentido práctico, sin llegar al absurdo.

L O S   L O C O S

Al hablar de la persona es necesario referirse a la anormalidad mental que ella puede padecer, El doctor Francisco Gorphe en su famosa obra titulada "LA CRITICA DEL TESTIMONIO" es, a nuestro modesto modo de ver, quien mejor trata este tema.

Anota el mencionado autor que varias legislaciones del mundo, entre ellas España, Canadá, Portugal y Méjico, eliminan por completo el testimonio de los locos. Sostiene, además, que hay alienados absolutamente incapaces para ser testigos, como los dementes, los confusos mentales, los maníacos y los melancólicos.

Hace aquel Profesor un completo estudio de las enfermedades o anormalidades mentales, para llegar a la conclusión de que "el valor del testimonio de un alienado no puede ser determinado de antemano". En efecto, es necesario precisar cual es el estado psíquico de dicho alienado en el momento de declarar y cual era ese estado en el momento de percibir lo que es o va a ser objeto de su declaración. Concluye este autor así: "Es difícil comprender cómo, en estas condiciones,, autores como Paulus han podido pedir una disposición legislativa general, que declare a los alienados incapaces de testimonio. Admitiendo que esto sea posible, habría todavía que saber lo que es preciso entender por alienados y no es el legislador quien puede decirlo. También las raras legislaciones que han querido hablar de los alienados han venido a caer en el

vacío. Así ha ocurrido a la ley de enjuiciamiento criminal española, prescribiendo que solo se debe escuchar a los "testigos que gocen de sus facultades mentales", y al Código de instrucción criminal austríaco, declarando incapaces "a los que por razón de su estado físico o de su situación de espíritu no están en estado de decir la verdad".

Nosotros entendemos que el testimonio del alienado no puede rechazarse por ley. Nos parece que el Juez debe estudiar al alienado, debe observar las circunstancias en que se encontraba cuando presenció los hechos y las circunstancias en que se halla cuando declara, hacerlo examinar de un médico y con base en todo eso, hacer la crítica testimonial, esto es, decir razonadamente, con argumentos, por qué le cree o por qué no le cree al testigo.



C A P I T U L O I V .

"PERO AL JUEZ LE CORRESPONDE APRECIAR RAZONADAMENTE SU CREDIBILIDAD, TENIENDO EN CUENTA LAS NORMAS DE LA CRITICA DEL TESTIMONIO....."

Reza de aquella manera el comienzo de la segunda parte del citado artículo 236 del actual Código de Procedimiento Penal, que, como dije, es una reproducción del 224 del anterior. Con esa frase se dejó intacta la substancial reforma de 1.938, que acabó con el anticuado método de la tarifa legal de pruebas y le dió al Juez la facultad de apreciar el testimonio, estudiándolo en todos sus aspectos, lo que se denomina por los autores crítica testimonial.

La crítica testimonial es una institución, un sistema de gran alcance jurídico-penal y constituye el mejor medio de que pueda servirse la justicia punitiva para descubrir si el testigo miente o no, lo que es decisivo, trascendental para la justicia. Por supuesto, hay que poner de presente que es posible que en muchos casos los jueces se equivoquen en hacer la crítica tes

tinomial, como suelen equivocarse en otros casos. Pero para eso está la segunda instancia, y para eso se ha establecido en determinados casos el recurso de casación, en virtud del cual procesos importantes suben a Bogotá a la Corte Suprema de Justicia, para que sea esa alta Corporación la que diga la última palabra.

Se destaca que la frase que se comenta establece que el testimonio debe apreciarse razonadamente, lo que quiere decir que el funcionario que lo es tudia debe presentar razones para admitirlo o para rechazarlo, razones que, como se verá mas adelante, deben empezar a figurar en la misma declaración.

En resumen : no puede un Juez decir escuetamente que le cree o que no le cree a un testigo, sino que está en la obligación de esgrimir razones para lo uno o para lo otro, lo que constituye una garantía para la administración de justicia.

C A P I T U L O V.

..... Y ESPECIALMENTE LAS CONDICIONES SOCIALES Y PERSONALES DEL TESTIMONIO...."

He aquí otra frase del artículo que vengo comentando. Con esta y con las siguientes parece que el legislador del año 1.938, lo que se ha respetado en el Código actual, quiso ser explícito, mas claro en eso de la crítica testimonial.

Refiriéndose ahora a las mencionadas condiciones sociales y personales de un testigo, debo destacar que tales condiciones, cuando son buenas, permiten esperar que éste declare la verdad. Entre esas condiciones de la persona humana figura la moralidad. En efecto, un testigo de moral intachable, un hombre recto en todo sentido, no es capaz de prestarse para callar la verdad o para adulterarla. Siendo esto así, los autores están acordes en sostener que una persona de moral sana es un testigo insospechable.

Siendo aquello así, es apenas lógico que se tengan como testigos sospechosos, de ninguna moral, a las

personas que se agitan en ambientes viciados, como es el caso de las prostitutas, de los que tienen el hábito de visitar lupanares y de los que tienen roce con gentes que viven del delito o delinquen en forma habitual. Y es que, como tantas veces se ha dicho, "el hombre es un producto del medio en que habita.

En cambio, es un hecho que permite esperar veracidad en un testigo su ilustración, su cultura, como lo es también vivir en un ambiente sano, de buenas costumbres.

.....

Los tratadistas, al estudiar las condiciones personales del testigo, tienen en cuenta la pasión, la simpatía, la antipatía, la solidaridad y el interés, a lo cual paso a referirme.

La pasión, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es "cualquiera perturbación o afecto desordenado del ánimo". Lo que quiere decir que la persona que está apasionada no tiene el ánimo en situación normal, motivo por el cual puede dejarse

guiar o seguir por la pasión que siente, la cual puede ser amor u odio. En el primer caso, el testigo se siente inclinado a la persona en relación con la cual ha de versar su declaración. Tiende a favorecerla, porque cree que así le hace bien o así procede bien.

El caso del odio es opuesto aquel, pues se trata de un sentimiento hostil hacia una persona, lo que pueda dar lugar a que un declarante mienta para perjudicar en un proceso a quien odia.

La solidaridad, mejor dicho, lo que se llama espíritu de solidaridad, puede también ser factor que induzca a una persona, a alterar la verdad como testigo. Ese espíritu de solidaridad se da en la familia, en las sectas, en los partidos o grupos políticos, en las asociaciones etc.etc. y surge con mayores caracteres cuando en un proceso se trata de juzgar a una persona por un hecho que tenga que ver con la política, en el cual es muy posible que todos los copartidarios del procesado tiendan a favorecerlo con sus testimonios.

La simpatía no se refiere, como parece a primera vista, a las personas sino a los hechos, y ese es el caso de la antipatía. En efecto, hay hechos que nos son simpáticos y hay otros que nos son antipáticos. Si vemos, por ejemplo, a un jovencuelo que con gran habilidad logra derribar al hombre corpulento, que abusando de sus fuerzas lo maltrata, celebramos el triunfo de aquel. Y precisamente el otro hecho, el del corpulento, que abusando de sus fuerzas lo maltrata, celebramos el triunfo de aquel. Y precisamente el otro hecho, el del corpulento que golpea al jovencuelo, nos desagrada, nos merece rechazo o antipatía. Siendo todo ello así, nada de particular tiene que una persona se deje llevar por la antipatía o la simpatía que le haya producido el hecho, y de esa manera rinda un testimonio en pugna con la verdad.

El interés es otra de las causas que permiten sospechar que un testigo se aparta de la verdad, ya que, como es obvio, si un testigo tiene, por cualquier motivo, interés en el resultado de un proceso, es de suponerse que declare teniendo en cuenta ese interés.

LA EDAD DEL TESTIGO.

Establecer desde qué edad hasta qué edad es habil una persona para servir de testigo, es un asunto que ha sido muy discutido. Por supuesto, que el problema adquiere mayores proporciones cuando se habla de lo primero, es decir, desde qué edad es idónea una persona para declarar.

En algunas legislaciones del mundo, los menores de catorce años están imposibilitados para declarar, mientras que en otras, como en nuestro país, no se fija límite alguno en lo penal, motivo por el cual la resolución de este problema se deja al Juez, quien lo resolverá, como es natural, ajustándose a las normas de la crítica testimonial. Esto, debe decirse, no sucede en el procedimiento civil, pues o que el nuevo Código (Decreto 1.400 de 1.970) dice en su artículo 15, que son inhábiles para declarar en todo proceso "los menores de doce años".

De conformidad con el sistema de la crítica que, como tantas veces he dicho, opera en Colombia en el penal procedimental, el juez analiza en cada caso parti-

cular el testimonio del menor, para lo cual no podrá olvidar que el niño le da muy poca importancia a la verdad y que en muchas ocasiones demuestra inclinación a mentir, ya sea por defenderse, ya sea por temor, o porque se lo sugieren.

Cualquiera que sea la causa de la mentira en el niño, su testimonio debe estudiarse, analizarse cuidadosamente, no sin olvidar que el menor es muy dado a asustarse, a impresionarse cuando está en presencia de la autoridad. En tales casos se siente intimidado y, como lo dice Altavilla, la intimidación "de tione las facultades amnésicas del menor y éste, por lo regular, se turba antes las personas desconocidas".

Mención especial merecen los ancianos, en quienes debe examinarse, según los autores, antes que todo su estado psíquico. Es muy sabido que en los últimos años de vida sufren disminución los sentidos y las facultades mentales.

Por lo regular, los sentidos que mas lesión su-



fre en el anciano son la vista y el oído. Es frecuente ver que hay personas de avanzada edad con la capacidad visual sumamente debilitada. El anciano sordo es también muy común.

En cuanto a la memoria, ha de destacarse que en los los ancianos sufre muy grandes trastornos. Es muy interesante lo que anota el Profesor Ribot, quien destaca que los recuerdos de los ancianos desaparecen por fragmentos, en orden inverso al orden de su aparición. También resulta interesante, y esto está ampliamente demostrado, ver que los ancianos recuerdan mejor los sucesos remotos que los sucesos recientes.

EL TESTIGO RETICENTE.

Los autores de pruebas destacan la existencia de una categoría de testigos, que denominan los reticentes, quienes callan o no declaran con motivo de la profesión u oficio de que viven, como es el caso, por ejemplo, de los conductores de vehículos, de los hoteleros, de los vendedores ambulantes. Se ha visto que los vendedores

No.24

ambulantes y los choferes callan por temor a represalias y, mas que todo, porque consideran que si declaran sufren perjuicio su actividad comercial. Derivan ellos su sustento de su trato con el público, y como de ese público hacen parte los familiares, amigos o relacionados de los interesados en un proceso, estiman que lo que mas les conviene es callar.

--000--

C A P I T U L O VI

....."LAS CONDICIONES DEL OBJETO A QUE SE REFIERE EL TESTIMONIO....."

En esta otra frase del artículo que se comenta, la cual se refiere a las circunstancias, hechos, aspectos o asunto sobre que ha de versar la declaración del testigo. Por tal razón, en un delito de calumnia o de injuria que se cometa verbalmente, será objeto de la declaración, primordialmente, las palabras lanzadas contra la víctima por el procesado, como también la causa o la razón de ellas. Y si se trata de un delito de lesiones personales, será objeto de la declaración las palabras cruzadas entre victimario y víctima, la clase de arma empleada, el número y sitio de las heridas y demás detalles que interesen a la justicia.

Puede darse, y se ha dado mucho, según la prensa lo publica y según lo dicen los entendidos, de que un testigo, que no tiene el propósito de callar o de mentir, no diga la verdad, por error, lo que puede suceder

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CAROLINA

No.26

a causa de que no percibió bien el asunto sobre el cual  
va a declarar, o no recuerde bien.

Se viene sosteniendo que si el testimonio versa  
sobre un objeto reproducido por la vista ofrece menos  
posibilidades de error que si se tratara de percepción  
por medio de los otros sentidos, debido a que la vista  
precisa mejor los objetos y también a que la mente es  
mas propensa a retener con cierta fidelidad lo visto  
que lo que ha captado por otros medios.

No obstante aquello, hay detalles que se ocu-  
pan a la memoria, en relación con los cuales lo que  
se llama memorabilidad falla. Uno de ellos es el co-  
lor, ya que rara vez puede un testigo apreciarlo con  
exactitud o con precisión. Lo mismo sucede con las di-  
mensiones de un espacio, con los lugares, y es así co-  
mo con frecuencia se ve que hay testigos que están en  
desacuerdo acerca de distancia, por ejemplo, que había  
entre los protagonistas de una tragedia, como igualmen-  
te discrepan en relación con el sitio preciso en que  
se encontraba cada uno de ellos. Todo eso obedece a que

la atención del testigo se concreta al hecho principal a lo primordial, sin fijarse mucho en los detalles.

Con los movimientos sucede igual cosa que con aquello. En su famosa obra "LA CRITICA DEL TESTIMONIO", Francisco Gorphe sostiene que "la imagen de un objeto en movimiento es la resultante de una serie de imágenes parciales de movimiento". De ahí que los movimientos se captan o se perciban intermitentemente. La serie de movimientos de que nos habla el mencionado gran maestro, y que él califica de "incompleta, porque con la imaginación o el razonamiento de quienes suplen esas lagunas", pueden causar con facilidad un falso testimonio, debido a que las percepciones son fugaces y de ese modo los movimientos no son llevados con exactitud a la mente.

Se ha sostenido que cuando mas falla el sentido de la vista es en el reconocimiento de personas y objetos, pero especialmente en lo que hace a las personas. La justicia universal es abundante en casos en que, por un reconocimiento equivocado muchos crímenes se han quedado impunes o muchos inocentes han sido castigados.

El Juez debe tener presente que por la semejanza de unas personas u objetos con otros; por defectos de atención, por el tiempo que ha transcurrido desde que se vió a la persona o al objeto motivo de la deposición, hasta el momento de rendir ésta, como también por muchas otras circunstancias que se oponen al fiel conocimiento de ellos, el reconocimiento es de naturaleza difícil y muy susceptible de error. Deberá, por consiguiente, no atenerse a él hecho, sino después de un detenido análisis en orden a determinar si hay influencia alguna que pueda originar infidelidad.

El reconocimiento de cadáveres es aún más susceptible de error. Los funcionarios de instrucción deben practicarlo usando de todos los medios de certeza que posean a su alcance. Algunos autores recomiendan que se le dé al cadáver un aspecto lo más normal posible, lavándolo, vistiéndolo, haciéndole desaparecer la hinchazón por medio de masajes, reanímándole los ojos con inyecciones de glicerina, cerrándole la boca y coloreándole los labios.

Un interesante aspecto del testimonio visual es la evaluación. Determinar, verbi gracia, la duración de un suceso, calcular la cantidad de personas que presenciaron tal hecho y establecer las dimensiones de un lugar, es tarea compleja. También lo es apreciar la velocidad de un vehículo. Esto último no obstante, varias investigaciones han demostrado que la velocidad puede calcularse con bastante proximidad, no sin tener en cuenta que las velocidades inferiores a la normal se consideran menores y mayores las superiores a aquella.

Difícil es también de precisar las fechas y las horas. Pero puede suceder que el hecho acerca del cual se interroga al testigo haya acaecido en fecha, por cualquier aspecto, memorable para él o memorable generalmente, o en las cercanías de esa fecha, y en este caso, comprobado ello, no podría prestarse a duda la exactitud del testigo en precisarla. Tal sería el caso de un testigo que deponga mucho tiempo después del día en que se ejecutó un delito y dijera: este sucedió el día siete de agosto, a las cuatro de la tarde y que indagado por el Juez acerca de por

qué presenta datos tan exactos, respondiese: porque recuerdo que ese día se posesionó el Presidente de la República y estaba yo escuchando el discurso de posesión. Por consiguiente, si es prudente sospechar de un testigo que en materia de tiempo dé datos precisos, también lo que el Juez indague por las circunstancias que bien, como en nuestro ejemplo, han podido influir tan decisivamente en la memorabilidad del deponente.

Necesario es igualmente tener en cuenta que mientras el dato de tiempo no altere la sustancia del asunto, mientras ese dato no tenga influencia decisiva en el resultado del proceso, el error que acerca de él se advierte no debe tomarse como base para tachar la declaración. Ejemplo: A. da muerte a B., el 10 de Marzo de 1.973, a las siete de la noche, y sostiene que lo hizo en legítima defensa del honor, ultrajado por éste, en determinada forma. Llamados C. y D. a declarar, deponen en un todo de acuerdo con el sindicado, pero el uno no precisa la fecha ni la hora en que se ejecutó el hecho y el otro afirma que tuvo verificativo el 11 de Marzo, a las ocho



de la noche. A mi modo de ver, la impresión de C. y el error de D. en cuanto a día y hora no puede fundamentar tacha, no solamente porque no ataca el fondo de la investigación sino porque se advierte que es un error de buena fé.-- Pero hay casos en que la no concordancia en fecha y hora sí da lugar a que un testimonio no merezca credibilidad, y es en aquellos donde la investigación necesita conocer con precisión tales datos, en orden a impartir justicia. Valga un ejemplo: se sindicó a X. de un hecho criminal, que, según datos que obran en el informativo, fué ejecutado el 20 de Marzo de 1.973.-- El sindicato X. sostiene en su indagatoria que ese día se encontraba en tal población, distinta a la en que se cometió el delito, Presenta para comprobar su afirmación a Y. y a Z. como testigos. Pero éstos declaran que sí es cierto que X. estuvo en tal población, pero no el 20 sino el 18 de Marzo de 1.973. En este caso, como la fecha es esencial para que se pruebe o no la coartada, la discrepancia entre la fecha citada por el sindicato y las citadas por los testigos, sí tiene importancia.

En todo caso, el criterio jurídico del Juez y las normas de la crítica testimonial, le indicarán la más acertada forma de proceder.

Vines ya que el testimonio visual, no obstante ser el menos generador de errores, siempre es susceptible de adolecer de algunos.

Pues con mayor razón esos errores tienen lugar en el testimonio auditivo. En este hallamos mayor imprecisión en los detalles.- Con frecuencia se advierte que, por quedar solamente en la memoria una impresión general, de conjunto, se puede reproducir el sentido de lo que se ha oído, pero no las frases o las palabras precisas. Sucede también con alguna frecuencia que se toma en vez de la que se ha oído una palabra de acepción distinta pero que tiene un parecido sonido. Queda, por consiguiente, al arbitrio del Juez, en casos de discrepancia en relación con frases y palabras, dar credibilidad al testimonio, después de haber estudiado si se ha operado uno de los fenómenos auditivos que señala la ciencia, como deberá también irse al sentido mismo de

las palabras y de las frases, para ver si se trata de discrepancia adjetiva o sustancial. Ya que es elemental que lo esencial es medir el alcance de una palabra o frase, si ello ha de tener repercusión en el proceso, el Juez está en la obligación de proporcionarse los fundamentos que le permitan hacerlo. Pero si no lo logra, la crítica testimonial le señala normas.

Tener en cuenta las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio es una de las indicaciones que para la crítica se establece, como ya vimos al comienzo de este capítulo, en el artículo 236.

Mi padre, que, como se sabe, fué Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial de Cartagena durante veinticinco años consecutivos, me ha contado muchos casos relacionados con el objeto del testimonio, que paso a mencionar, para mayor claridad sobre el tema.

Me dice aquel que en unas diligencias sumarias,

por el delito de homicidio, un testigo sostuvo que no presenci6 los hechos pero que si vi6 que la v $\acute$ ctima ten $\acute$ fa en el bolsillo una navaja, detalle que era de mucha importancia, porque se trataba de demostrar que el sindicato hab $\acute$ fa procedido en leg $\acute$ tima defensa de su vida, y que cuando el proceso subi6 al Tribunal, Sala Penal, all $\acute$  se dijo, con base en el dise $\acute$ no de dicha arma, que era peque $\acute$ na, que no era posible que siendo de noche una persona pudiera ver que otra tuviera en un bolsillo un objeto tan peque $\acute$ no, sobre todo si se ten $\acute$ fa en cuenta que el autor del homicidio ten $\acute$ fa puesto un pantal6n de kaki, que es tela gruesa o tupida. Fu6 as $\acute$  como dicho Tribunal se apart6 del dicho del mencionado testigo.

En otro proceso, cuya copia tengo a la vista, y que ya fu6 fallado, en el cual mi padre fu6 apoderado del procesado, se di6 el caso de que un testigo declaró que estando en su establecimiento logr6 ver que la v $\acute$ ctima lo daba trompadas al procesado, y que 6ste sac6 de la parte adentro del pantal6n (en la cintura),

un pequeño puñal. En ese proceso el Juez de la causa dijo:

"DECLARACION DE A.P.- Este testigo manifiesta que se hallaba en la puerta de un estanquillo de su propiedad y que desde allí logró ver que el occiso agredía con puñetazos al sindicado, y que, además, sacó del bolsillo del pantalón una navaja, para agredir a éste. Pues bien: de acuerdo con el croquis del lugar donde se desarrolló la tragedia que originó estas diligencias, el establecimiento del testigo A.P. está ubicado a treinta y cinco (35) metros del sitio en que se operó aquella. No es pues, de aceptarse que en noche oscura, en ausencia de luz de ninguna clase, y a la distancia expresada, la capacidad visual del deponente le haya permitido ver que la víctima sacó del bolsillo una pequeña navaja (véase el diseño).--. No puede, por consiguiente, el Juzgado darle credibilidad a esta declaración, porque ella no lo merece, a la luz de la más elemental crítica".-

C A P I T U L O VII.

... "LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE HAYA SIDO PERCIBIDO"...

Continua así el ya tantas veces citado artículo 236.--

El Profesor Hans Gross nos enseña que "la facultad de percepción de un hombre no permite una deducción sobre su capacidad de recuerdo", y Gorphe sostiene que el "valor de la percepción es función de las condiciones subjetivas y objetivas en que ha tenido lugar". Pasamos a referirnos a ellas.

Las condiciones objetivas de percepción versan sobre las circunstancias de tiempo, lugar, e iluminación.

TIEMPO

La casi totalidad de los errores de percepción obedece a que los objetos han sido percibidos rápidamente. Es apenas elemental afirmar que a medi-

da que los hechos se suceden más brevemente, a medida que sea más corta la observación, existe menos captación. Y por el contrario, si la observación es detnida, si la percepción no es fugaz, el objeto o los detalles quedan mejor impresionados. Es una cuestión que, por su claridad, no reclama mayores apreciaciones.

#### LA ILUMINACION. EL LUGAR.

Al lado del tiempo es preciso tener en cuenta, no solamente la distancia y la perspectiva, sino la iluminación. Es bien sabido que la distancia influye decisivamente en la observación; que la perspectiva varía según la posición que se ocupe y que lo que se ha visto en la oscuridad no puede, por lo general, apreciarse con exactitud. Así, pues, no bastará solamente que el testigo haya tenido tiempo suficiente para observar. Será, además, necesario que haya observado a distancia apropiada y con suficiente claridad. Ya tuvimos ocasión de apreciarlo en la cita que hicimos en páginas anteriores de la declaración de un tes

tigo que depuso acerca del color de una rosa, vista de noche, y en circunstancias en que no disponía de completa iluminación.

Hasta aquí las condiciones de la percepción. Pero entre ésta y la declaración existe una facultad, que ya mencionamos, aunque ligeramente: la memoria.

Lo que han percibido los sentidos se impresiona en la memoria. Esa impresión es el recuerdo. Pero el recuerdo desaparece o se debilita, a causa del tiempo y de las sugerencias externas.

La acción del tiempo produce el olvido total o parcial, que es la negación del recuerdo. Este, sobre todo si se refiere a detalles o circunstancias de menor consideración, disminuye, en razón inversa al tiempo - proporcional al tiempo. Por tal causa, después de cierto tiempo no puede esperarse de un testigo una deposición precisa. Esa es una de las razones de la actividad, de la rapidez que se exige en la in



vostigación penal.

LAS CONDICIONES SUBJETIVAS.

En las condiciones subjetivas se analiza la atención que haya fijado el testigo en la percepción; la emoción que haya podido experimentar en ella; la integridad cerebral de que disponía al percibir y la sugestión que haya podido sufrir. Ya a la memoria nos referimos en el capítulo anterior.

Es un fenómeno natural, que experimentamos frecuentemente, el de la percepción incompleta, cuando estamos distraídos. En cambio, cuando se está atento, la percepción es completa. Hay aspectos circunstancias o detalles que nos interesan, y que por consiguiente retenemos. Pero asimismo hay otros que no despiertan en nosotros ningún interés, en relación con los cuales no podríamos rendir la declaración que se nos solicitara. Igual cosa acontece cuando no oímos con atención: no se puede, por la desviación de la atención, decir qué es

lo que se ha oído.- Desgraciadamente, resulta casi imposible para un funcionario penal descubrir uno cualquiera de estos fenómenos en la apreciación de un testimonio.

La emoción impide una buena atención. Un testigo poseído de miedo, dominado por la ira, por ejemplo, percibe ligerante y, por lo regular, a través de su estado emocional. Frecuente es en los casos de accidentes, de calamidades públicas, que las personas emocionadas agranden, abulten los sucesos, y lleguen hasta a dar por ciertos hechos que no han sucedido, todo lo cual no es más que fruto de la tensión nerviosa que las domina. Bajo la sensación de lástima o de horror es también posible que un testigo dé, inintencionalmente, un aspecto de mayor gravedad a los hechos. Esto ha sucedido en muchos casos de accidentes de tránsito, en que los testigos, ante el dolor que les causa la tragedia, muestran ésta en forma más grave.

La integridad cerebral, es por otra parte, condición indispensable para captar bien. Las personas que reciben una herida en el cráneo, que son golpeadas fuertemente en la cabeza, sufren una momentánea perturbación mental, que les impide observar cabalmente. Lo mismo acontece en caso de embriaguez, en que el testigo, si así puede llamarse, no posee el claro uso de sus facultades mentales, motivo por el cual no ha percibido perfectamente, o si lo ha hecho, que es muy raro, después, pasada la crisis, no recuerda nada o recuerda muy poco lo que ha observado. De ahí que la deposición de los últimos ofrezca tan serios peligros.- Muchos embriagados no recuerdan nada: es lo que la gente llama "lagunas".

C A P I T U L O   V I I I

.... " Y AQUELLAS EN QUE SE RINDA LA DECLARACION".

Así termina el artículo que ha venido siendo objeto principal de esta tesis. Se trata ahora de las circunstancias en que el testimonio se rinde. Es la etapa final de la crítica testimonial.

Consideremos de gran importancia para la administración de justicia la disposición mencionada. Ella indica al funcionario en lo penal que no solamente se debe apreciar la credibilidad del testigo teniendo en cuenta sus condiciones sociales y personales, el objeto a que se refiere el testimonio, la forma en que ha sido percibido, sino las circunstancias que se rinde.

Puede suceder que un testimonio haya sido bien percibido y que del momento de la percepción al de la declaración no haya operado en el testigo fenómeno alguno de los ya estudiados, que lo incline a declarar fal-

sa o erradamente, o a abstenerse y que, no obstante, al rendir su declaración él carezca de la independencia moral necesaria para dar un buen testimonio. Por tal razón, deberá el funcionario instructor estudiar la relación de sujeción, la jerarquía, el vínculo o cualquier otra causa análoga que pueda existir entre el deponente y una cualquiera de las partes.

Puede suceder que un testigo contraiga un vínculo de afinidad, por ejemplo, con una de las partes interesadas en el proceso, después de haber percibido el testimonio. O que al momento de rendirlo exista alguna otra circunstancia parecida, que lo obligue a callar, a mentir, como, por ejemplo, la petición de un interesado, para que declare de determinada manera.

También es factible que, como lo dice el doctor Tinoleón Moncada en sus "Comentarios al Código de Procedimiento Penal Colombiano", "aún teniendo el testigo buena facultad perceptiva, buena memoria y sinceridad, el testimonio pueda no ser fiel. El testigo, al

tratar de desarrollar la percepción por medio de la palabra, puede sufrir dificultades para expresar sus pensamientos, ya por deficiencia de léxico, ya por otras causas. Muchas veces una persona recuerda perfectamente en su espíritu un hecho; lo tiene presente en su imaginación, y, sin embargo, no puede describirlo porque ha olvidado las palabras o porque tiene dificultad para dar una expresión exacta de sus vivencias o impresiones experienciales".---

Sobre las circunstancias en que se rinda la declaración, que acabamos de tratar, ofrece el Código de Procedimiento Penal algunas disposiciones, que consideramos necesario comentar, siquiera brevemente. Son ellas:

El artículo 236, citado al comienzo de este trabajo, y ordena interrogar a los testigos acerca de la manera como han tenido conocimiento de los hechos que aseveran y a ellos responder en armonía con dichas preguntas. La razón de ser de ese artículo no puede ser

más clara. El Juez necesita saber, en primer lugar, si el testigo declaró por propia percepción o de oídas, y, en segundo, que éste lo haga saber cómo percibió, detalle de suma importancia para la crítica testimonial, en lo que respecta al análisis de las circunstancias en que el testimonio ha sido percibido y al objeto de la declaración.

Esta disposición tiene por objeto evitar que la declaración que se ha rendido, que se vaya a rendir o que se esté rindiendo influya en la del testigo que no ha depuesto aún. Es lógico que si este último conoce el cuestionario que se ha sometido a la absolución de otro o de otros testigos, puede elaborar respuestas estudiadas, reñidas con la realidad de los hechos, si es ese su propósito. Podrá también, con la orientación que ya posee, idear recursos para justificar su reticencia, si ha pensado callar, y encontrará el fácil medio para no pensar en respuestas distintas a las que conoce, si adolece de pereza mental. Igualmente, es posible que

quién deponga en tales circunstancias omite detalles o datos que ha conetido su antecesor, omisión que haría aquel ante el temor infundado de no incurrir en declaración contradictoria de aquella o, también, porque puede parecerle que basta con declarar lo que declaró el testigo que lo antecedió, y no comprometerse le parezca más práctico o más cómodo.

Finalmente, puede también suceder que el testigo que conozca lo declarado por otro u otros se deje sugestionar por lo depuesto por aquel, hasta el punto de creer que es esto, y no lo que él hubiera podido relatar, lo cierto en relación con el hecho que motiva la declaración.---



C A P Í T U L O IX

"LAS CONDICIONES QUE CONFORME AL INCISO ANTERIOR, PUEBAN SER CONDUCTENTES PARA APRECIAR LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO SE HARAN CONSTAR EN LA MISMA DECLARACION"

Lo anterior es el segundo inciso del artículo 236, que he citado infinidad de veces en este modesto trabajo. Está bien que sea así, porque el funcionario que recibe la declaración es el indicado para conocer ciertos detalles que pueden servir para que se sepa la manera como se mostraba el testigo al declarar, conocimiento que es decisivo para poder decir si éste merece o no credibilidad. En efecto, el testigo puede mostrarse dudoso, o perplejo, o asustado, o puede tratar de consultar apuntes, y todo eso puede dar lugar a que se dude de él. Pero esas circunstancias únicamente las conoce el funcionario que lo toma la declaración, motivo por el cual es él quien debe hacerlo constar en ella, para que todo aquel que lea esa declaración lo sepa y pueda tomarlo como fundamento para rechazar el testimonio.

He tenido conocimiento de que muchos funcionarios tienen la pésima costumbre de decir al fin de la declaración que el testigo Fulano de tal le merece credibilidad, lo que es equivocado, porque lo que él debe decir son las circunstancias o detalles que observe en el testigo al declarar, para que, como hemos dicho, todo aquel que lea esa declaración la juzgue de conformidad con su criterio, pero basándose en la constancia que deja quien la recibe.-----

Finalmente, quien instruye un proceso debe tener en cuenta, al tomar una declaración, que cuando el legislador dispuso en el Código de Procedimiento Penal que se hagan constar en la misma declaración las condiciones o las circunstancias que pueden servir de fundamento para la crítica testimonial, tuvo que proceder fundadamente, ya que no se legisla caprichosamente. Por lo demás, las leyes se expiden para que se cumplan, y el mayormente obligado a su cumplimiento es el administrador de justicia. Si los delegados de la República, que son los jueces, para la delicada misión de juzgar,

no se oscuran en cumplir la ley, siembran el mal ejemplo, y, al omitir formas procedimentales, le causan un grave perjuicio a la sociedad, en todo sentido.

-----

C A P I T U L O X.

EL JURAMENTO.

El artículo 254 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor;

"JURAMENTO ----- Los testigos, antes de rendir su testimonio, prestarán juramento de declarar solamente la verdad que conocieren acerca de los hechos por los cuales se les interroga. Este juramento se lo tomará el Juez o funcionario de instrucción, quién, además, deberá leer al testigo, antes de recibirle su testimonio, los artículos del Código Penal sobre falso testimonio".

Aquel juramento está indicado en el artículo 157 del mismo Código, cuando dice :

"FORMULA DEL JURAMENTO----- Para los testigos :  
"A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombre, ¿jura usted decir la verdad, toda la verdad y nada mas que la verdad en la declaración que va a rendir?

A su vez, el artículo 158 de la misma obra contiene, a mi juicio, una disposición muy acertada, que dice que "toda autoridad a quien corresponda tomar juramento amonestará previamente al que debe prestarlo acerca de la importancia moral del acto, del vínculo religioso que contrae ante Dios y de las sanciones establecidas contra los que declaren falsamente, leyéndole los artículos correspondientes del Código Penal. El que debe prestar el juramento permanecerá de pié, con la cabeza descubierta, ante la autoridad que lo recibe, quien lo leerá la fórmula correspondiente y el juramento se prestará con las palabras "lo juro".-

Dicho artículo termina así:

"La omisión de cualquiera de las formalidades anteriores hará incurrir al funcionario correspondiente en

multa de cincuenta a quinientos pesos, que impondrá disciplinariamente el respectivo superior, a petición de cualquier persona".

Hasta donde nosotros sabemos, nos parece que aquella frase que dice que la sanción se impone "a petición de cualquier persona", es equivocada, pues al falta que constituye la omisión de que trata esa norma debe ser sancionada sin que nadie lo pida. Resulta inexplicable que el superior advierta o descubra la falta y no pueda sancionar la porque ninguno se lo ha pedido.

Algunos tratadistas, entre ellos Gorphe, son partidarios del juramento facultativo y libre, a fin de que cada testigo lo preste si cree que lo debe prestar, y que lo preste en forma acorde con sus convicciones y de mayor significación para él. Consideran aquellos que así se respetaría mejor la libertad de conciencia, se evitaría que el juramento siga perdiendo su valor y se evitaría también, la forma religiosa o civil del juramento. Dice el autor:

54

**DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

No. 52

El juramento obligatorio tiende, bajo la capa de la ley, a crear en el espíritu de los jueces una confianza uniforme, arbitraria y con frecuencia indebida, fundada en la fuerza del motivo moral y religioso, que es esencialmente variable según las personas y muy difícilmente conocido de los jueces. (Subrayamos nosotros). Luego agrega:

"Es una cuestión penosa y llena de peligro la situación del testigo, situado entre su interés y su afecto, o su conciencia. ¿Por qué, por un rigorismo estricto, obligarlo a prestar un juramento que corre el riesgo de ser falso?".

Y ya De la Grasserie había dicho: "El juramento impuesto es una usurpación del fuero externo sobre el fuero interno, que nada puede justificar".

Sobre el juramento, el famoso tratadista C.J.A. Mittermaier dice en su tratado "DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL", lo siguiente :

El juramento constituye una garantía aun más in-

portante, mirado desde el punto de vista de la sanción religiosa, moral o legal. Se sabe por experiencia que muchas veces, cuando el hombre no está ligado con juramento, manifiesta la verdad, si le conviene, en sus declaraciones; pero si la fé del juramento lo obliga, al instante se le ve volver a su versión primera, y no callar la verdad que un deber imperioso le ordena revelar.

La santidad del juramento, si no está enteramente depravado, obra en su alma y la purifica; da una fuerza irresistible a la corriente que le arrastra al verdadero camino; retrocede ante la vergüenza de sellar la mentira con sello verdaderamente sagrado y desprecia lo que sus conciudadanos llaman una especie de arca santa de la verdad; en fin, a falta de sentimientos más generosos, la prudencia le hace fijarse en las terribles consecuencias de un juramento falso, y en toda una vida llena de angustias y zozobras hasta el día en que se descubran.

Tal es el poder del juramento, al cual debe también revestirse de las solemnidades convenientes, tomando su fórmula de las sacramentales autorizadas por la religión

del testigo, y concibiéndolo sobre todo en los términos más propios para hacer la impresión en su espíritu. El Juez no ha de usar de él a cada paso; añadir a actos insignificantes una sanción tan grave, sería abolir en las justificables la idea de su santidad e importancia. No es tampoco indiferente hacer que el juramento se pregte antes o después de la declaración; es cosa demostrada que el testigo lo observará con mayor fidelidad, si simplemente se le llama a confirmar los hechos que antes ha declarado: al ponerle a la vista su declaración, no puede dejar de fijarse en la extensión del juramento que se le exige; cuando por el contrario, jura decir verdad, su juramento, solo le parece, a veces, una simple promesa.

Ninguna de las formalidades del interrogatorio judicial debe omitirse (1); el Magistrado puede contar más seguramente con una deposición verídica cuando el aparato de la justicia ha impresionado vivamente al testigo; y al recordarle las graves consecuencias que pueden ocasionar sus palabras, despierta toda atención y se esfuerza en posar cada una de ellas.



C A P I T U L O X I

COMO SE DEBE INTERROGAR.-

El artículo 255 del Código de Procedimiento Penal dice muy claramente de qué manera se debe interrogar al testigo. El siguiente es su texto :

"INTERROGATORIO----- Luego que el testigo haya prestado el juramento y oído leer los artículos de la ley penal sobre falso testimonio, se le preguntará su nombre, apellido, estado, vecindad, profesión u oficio, y en seguida se le interrogará en la forma prevenida en el artículo 250, sin permitirle ninguna contestación ambigua. Este artículo establece muy diáfananamente que "antes de formular al testigo preguntas detalladas sobre lo que es materia de la declaración, se le pedirá que haga un relato espontáneo".

Como se acaba de ver, se le da en el Código Pro  
cedimental colombiano preferencia a la declaración espon  
tánea, al relato espontáneo, que universalmente se consi

dera de mayor fidelidad. Por consiguiente, el interrogatorio queda en segundo término. Tiene que ser así porque el relato que haga el testigo le permite al instructor conocer en detalles, si es que el testigo no oculta nada, en toda su amplitud los hechos que son materia de la declaración, y le proporciona base para hacer preguntas acertadas sobre las contradicciones o sobre las omisiones que advierta, como también en relación con los aspectos inverosímiles o reticentes del testimonio.

El método de preguntas es, por lo visto, complementario. Contiene la enorme ventaja de obligar al testigo a declarar lo que ha olvidado o lo que ha querido callar y lo ayuda a recordar bien todo. También contribuye a que el declarante piense en detalles, aspectos o circunstancias que, a su juicio, no tenían interés y en relación con los cuales, por pensar de esa manera, no pensaba declarar. Por supuesto, el interrogatorio exige del Juez mucho tino, mucho cuidado, no solamente porque hay preguntas que insinúan las respuestas, lo que no es legal, sino porque la habilidad del instructor debe llevarlo a

interrogar sobre todos los aspectos que en su concepto sean decisivos para descubrir la verdad que busca en el proceso.

Muy interesante es el derecho que consagra el artículo 253 del C. de P.P., al decir que ;

"El Juez o funcionario de Instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, el apoderado de la parte civil, y las demás personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para establecer mejor los hechos: y todo lo que se diga de una y otra parte será escrito fielmente en la diligencia".

Hay otro aspecto que debe mencionarse al tratarse de cómo se debe interrogar, y es que algunos funcionarios y empleados son interrogados por escrito, esto es, se les envía un cuestionario, para que declaren, porque no pueden ser citados a declarar al despacho del Juez. De esto trata el artículo 244 del C. de P.P., en los siguientes términos:

"TESTIMONIO POR CERTIFICACION JURADA. El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores y Representantes mientras gocen de inmunidad, el designado para ejercer el "Poder Ejecutivo", el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema, los Consejeros de Estado y sus Fiscales, los Magistrados de los Tribunales Superiores y de lo Contencioso Administrativo y sus Fiscales, los Gobernadores del Departamento y sus secretarios, los Intendentes y Comisarios de Territorios Nacionales, los Generales en servicio activo, los Arzobispos, Obispos, provisores y dignidades de los cabildos eclesiásticos, los agentes diplomáticos y consulares de Colombia en el exterior y los jueces, rendirán su testimonio por medio de certificación jurada, y con este objeto se les pasará copia de lo conducente. Cualquiera de estas personas que se abstengan de dar o demoren la certificación a que están obligadas, incurrirá en responsabilidad penal por falta de cumplimiento de sus deberes, y el funcionario de instrucción o juez respectivo pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de juzgar al reuente."

Disposición similar a la que acabo de mencionar contiene el Código citado en relación con los agentes diplomáticos. En efecto, el artículo 245 dice que cuando se necesite el testimonio de ellos, o de una persona de su familia o de su comitiva, se le pasará al testigo, con nota suplicatoria, "copia de lo conducente para que si él lo tiene a bien, declare por medio de certificación jurada...."

Ambas disposiciones se justifican plenamente. La primera, la del art. 244, por la dignidad de los cargos en ella mencionados, y la segunda por el tratamiento especial, respetuoso que en todas partes del universo se les dispensa a quienes pertenecen a la diplomacia.

C A P I T U L O X I I

" EL VALOR DEL TESTIMONIO "

Estudiadas ya todas las disposiciones que contiene el vigente Código de Procedimiento Penal sobre testigos, nos resta ahora ocuparnos de ciertas reglas, de carácter general, establecidas por los autores sobre el valor del testimonio, sus efectos, y los testimonios contradictorios. Hemos de empezar por lo primero.

Para que un testimonio pueda valer en juicio, se necesita que reuna los siguientes requisitos :

- a) que sea rendido por testigos dignos de fé;
- b) Que sea verosímil, lo que indica que el testimonio debe guardar armonía con las leyes naturales y, también, que los diversos pormenores del hecho acerca del cual se declara guarden entre sí lógica correlación;
- c) Que sea fruto de la percepción propia del testigo. (Con base en esto el Código de Procedimiento Penal ordena al Juez solicitar del testigo que declare cómo tuvo conocimiento o noticia de los hechos que refiere);

d) Que concuerde con lo demostrado por otras pruebas, intachables ellas, que aparezcan en el proceso;

e) Que la deposición sea persistente;

f) Que sea libre y original y espontánea.

Poco tenemos que decir en relación con el requisito marcado con la letra a), puesto que en el curso de este trabajo se han puesto de presente y analizado todas las circunstancias que se exigen de un testigo para calificarlo como de buena fé, como digno de fé. Estas circunstancias son: que no tenga interés en el resultado del proceso; que no sea enemigo de una de las partes, ni entre él y ellas existan los grados de parentesco que señala la ley y, en fin, que reúna todas las condiciones sociales y personales ya estudiadas.

El punto b) reclama para el testimonio la cualidad de ser verosímil. Es apenas elemental que no podría creerse a un testigo que atribuya a una persona la ejecución de un hecho físicamente imposible, como también deberá dudarse del que deponga en forma que le permita

al Juez apreciar que es imposible, dada la manera como el testimonio fué percibido, que el testigo haya observado lo que declara. Aconsejan los tratadistas que en caso de dudas a este respecto, se recurra a la inspección ocular, al dictámen pericial o a la reconstrucción, lo más real posible, de la ejecución del hecho correspondiente.

Exígese (punto c) que el testimonio sea fruto de la propia percepción del testigo. Si el testigo no declara sino por referencias, no es testigo, porque aun que en la práctica se designa con este nombre a quien declara, rigurosamente no lo es sino "la persona que se encuentra presente cuando el hecho se realiza", según la definición de Mittermaier (Prueba en materia criminal). Para dar fé como testigo de un hecho se necesita haber tenido directo, propio conocimiento de él. Esa es la razón por la cual no se acepta como merecedora de credibilidad la declaración de quienes deponen de oídas o por referencias.



El punto d) se refiere a la concordancia que debe existir entre el testimonio y las otras pruebas que, en forma intachable, operen en autor. Este aspecto es una de las más firmes prendas de garantía que pueda ofrecer un testimonio, puesto que si lo declarado por el testigo guarda armonía y es confirmado por las otras pruebas que militan en el proceso, se robustece su credibilidad. Sin embargo, no es necesario, para creer en una disposición, que ella está confirmada por otra clase de prueba. Como tampoco podría dudarse, de plano, de la buena fé de un deponente, en lo que respecta a los otros objetos de la declaración, si en uno de ellos discrepa de lo que ya aparece en autos, porque bien puede suceder que la discrepancia obedezca a falta de observación o de memoria, por ejemplo. En todo caso, la lógica el análisis y un estudio detenido de las circunstancias deben ser los auxiliares del Juez en tales casos.

Vimos ya que otro requisito para que un testimonio tenga validez en juicio es que sea persistente. Se necesita, en consecuencia, que no haya contradicción ni dis

crepancia en las varias declaraciones que rinda un testigo, porque si la hay, la mentira resalta. Esto no obstante, es preciso tener en cuenta que la contradicción o variación en las deposiciones no debe ser sustancial, porque, como bien lo dice Mittermaier, "una ligera contradicción, una variación acaecida en algunos de sus pormenores, no deben despojar en el momento al testigo de la confianza que por otra parte se le debería. Personas hay a quienes el primer interrogatorio judicial se llenan de turbación y sobresalto; y más de una vez, vueltas en sí, cuando más serena está su imaginación, recuerdan todas las circunstancias del suceso, echan de ver algún error cometido en su declaración, o un tercero se lo hace notar. También hay testigos que de buenas a primeras pasan de largo ciertas circunstancias, e las colocan en un punto de vista más favorable, con el objeto de perjudicar lo menos posible al acusado y que, acosados más tarde por el remordimiento de su conciencia, vienen a decir de nuevo la verdad, sin ninguna reticencia".----- De consiguiente, en este caso también el criterio del Juez, ilustrado en las normas de la crítica testimonial, deberá decidir.

Finalmente, se exige que la declaración sea original, libre, y espontánea. En efecto, ella debe ser un fiel retrato de la coacción del testigo, y no fruto de una sugestión. Por tal razón (lo dicen los tratadistas y lo establece el vigente Código de Procedimiento Penal) el funcionario que recibe la declaración no puede hacer al testigo preguntas sugestivas, ya que este es un peligroso sistema que ocasiona respuestas en desacuerdo con la realidad de los hechos, respuestas que se dan por ligereza o por pereza, por timidez o por turbación. Puede suceder también que el testigo haya olvidado algunas circunstancias del hecho que motiva la declaración, y que acepte al respecto alguna sugerencia del Juez, para salir del paso, o que con interés en disimular la verdad, aproveche la oportunidad que le brinda la pregunta sugestiva del Juez para deponer en armonía con aquel su interés.

Además de la originalidad, la deposición debe ser libre y espontánea, porque si en cualquier forma se ha coaccionado al testigo, su deposición no sería ya la

versión de su propia observación sino el fruto de esa coacción. Es necesario que el testigo declare sin influencia alguna, sin que exista nada que pueda guiarlo a variar la noticia que pueda dar de lo que ha percibido.

### C A P I T U L O XIII

#### EL TESTIGO SOSPECHOSO .-

Ya tratamos lo del testimonio de personas que son sospechosas, como las que son débiles de los órganos necesarios para la percepción, las que padecen de debilidad de las facultades intelectuales, los anormales, los interesados, el denunciante, el cómplice, el pariente, el amigo, las relaciones de dependencia. Ahora debemos referirnos al efecto que pueda producir el testimonio de varios testigos sospechosos.

Sobre el tema en mención existen opiniones encontradas. Se dice que es posible que, tratándose de muchas declaraciones, ellas puedan compensar en conjunto lo que a cada una le falta para merecer credibilidad. Opuestos a quienes sostienen esto, figuran los que sostienen que, como de lo que se trata es de apreciar hechos de índole moral, no pueden servir para nada los cálculos matemáticos. Yo estoy de acuerdo con éstos, aunque con algunas limitaciones, considerando, además, que al respecto no pueden establecerse reglas fijas y que es el Juez quien, en cada caso especial, debe decidir de acuerdo con la crítica testimonial, que ordena, en tales circunstancias, tener en cuenta: a) Si la conformidad de los testigos da una garantía de certeza, como cuando se trate de hechos cuya narración exige la presencia simultánea de todos los deponentes, o cuando ya los hechos aparezcan perfilados por otros medios de prueba y b), Si, de acuerdo con la realidad procesal, ha desaparecido el vicio de los testimonios, o de uno de ellos. Cuando el vicio desaparezca solamente en uno, como acaba de decirse, entonces podría presumirse que las

otras declaraciones que concuerden con la del testigo que ha dejado de ser sospechoso, estan ajustadas a la realidad de los hechos.

Por supuesto, se está en presencia de un tema que exige del juzgador mucho cuidado, un detenido análisis, el cual ha de hacerse de conformidad con las normas de la crítica testimonial, que le permite comparar, observar, y hacer todo cuanto esté a su alcance - para descubrir la verdad. Porque todo Juez debe tener siempre presente que su misión primordial es descubrir en todo caso o circunstancia la verdad, porque ésta es la que se busca en cuanto proceso se adelante.-----

C A P I T U L O X I V

"DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LOS TESTIGOS"

En la contradicción de testimonios se contemplan dos casos: uno es el de la contradicción de testimonios dados por un mismo testigo y otro el de la contradicción entre las declaraciones de testigos distintos.-- Ya tuvimos ocasión de referirnos al primer caso. Vamos pues, a ocuparnos del segundo.

La contradicción entre diferentes testigos puede obedecer a las siguientes causas:

Primera: Error en la percepción;

Segunda: Deformación del recuerdo o anulación de éste, y

Tercera: Deliberada alteración de la verdad, por adición o mutilación.--

En casos como el que nos ocupa deberá el Juez hacer un análisis de los puntos de contradicción, en orden a descubrir cuales son las deposiciones verdade-

ras y cuales las falsas o erradas, y no incurrir en el error de muchos, consistente en otorgar credibilidad, sin razonamiento alguno, lo que no se compagina con la ciencia de la crítica testimonial, a las declaraciones de la mayoría, olvidando la sabia sentencia de Bacón : "Las declaraciones no se cuentan, se pasan". ¡ Cuántas veces no se ha visto que dos testigos declaren la verdad, toda la verdad y que para contrarrestar sus declaraciones se llevan a los autos cinco o más que las contradicen.!!!

No deberá olvidar el Juez -ya lo hemos dicho al referirnos a declaraciones contradictorias de un mismo testigo- que lo verdaderamente caracteriza la contradicción es la alteración de la sistancia del asunto, es decir, que no sea lógico ni posible al Juez formarse un exacto concepto de la verdad del hecho acerca del cual versan ellas, pues si los testimonios pueden existir los unos al lado de los otros; si pueden conciliarse, si ellos versan sobre diversos hechos que pueden sucederse



uno a otro y que uno y otro se completen, no hay entonces contradicción fundamental alguna y deben ellos ser aceptados.

Común es el error de preferir a los que afirman que a los que niegan, sin mayor análisis. En este caso, la tarea del Juez es más difícil, motivo por el cual debe hacer un detenido estudio del asunto. Y si los que niegan y los que afirman lo han hecho en declaraciones que el Juez no puede tachar, y son mas o menos de igual número, en este caso deberá resolver la duda a favor del sindicado.

Conviene aquí establecer una elemental diferencia entre los testigos llamados "negantes" : Unos niegan que los hechos se hayan realizados, o que se hayan realizado determinadas circunstancias de los hechos, otros niegan haber percibido los hechos o haber percibido tales circunstancias. los primeros hacen una afirmación de negación; los segundos solamente se limitan a decir que na-da saben.--

LA DECLARACION DE UN SOLO TESTIGO.

Una cosa es la declaración de un solo testigo para que se pueda dictar auto de detención, como también llamamiento a juicio, y otra cosa es esa sola declaración para condenar. Sobre el particular debo destacar las diferencias que existen, no solo teniendo en cuenta la ley sino lo que sostienen los tratadistas.

El artículo 439 del actual Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

"PRESUPUESTOS PARA DICTAR AUTO DE DETENCION.

Cuando la infracción se procedo tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigos que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este Código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga.

Si la infracción tiene pena de arresto y el -

procesado fuere merecedor del beneficio de la excarcelación, dispondrá de cuatro días a partir de aquél en que se le notifique el auto de detención, a fin de constituir la caución que en aquél se le exija para continuar en libertad. Si no otorga la garantía se hará efectiva la orden de detención y ésta durará hasta cuando tal exigencia sea cumplida.

Para notificar la providencia podrá expedirse orden de captura si el procesado se muestra renuente a comparecer."

Por su parte, el artículo 481 del mismo Código establece esto :

"AUTO DE PROCEDER. REQUISITOS SUSTANCIALES.

Cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe del hecho que se investi

tiga, el Juez dictará auto de proceder".

Recordados aquellos dos artículos, se debe tener presente que la misma obra dispone en su artículo 215 lo que se copia a continuación :

REQUISITOS PARA DICTAR SENTENCIA CONDENATORIA.

No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obre en el proceso, legalmente producidas, 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".

Como se ha visto, tanto en lo referente al auto de detención como en lo relacionado con el auto de proceder, no se presenta ninguna dificultad, porque las dos normas que se han copiado hablan de una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad. Pero no sucede lo mismo con el artículo 215, pues, como se acaba de ver, éste habla de plena prueba de la responsabilidad, para poder condenar a una persona. Y plena prueba, según el artículo 217 del Código que se viene citando, es

"la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho". Pero la ley procedimental, en todos los casos en que habla de plena prueba, no dice nada de la prueba testimonial, motivo por el cual hay duda sobre el particular, es decir, no está claro si se puede condenar con una sola declaración.

Se ha dicho que hay duda porque si de acuerdo con el artículo 236 el Juez critica el testimonio y dice si le merece o no credibilidad, al merecerle crédito un testimonio, pues con base en él puede condenar. Pero los tratadistas dicen otra cosa. Mittermaier, por ejemplo, sostiene :

"La Ley no permite creer en un solo testigo, - cuya declaración no se confirme por ninguna otra prueba. Aquí se ofrecen nuevas dificultades, ¿ Quién debe ser testigo? Como debe entenderse la cooperación exigida de las otras pruebas? Bastará que la deposición concuerde únicamente con algunos indicios o con una confesión extrajudicial? "

No.76

"En resumen, el legislador no es consecuente cuando, habiendo resuelto encadenar el libre arbitrio del Juez, no lo hace sino en los dos casos mencionados, dejándole libre campo en todo lo demás, de modo que podría suceder que simples indicios o las declaraciones de testigos legalmente sospechosos sirviesen de base a una condena".

"En vano se ha querido dar garantías a la defensa, permitiendo la acción de nulidad por la infracción del citado artículo 168. Es cierto que casi siempre habrá lugar a este recurso; siempre será fácil probar que la confesión o las declaraciones de los testigos no han sido debidamente corroboradas; que aquélla ha sido revocada, o que adolece de un vicio cualquiera. De suerte que, en realidad, los pretendidos jueces de derecho serán llamados en el mayor número de casos a juzgar de los hechos; y como de antemano no estaban destinados a apreciarlos, podrá suceder muy bien que no hayan prestado una continua atención a las particularidades que se les haya expuesto en el curso del proceso y sobre las que, sin embargo, debe recaer igualmente su sentencia por esta vía tortuosa. Hecha abstracción de los considerables dispendios que origina este sistema, bastará hacerle funcionar por un instante para que se manifiesten en toda su desnudez su naturaleza híbrida, sus dilaciones y sus defectos".

Finalmente, conviene recordar que, desde los romanos, se viene diciendo que "testis unus testis nullus", es decir, que un solo testigo no puede hacer plena prueba.

A mi modo de ver, el Código de Procedimiento Penal ha debido ser claro sobre el particular que se comenta. Aunque - así se hubiera hecho una excepción a las normas de la crítica testimonial y se hubiera tomado base en él que se llama tarifa legal de pruebas, ha debido decirse claramente si un testigo hace o no plena prueba, para que los abogados en ejercicio y los que ejercen cargos judiciales en la rama penal supieran sin duda alguna a qué atenerse.

CONCLUSIONES.

Del modesto estudio que antecede pueden deducirse las conclusiones siguientes:

Ha hecho muy bien el legislador colombiano, porque de esa manera se pone a tono con los avances que se han hecho en todo el mundo sobre sistema probatorio en los procesos penales, en establecer y conservar la institución de la crítica testimonial.

Por otra parte, el articulado sobre testigos que contiene nuestro Código es acertado, por científico y por técnico. Naturalmente, como la perfección no existe, el mencionado Código tiene, a mi juicio, el vacío de no decir nada sobre la declaración de un solo testigo para condenar, ya que es este un punto que ha debido quedar completamente definido, para evitar dudas y, por consiguiente, debates en los procesos.

Yo tengo para mí que si el Juez hace la crítica de un testimonio y encuentra que él le merece credibilidad, no tiene nada de particular que con ese solo testimonio, si está confirmado por otras pruebas que figuren en el expediente o si no ha sido desmentido por esas pruebas, se puede dictar sentencia condenatoria. Decimos esto porque no alcanzamos a explicar nos por qué si el Juez dice que un testigo le merece credibi-



No.79

lidad, no pueda con su testimonio dictar sentencia condenatoria, ya que si uno le cree a una persona, porque no tiene nada que decir contra su dicho, debe crearle en todo caso, en todo momento o en todo asunto. Expresamos esto aunque muchos tratadistas hayan sostenido otra cosa. Lo decimos porque esta es nuestra opinión y uno debe expresar sus opiniones sin temor. A lo mejor, si está equivocada da de ese modo ocasión a que otra persona lo saque de su error.

La Autora.

---

BIBLIOGRAFIA.

Ley 105 de 1.931 (Código de Procedimiento Penal colombiano).  
 Ley 94 de 1.938 (Código de Procedimiento Penal colombiano).  
 Decreto Ley 409 de 1971 (Nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano).

Nuevo Procedimiento Penal Colombiano - Manual de las Pruebas Judiciales.	Gustavo Humberto Rodriguez. Jorge Cardoso.
El Proceso Penal	Francesco Carnelutti
Nueva Teoría de la Prueba	Antonio Dellapiane
Nociones de Derecho Procesal Penal	Augusto Tinoco Pérez
Curso de Procedimiento Penal Colombiano	Gustavo Rondón Gaviria
Derecho Procesal Penal	Mario A. Oderigo
Elementos de Derecho Procesal Penal	Eugenio Florian
Tratado de la Prueba en materia criminal	C.J.A. Mittermaier
La Crítica del Testimonio	Francisco Gorphe
Logica de las Pruebas Criminales	Nicola Framarino Dei Ma- latesta.
Tratado de Derecho Penal Colombiano	Angel Martín Vasquez Abad
Tratado de Derecho Procesal Penal	Giovanni Leone.