

**EL TESTIMONIO ÚNICO COMO SOPORTE DE SENTENCIA CONDENATORIA
EN NUESTRO SISTEMA PENAL ACUSATORIO LEY 906 DE 2004.**

JUAN CARLOS MOSQUERA AGUALIMPIA

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN VIRTUAL DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLÍN
2014

**EL TESTIMONIO ÚNICO COMO SOPORTE DE SENTENCIA CONDENATORIA
EN NUESTRO SISTEMA PENAL ACUSATORIO LEY 906 DE 2004.**

JUAN CARLOS MOSQUERA AGUALIMPIA

Monografía presentada como requisito para optar el título de
Especialista En Derecho Probatorio Penal

Asesor:

DR. CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

MEDELLÍN

2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. TITULO	6
2. FORMULAR UNA PREGUNTA PROBLEMÁTICA	7
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
4. JUSTIFICACIÓN	10
5. OBJETIVOS	11
5.1 OBJETIVO GENERAL	11
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
6. EL TESTIMONIO EN EL DERECHO PROBATORIO PENAL	12
6.1 MARCO TEÓRICO	12
6.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTIMONIO	17
6.2.1 Surgimiento	17
6.2.2 Conocimiento Original o Directo	21
6.2.3 Conocimiento Derivado o Indirecto	21
6.3 EL TESTIMONIO EN COLOMBIA	24
6.3.1 Elementos Estructurales del Testimonio	24
6.4 EL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA LEY 906 DE 2004	34
6.5 PSICOLOGÍA Y TESTIMONIO	43
6.5.1 La Evaluación de la Mentira	45
6.5.2 Evaluación del Testimonio	46
6.5.3 La exactitud del Testimonio	46
6.5.4 La credibilidad del testimonio	47
6.6 PRUEBA PERICIAL	49
6.6.1 Características especiales de la prueba pericial	54
6.7 EL TESTIMONIO ÚNICO	55
6.8 LA PERCEPCIÓN	59
6.9 VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO POR PARTE DEL JUEZ	67

6.9.1 La Duda Razonable	72
6.9.2 La Prueba Testimonial	73
6.10 LA SANA CRÍTICA Y LA APRECIACIÓN TÉCNICO CIENTÍFICA	75
7. HIPÓTESIS	80
7.1 VARIABLES	80
8. DESCRIPCIÓN DEL ASPECTO METODOLÓGICO	83
8.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	83
8.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	83
8.3 FUENTES PRIMARIAS	83
8.4 FUENTES SECUNDARIAS	83
9. ASPECTO ADMINISTRATIVO	84
9.1 RECURSOS:	84
9.1.1 Recurso humano	84
9.1.2 Recursos Físicos	84
9.1.3 Recursos Espaciales	84
9.1.4 Recursos Institucionales	84
9.1.5 Recursos Materiales.	84
10. MARCO LEGAL	85
10.1 FUENTES AUXILIARES	85
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

La pregunta capital de este trabajo atañe a la cuestión de si ¿es la sana crítica un método garante en la valoración de un testimonio único como prueba concluyente en un proceso penal, cuando en este no existan elementos materiales probatorios desde el punto de vista técnico científico; Existente en nuestro sistema penal acusatorio ley 906 de 2004?. Compatible con el principio de igualdad y con la presunción de inocencia en que una sentencia condenatoria sea está basada exclusivamente en los dichos de un solo testigo. Además, se trata la cuestión de si la psicología experimental de la actualidad puede suplir el déficit de fundamentación de una sentencia basada en la mera creencia en la palabra del testigo.

Respecto a los factores que condicionan la validez, la certeza, y sobre todo, la valoración de la prueba, resulta necesario tener presente la noción de estándar prueba, concepto éste que remite a la identificación de los elementos de validez necesarios para que exista certeza sobre un juicio; sin embargo, este concepto abarca toda una serie de problemáticas de índole doctrinal-jurídica, tales como la objetividad de esos estándares, así como la existencia de los mismos.

Lo que aquí se presenta, por tanto, corresponde a una descripción del sistema de valoración de la prueba denominada la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable que se exige al proceso penal colombiano. Para la consecución de dicho objetivo se pretende a su vez determinar la función de la prueba en el proceso penal colombiano como el testimonio único¹.

¹ SANCINETTI, Marcelo A. (Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal). Testimonio único y principio de la duda, Universidad de Buenos Aires Barcelona, Julio.

1. TITULO

El testimonio único como soporte de sentencia condenatoria en nuestro sistema penal acusatorio ley 906 de 2004.

2. FORMULAR UNA PREGUNTA PROBLEMÁTICA

Es la sana crítica un método garante en la valoración de un testimonio único como prueba concluyente en un proceso penal, cuando en este no existan elementos materiales probatorios desde el punto de vista técnico científico existente en nuestro sistema penal acusatorio ley 906 de 2004?

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema planteado radica en que si el marco legal que lo rige (ley 906 de 2004) es lo suficientemente claro, en el sentido en que son los principios técnico-científicos los que el juez tiene que acatar para la valoración de la prueba y para este trabajo hablamos del testimonio esencialmente, como elemento constitutivo en la elaboración de la sentencia.

“Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes”

No es La sana crítica, que podría describirlo y ubicarla como perteneciente a un sistema penal inquisitivo, donde se deja la valoración del testimonio al arbitrio del juez de la causa. La sana crítica puede ser peligrosista, ya que el implicado o acusado queda sujeto a la “credibilidad” de la víctima. Podría uno pensar que retrocederíamos a los postulados de ²Cesare Lombroso, donde el criminal se determinaba por sus rasgos morfo cromáticos.

Como ya lo advertí la sana crítica es un mecanismo “peligrosista” en la medida en que a falta de elementos materiales probatorios que vinculen a un individuo con la

² http://es.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso.

escena del crimen, esta puede valorar los hechos materia de investigación acudiendo a la experiencia del operador jurídico, en este caso el juez.

Pero como se limita a la sana crítica en casos en donde única y exclusivamente la prueba reside en el testimonio de la víctima?, será que se da veracidad total a lo dicho por esta sin importar la violación a los derechos del acusado por atroz que sea su imputación?, será que vale la pena poner por encima los derechos de la víctima por el hecho de ser mujer o niña ultrajada y violada, sin importar los del acusado?.

Actualmente en Colombia por lo mediático de los medios de comunicación parece que estamos viviendo una desbandada de ataques sistemáticos hacia la mujer por el hecho de ser mujer, pero según mi parecer siempre ha sido así; y los encargados de controlar esta clase de violencia nunca hicieron nada sino hasta ahora que la presión social por la exposición mediática ha obligado a la rama judicial es decir que la Corte constitucional y la corte suprema de justicia, usurpado obligaciones propias del Congreso de la Republica como el de legislar sobre el asunto. No es nada en contra del ser más hermoso en la tierra que durante años ha sido ultrajada y en muchos casos la gran sacrificada, es echar un vistazo a la garantía judicial que todos debemos tener, por igual ante la ley como ciudadanos sin importar su condición sexual, de raza, credo, etc. Quisiera pensar que los operadores jurídicos están libre de prejuicios que les permita impartir justicia: Al travesti, a la mujer desplazada, al que vive en condiciones de pobreza absoluta, al afro descendiente, a la niña violada, al hombre violado, a la esposa ultrajada. Que esa sana crítica no se limite a casos donde se expresen manifestaciones de estigmas sociales.

4. JUSTIFICACIÓN

Hoy día podríamos decir que contamos con un método ecléctico de valoración probatoria debido a que los jueces en casos concretos como por EJ: el testimonio, acuden al sistema de la sana crítica. En todo caso el proceso probatorio debe cumplir las formalidades legales como las técnicas de interrogatorio, además debe cumplir el proceso probatorio con las exigencias de la técnica y de los criterios de valoración que fija el legislador. Es precisamente ese criterio el que debe tener una tasa de credibilidad fijada por el legislador en el cual sin importar las condiciones del delito, es decir su gravedad. Estos criterios deberán limitar el sesgo que pueda tener el operador judicial, en este caso el juez. Intentar descubrir si el testimonio de un individuo responde o no a la verdad, si es o no creíble, se puede definir el testimonio en el derecho penal como la declaración de una persona natural, rendida en el curso del proceso penal y ante autoridad competente, sobre lo que conoce, sabe o le consta, por percepción de sus sentidos, en relación al objeto y fines del procesal, con el propósito de contribuir a la reconstrucción judicial del hecho con la finalidad de producir certeza. Es especialmente importante que todo lo que rodea al testimonio y a los testigos este inmerso en un estadio de credibilidad que haya sido estudiado el testigo y su testimonio meticulosamente por los jueces encargados de impartir justicia, en lo personal me parece interesante conocer más acerca de cuáles son los motivos en que se basan los jueces de la república para validar un testimonio que carece de bases técnico científicas para dictar sentencia, de manera que pueda servir como argumento al momento de apelar una decisión judicial.

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Estructurar las implicaciones socio jurídicas del testimonio único como elemento constitutivo de sentencia judicial entre un sistema acusatorio garantista técnico científico y los rezagos de un sistema inquisitivo; el cual se relaciona con la teoría de la sana crítica.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Formular inquietudes acerca de la objetividad del operador jurídico al momento de analizar un testimonio único.
- Señalar los elementos que se deben tener en cuenta en la prueba testimonial que rigen en nuestra constitución política y en nuestro sistema penal para que el testimonio se considere como una prueba confiable.
- Analizar si influyen en el juzgador para su decisión las características morfo cromáticas y sociales de la víctima y del victimario en el testimonio único.

6. EL TESTIMONIO EN EL DERECHO PROBATORIO PENAL

6.1 MARCO TEÓRICO

³Para empezar, es necesario analizar las diferentes concepciones que plantean especialistas distinguidos con respecto al testimonio, por cuanto sería oportuno identificar la percepción que desarrolla el ilustre autor colombiano Jairo Parra Quijano, en su obra “Tratado de la prueba judicial. El testimonio”, quien se refiere al testimonio como: “...un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general.”

De esta manera el autor plantea que la citada definición lleva consigo ciertos elementos que la complementan: en primer lugar, la persona, es decir el tercero, debe ser una persona natural, puesto que es aquella que tiene la capacidad de percibir hechos, sucesos y situaciones de carácter general relevantes para una investigación en especial, por ende, sería absurdo afirmar que una persona jurídica pueda rendir una prueba judicial de ésta calidad; en segundo lugar, resulta claro, que la declaración que realice una persona que se constituya como parte dentro de un proceso determinado, no podrá ser considerada como una prueba testimonial, en el entendido en que el testigo debe ser una persona ajena al juicio, distinta de las partes y sin ningún interés de por medio, sin embargo, es posible la declaración de una de las partes del proceso, siempre cuando, la misma no sea adversa a la persona que la rinde y favorable a la contraparte, pues de ser así, habría lugar a una confesión; en tercer lugar, el autor afirma que, para que un testimonio exista debe referirse a hechos de carácter general, de modo que el juez a lo largo del proceso debe analizar la conducencia y pertinencia de mismo para garantizar su eficacia y valides dentro de la situación jurídica concreta; en cuarto lugar, el hecho de que un testigo sea llamado como tal a un juicio, no genera

³ PARRA QUIJANO, Jairo. “Tratado de la prueba judicial. El testimonio. Tomo I.” Santafé de Bogotá, D.C. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 4ta edición, 1994, página 3.

automáticamente la existencia de una prueba testimonial, por lo que es necesario que la persona realice un relato detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conoció directa o indirectamente; en quinto y último lugar, el testimonio puede ser rendido por un sujeto que haya presenciado u oído los hechos, teniendo en cuenta que en ambos casos dichas declaraciones podrán ser controvertidas.

⁴De igual manera, hay quienes pretenden analizar éste medio de prueba con base en algunos parámetros, en el contexto en que el autor Hernando Devis Echandía, en su célebre obra “Compendio de pruebas judiciales”, asevera que el testimonio, partiendo de un parámetro jurídico, es un acto procesal mediante el cual una determinada persona le comunica al juzgador el conocimiento que tiene sobre ciertos sucesos ocurridos, por consiguiente puede entenderse como una declaración, diferenciándose de las demás, en el entendido en que ésta se realiza específicamente ante un juez, y está destinada a hacer parte de un proceso o de ciertas diligencias procesales. En el mismo tenor, es claro que el tratadista desprende dos sentidos de la parte conceptual del testimonio, uno estricto y uno amplio, teniendo por el primero la afirmación de que este medio de prueba responde a un parámetro de carácter declarativo, en el cual la persona narra ante un juez, hechos que son de su conocimiento, con el fin de generar algún efecto en determinado proceso, y, por el segundo, se afirma que este mecanismo probatorio corresponde a aquella declaración que lleva consigo el hecho de que quien la realiza no se encuentre perjudicado por ésta mismas.

Así las cosas, el autor define el testimonio desde un matiz asociado al concepto de declaración, dejando evidente que para que éste tenga lugar debe versar sobre hechos declarados ante un juez, así estos sean o no percibidos por la persona que los relata, puesto que en lo que concierne a la validez y eficacia de éste, deben tenerse en cuenta otros factores determinantes.

⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. “Tratado de la prueba judicial. El testimonio. Tomo I.” Santafé de Bogotá, D.C. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 4ta edición, 1994, páginas 3, 4 y 5.

Existen muchas clasificaciones de testigos, pero para este trabajo nos centraremos especialmente en el testigo único, que según la historia durante muchos siglos se hizo famoso que el testigo único era un testigo nulo, hoy cuando el criterio valorativo de la prueba tiene una fuerte base jurídica en la sana crítica atendiendo está a los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, y especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad, tal y como lo exige la norma, está plenamente claro que el valor de la prueba testimonial no depende de la cantidad sino de las virtudes intrínsecas de cada versión y de su ensamble con las demás pruebas obrantes en el proceso.

Antes se consideraba que el testimonio era la simple declaración jurada que rendía un tercero ajeno a las partes, pero en el sistema penal acusatorio que nos rige, encontramos que esa definición no se ajusta a la realidad ya que se dan cuatro clases de testigos, entre ellos el que nos ocupa como tercero, por cuanto también se da el testigo perito, el testigo de acreditación y el testigo acusado, todos cuatro sometidos al principio de contradicción de interrogatorio y contra interrogatorio.

⁵Pero como ya lo dijo el profesor Yesid Reyes Alvarado, la creencia de que un solo testigo no es suficiente para probar uno o varios hechos, es de mucha antigüedad, pero no proviene del derecho romano, sino de la legislación hebrea que ya advertía en el viejo testamento, de que un solo testigo o podía tomarse como prueba (*testis unus testis nullus*) y que nos remite al Deuteronomio (19.15), pero con lleva a una teoría peligrosa, que el testimonio de un enemigo pueda flanquear lo linderos morales de una persona de bien.

⁵Alfonso López Carrascal, Columna: Pedagogía Constitucional E-mail: lopezcarrascal@yahoo.com

Bentham lo advierte y la mayoría de las legislaciones desconfían del testigo único. La prohibición de condenar con base a un solo testigo hizo exclamar alguna vez a Napoleón: "que un hombre honrado no podrá hacer condenar por medio de su testimonio a un pícaro, mientras que dos pícaros sí podrán hacer que condene a un hombre honrado", lo que puede demostrar la impunidad, cuando la palabra de un bandido la enfrente a la un hombre de bien.

Eso llevó a la legislación francesa de su época a que hubiera condena con un solo testigo sin importar su ética. El jurista Yesid de la antigua probática señala que se le debe dar admisibilidad al testigo único y corresponde al operador de justicia valorar su alcance probatorio.

El problema se tantea en Colombia con relación a la justicia transicional cuando el desmovilizado está obligado a decir la verdad en su declaración y se presume que es verdad lo que dice para imputar cargos a terceros como en el caso de la llamada parapolítica. Las preguntas que nos hacemos: puede el operador de justicia por muy colegiado que sea advertir que realmente está diciendo la verdad o que lo dicho es una verdad parcial?.

Qué crítica probatoria se le puede hacer por el operador de justicia a ese testigo que sus afirmaciones se tienen por verdad? Es muy difícil este plano valorativo para no cometer errores judiciales dignos de indemnización por el daño antijurídico causado, y en este caso podemos estar frente a un testigo único que al no ser desvalorizado se presume verdad lo que dice con todas las contingencias posibles y el de pronto que sirva para mecanismos de extorsión frente a terceros si no responde favorablemente a las pretensiones del declarante y que nos lleva a la reflexión de que se debe revisar ese valor de presunción de verdad dado a ese tipo de testimonios, que no resiste la desacreditación o el desvalor al confrontarla con la sana crítica.

⁶Entendiendo la sana crítica como lo expresa el profesor DANIEL GONZÁLEZ ALVAREZ, como un principio básico en lo referente a la prueba y con lo cual se pretende fortalecer la justicia penal, es el de libertad en la valoración de la prueba. Frente al sistema tarifario (prueba legal o tasada) y al sistema de la íntima convicción (prueba en conciencia), se busca fortalecer el sistema de la libre convicción o sana crítica, según el cual es juez es libre de asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, pues el legislador no señala anticipadamente **presunciones probatorias**, ni tampoco tasa su valor según la naturaleza, la clase o el origen de la misma; sin embargo, el juez se encuentra en la ineludible tarea de expresar las razones por las cuales asigna un determinado valor a dichas pruebas y forma su convicción (deber de fundamentación).

De nuevo también es la oralidad la que permite cumplir con ese principio básico, bastante mejor que el proceso escrito. En efecto la oralidad garantiza mejor el cumplimiento de las reglas que rigen la apreciación de las pruebas, porque en forma directa, sin intermediarios el juez o tribunal debe recibir todos los elementos de prueba, frente a todas las partes, lo cual le permite apreciar la veracidad de las mismas según las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología y el sentido común, con mayor posibilidad que cuando simplemente valora un documento o transcripción de prueba.

El proceso oral no se inmuniza contra el falso testimonio, pero permite detectarlo con mayor posibilidad de éxito que el sistema escrito, donde los oficiales receptores de pruebas, traducen o interpretan la versión de los testigos y en muchos casos hasta le facilitan mentir, o en el mejor de los supuestos, desnaturalizan o mutilan su relato, transcribiendo en actas lo que ellos creyeron que dijo el testigo.

⁶ <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>, GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel, la oralidad como facilitadora de los fines principios y garantías del proceso penal, p. 648.

Como bien se ha expuesto, en el sistema escrito, no hay forma de apreciar los rasgos humanos genéricos de los declarantes o el lenguaje de sus gestos tan importantes para la valoración, hay una gran infidelidad o insubsistencia con lo declarado, por traducción, síntesis, ignorancia o desinterés de quien decide la prueba y no hay un conocimiento del caso en todo su conjunto, por parte de quien recibe la prueba, lo que provoca importantes lagunas.

Por eso es importante considerar unas pautas, derroteros que más allá de la experiencia y las entrevistas que puedan hacer los expertos en un proceso, es necesario brindarle al juez una herramienta jurídica y sólida que le permita determinar más allá de toda duda razonable fijar sin necesidad de acudir a la sana crítica sino a las bases técnicas, jurídicas y científicas valorar un testimonio único.

6.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTIMONIO

6.2.1 Surgimiento

⁷El testimonio ha sido siempre un medio importante el conocimiento judicial, pero también desde la antigüedad han existido reglas de orden práctico, otras veces reglas de carácter jurídico o bien para excluir a ciertas personas del testimonio o bien para fundamentar recusación del testigo.

En la ley de Manú (código de hindú) no se admitía el testimonio de los amigos y de los criados, tampoco de personas locas o de mala reputación. Tampoco los que tenían interés pecuniario en una causa, ni siquiera el testimonio de los apasionados por el amor y se diría hoy que por odio.

⁷ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Constitución política de Colombia, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>, GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel, La Oralidad Como Facilitadora de los Fines Principios y Garantías del Proceso Penal, p. 648.

En el código de Hammurabi aparecen normas que sancionan hasta con pena de muerte el falso testimonio. Aparecen normas donde se encuentran indicios de soborno de testigos. Ese código le dio mucho valor a la prueba testimonial.

En el derecho Egipcio, el testimonio o mejor, el testigo, estaba sometido a tortura, con un bastón se le golpeaba las plantas de los pies porque consideraban que todo el mundo así decía la verdad.

En la legislación judaica (Israel) se basaba en el juramento, era toda una ritualidad, se sancionaba con gran severidad el perjuicio.

Van apareciendo dos cosas significativas:

- El juramento: se conserva aún.
- La tortura.

El juramento tiene connotaciones de carácter legal (porque el falso testimonio tiene pena. Art. 422 C.P) y la tortura en lo religioso (cumplimiento a la divinidad)
Se dan las ordalías.

En Atenas no se admitía el testimonio de las mujeres ni de menores de edad. En la antigua Roma tampoco ni en el período feudal. En la antigua Atenas, el testimonio era escrito, solo acudía a jurar a decir que lo que estaba escrito era verdad o no juraba que si era exactamente lo que había dicho. Lo de las mujeres y niños solo se aceptaba para el homicidio.

En Roma ha evolucionado. Surge la prueba del testimonio cruzado. Había limitaciones como que nadie estaba obligado si el interrogatorio estaba ligado con ascendientes o descendientes. Tampoco contra sí mismo, esto por razones de piedad y allí se encuentra lo que hoy conocemos como "Inmunidad penal" Art. 33 C.N. y también en ese derecho romano el testimonio podía afectar a la persona si

ella quería y es lo que se llamaba confesión la que llegó a ser la **"REGINA PROBATIONE"** la reina de las pruebas.

En la antigüedad llegó a cuantificarse el testimonio a modo de una tarifa legal de prueba y llegó también a excluirse su valor probatorio.

En la **edad media** encontramos que el testimonio de un noble valía más que el de todos los siervos, que el de un hombre valía más que el de todas las mujeres.

También hoy nos encontramos con que la norma general es el "deber de rendir testimonio" pero hay excepciones que no son nuevas y diferencias considerables entre el C.P.P y el C.P.C

C.P.C: Habla de excepciones e inhabilidades absolutas y relativas para rendir testimonio. Algunas de ellas merecen un cierto cuestionamiento.

C.P.P: Excepciones. Entre todas las excepciones están las relaciones de parentesco y las desarrollan la constitución y la ley.

De toda esa evolución se pueden sacar algunas conclusiones:

- Desde todos los tiempos, el testimonio ha constituido una fuente de conocimiento judicial.
- Desde hace tiempo se han establecido causas que limitan o excluyen a ciertos testigos.
- Desde la antigüedad aparecen al testimonio unidos el juramento y la tortura.

Hubo una época en la que empezó a imponerse la tarifa legal de prueba en materia testimonial, entendiéndose por tal que cierto y determinado número de testigos era suficiente para probar determinados hechos o era suficiente para probar determinados hechos o para absolver en cuanto constituían el llamado Indicio de la Capacidad de Delinquir: la persona que no tenía capacidad de delinquir no era entonces condenada.

El testimonio se agota en la transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo. Sobre la base de esta afirmación, podemos considerar bajo el punto de vista de la lógica que el testimonio tiene su principio en el conocimiento del hecho y su finalización en la transmisión de dicho conocimiento. Así, en el testimonio hay dos fases:

- La actividad o fase cognoscitiva El testigo da vida
- La actividad o fase declarativa a esas fases

En materia probatoria, el testigo da vida a esas fases pero generalmente el análisis se detiene en la fase declarativa, pero esto es un error porque se debe hacer un estudio riguroso de ambas fases.

Si en la base del testimonio está el conocimiento de un hecho, debe entenderse esa expresión "hecho" tanto desde el punto de vista jurídico como el extrajurídico, como un conjunto que tiene su propia dimensión estructural y como una estructura a la que está vinculada la percepción del hecho. Si se trata de percepción del hecho, queda excluida la intuición y la creencia que son formas de conocimiento del individuo también, es decir, ni la mera intuición, ni la simple creencia pueden constituir en estricto rigor probatorio, prueba. No obstante, hay interrogatorios donde al testigo se le pregunta por creencias:

Ej.: ¿Por qué usted cree que "X" no canceló la obligación?

Eso no es de recibo en materia probatoria, el único al que se le pueden pedir opciones es al "perito", **pero opiniones con fundamento técnico – científico, no de simples creencias.**

El conocimiento de ese fragmento de la realidad que se adquiere a través de la percepción es precisamente lo que se va a transmitir en el proceso judicial, porque el testimonio es un proceso de transmisión del conocimiento.

Y desde luego que es conocimiento de hecho, pero ese conocimiento que se trasmite puede ser original o puede ser derivado.

6.2.2 Conocimiento Original o Directo. Implica la percepción del hecho y esa percepción del hecho comporta que el sujeto tenga confianza en la plenitud funcional de los órganos sensoriales que determinan la percepción. No percibe lo mismo una persona que tenga visión 20/20 que un miope. Cuando el conocimiento se adquiere a través de una percepción directa el fragmento de la realidad cuyo conocimiento se trasmite

Una condición para esto es la confianza de la plenitud de las condiciones físicas de la persona de la que se recibe.

6.2.3 Conocimiento Derivado o Indirecto: También es un contacto con un trozo de la realidad pero referido a restos de esa realidad, información de esa realidad.

Ej. : Resulta que alguien ve, percibe a través del órgano de la visión cuando un sujeto dispara contra otro y le ocasiona la muerte. Nosotros decimos que el sujeto que presenció el momento en el individuo disparo contra otro y le ocasionó la muerte ha percibido de manera directa ese fragmento de la realidad, su **conocimiento es original.** Ese conocimiento depende de la idoneidad del órgano

visual y de la idoneidad del órgano auditivo, en el ejemplo que estamos proponiendo.

Pero si ese homicidio le es relatado a un individuo por alguien que dice haber sido testigo presencial: B le cuenta a C que vio el momento en que Pedro Pérez disparaba contra Diego Martínez y dice que le disparo en tres oportunidades. Ese señor a quien le están contando no tiene un conocimiento original, sino un **conocimiento derivado**, porque él no ha percibido directamente los hechos. Él tiene conocimiento del fragmento de la realidad, sino de otro fragmento del hecho o puede suceder que alguien llega al lugar en el cual se ha cometido el homicidio y encuentra allí un charco de sangre, cabello y un cuchillo ensangrentado.

Ese sujeto no ha tenido una percepción directa del homicidio. Ha encontrado huellas que le permiten inferir que hubo un homicidio, porque se realizan las pruebas técnicas correspondientes y entonces se encuentra que esa sangre se corresponde con el cadáver de cuya persona se encuentra en el anfiteatro, que ese cuchillo tiene unas huellas que pertenecen a un individuo S. Ese es un conocimiento derivado, indirecto.

Y ese conocimiento indirecto que surge o de la narración de hechos o de la apreciación de huellas requiere de una construcción intelectual por parte del sujeto cognoscente, por parte de esa parte que está recibiendo ese otro fragmento de la realidad.

Diríamos entonces, si nos referimos al conocimiento original, que allí debe tomarse en cuenta la idoneidad de los órganos sensoriales de quien ha percibido, porque el ciego o una persona que tiene serios defectos visuales no puede decir que ha visto el momento en que un sujeto le ha dado muerte a otro.

Ahora, cuando se trata del conocimiento derivado, debe tomarse en consideración no solo la idoneidad de los órganos sensoriales, que es el medio de conocimiento, sino también la verosimilitud de lo narrado o de lo percibido, como cuando alguien le narra a otra persona la verosimilitud de lo narrado o de las huellas que se perciben.

Puede suceder que haya casos excepcionales en que se termine la creencia de la inverosimilitud de lo ocurrido y por eso, cuando de esto se trata, de la mera creencia de versión de la inverosimilitud aparece ese gran interrogante la probabilidad y es que la narración de hechos que se hayan percibido por facultades o medios excepcionales que la inverosimilitud de lo percibido requieren de todo caso de delimitación para efectos de su apreciación.

En otros términos, el conocimiento de tipo histórico puede ser original o puede ser derivado, o lo que es igual, puede responder a una percepción directa de un fragmento de la realidad o a una percepción indirecta de otro fragmento de la realidad. Por ejemplo, los llamados testigos de oído; ellos tienen un conocimiento de tipo histórico, pero es un conocimiento derivado allí en ese conocimiento derivado, que también es conocimiento de tipo histórico, se requiere de todos modos una construcción de tipo intelectual por parte de quien percibe la narración, porque allí hay también una percepción.

Ese sujeto que ha percibido sensorialmente esos objetos, esas huellas, realiza una construcción intelectual acerca del homicidio, pero cuando se trata de una narración de hechos (testigo de oído), tiene que elaborar una construcción intelectual ese testigo de oído, porque él no presenció el momento de la misma, no le consta nada, no tiene un conocimiento directo u original, sino un conocimiento indirecto y derivado y requiere una construcción intelectual por parte del testigo de oído.

Ambos son conocimiento de tipo histórico, pero desde luego que el encuentro directo con un fragmento de la realidad, aporta un conocimiento más aproximado de esa realidad, que lo que aporta el conocimiento derivado o el conocimiento indirecto. Esto no va a ser nada distinto a reiterar que en la base del testimonio se encuentra un conocimiento de tipo histórico. Desde luego que se puede interponer un conocimiento de carácter doctrinal, por ejemplo, pero lo que realmente interesa, cuando se trata de la prueba testimonial, es el conocimiento de tipo histórico, bien sea del tipo original o derivado.

Lo dicho no hace nada distinto a reiterar que en el testimonio se presentan dos fases o dos actividades:

- Una actividad o fase cognoscitiva
- Una actividad o fase declarativa

6.3 EL TESTIMONIO EN COLOMBIA

6.3.1 Elementos Estructurales del Testimonio

⁸La declaración es el soporte objetivo de la prueba Testimonial. El testimonio es la forma de ese medio de prueba. Así, los elementos son:

- El testigo.
- La percepción.
- La declaración de vista formal, externo.
- Las formalidades legales

⁸ <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>, GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel, La Oralidad como Facilitadora de los Fines Principios y Garantías del Proceso Penal, Constitución Política de Colombia, edición 2009, palma Q editores. Código de Procedimiento Penal Colombiano, ley 906 de 2004. 14), El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia GMG García - Jueces para la democracia, 1997 - dialnet.unirioja.es, QUIJANO PARRA Jairo, Manual de derecho probatorio, decima quinta edición, editorial ABC, 2006.

EL TESTIGO: El testigo es el órgano de prueba en la prueba testimonial, es decir, la persona física que declara algo que es de importancia para el objeto de la prueba. En otros términos, el testigo es la persona física que suministra el conocimiento del objeto de prueba.

La persona es llamada a declarar porque es testigo, no lo es por el simple hecho de ser llamada a declarar. No toda persona que es llamada a declarar es testigo: porque puede ser llamada a declarar sobre unos hechos y resulta ser que no es conocedor de esos hechos. Pero la persona es llamada a declarar porque es testigo, es decir, porque ha percibido hechos que interesan al proceso de carácter judicial o administrativo.

Sin embargo, en estricto rigor jurídico, se es testigo cuando se han percibido hechos que interesan al proceso y se declara en el proceso en relación con esos hechos. En otros términos, alguien tiene conocimiento a través de la percepción sensorial de hechos que interesan al proceso judicial, llamase civil, laboral, etc., alguien que presencio el momento en que patrono y trabajador suscribían el contrato laboral, alguien que presenció el momento en que un individuo le entregaba a otro un dinero a título de préstamo y el deudor garantizo el cumplimiento de esa obligación mediante la firma de un título valor. Pero mientras ese señor que ha presenciado ese hecho no declare en el proceso laboral o no declare en el proceso de cancelación y reposición de título valor que se ha perdido, no es testigo. No es suficiente el conocimiento de los hechos, sino la transmisión del conocimiento de los hechos al funcionario judicial. A partir del momento que la persona declare en el proceso, que declara hechos que interesan al proceso y de los cuales ha tenido conocimiento, a partir de ese momento es testigo.

LA PERCEPCIÓN: Puede distorsionar la realidad de lo percibido, pero esa percepción puede distorsionarse también en la declaración.

Resulta que una persona que tiene defectos visuales, percibe a cierta distancia un hecho, por ejemplo, percibe el momento en que un individuo acuchillaba a otro y percibe que hubo lucha entre esas dos personas. Y cuando le dicen que describa a quien tenía el cuchillo y como iba vestido, lo describe de una manera inexacta y describe de manera inexacta la ropa que llevaba esa persona y lo hace así por esas deficiencias de percepción visual. Por eso decimos, que la percepción puede distorsionar la realidad de lo percibido.

Pero esa realidad también puede distorsionarse también en la declaración, porque la persona no alcanza a expresar adecuadamente lo que ha percibido, y puede no expresar adecuadamente lo que ha percibido por razones de orden muy diverso: grado de cultura, empatía o antipatía con el hecho mismo o con la persona, etc. En la doctrina tradicional, se otorga especial importancia en materia probatoria a los órganos visuales y auditivos y por esa razón se afirma que estos órganos sensoriales: la visión y la audición son los que mejor permiten la percepción de los hechos. Por tal manera que Jeremías Bentham afirmaba que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia.

Puede suceder que el testigo haya percibido la totalidad del hecho o hechos que interesan al proceso, o tan solo una parte de ese hecho o hechos que interesan al proceso. Y tal percepción puede coincidir con el momento mismo del hecho principal, pero puede ser también anterior o posterior.

Testigo no es la persona que tiene conocimiento de un hecho que interesa al proceso, sino la persona que teniendo conocimiento de ese hecho, lo trasmite al proceso a través de la declaración, sino no es testigo.

Art. 213 C.P.C.: "Deber de testimoniar". Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley."

Art. 383 C.P.P: "Deber de rendir testimonio" Toda persona está en la obligación de rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce años 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 tomara juramento acerca de la reserva de la diligencia.

Cuando se trate de personas jurídicas, la declaración solicitada será rendida por el representante legal o su apoderado. Además, se señalaran las personas que dentro de la entidad tuvieron conocimiento de los hechos sobre los que se indaga, explicando la razón de su conocimiento. Estos y el representante legal tendrán la obligación de declarar el juez la citara.

Entonces acá nos remitimos a lo que sucedía en el derecho penal griego y en general en el derecho griego y en el derecho romano, a partir de qué momento testimoniar fue una obligación legal y quien por disposición de la propia ley no estaba obligado a testimoniar, es decir, en que caso establecía excepciones a ese deber de declarar.

El testimonio es una obligación de carácter general, pero la propia ley excepciona. El código de Procedimiento Civil, además de las excepciones que consagra la constitución y desarrolla la ley, habla en sus artículos 215 y 216 respectivamente, de inhabilidades absolutas e inhabilidades relativas para testimoniar.

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

1. Los menores de 12 años,
2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia

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

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

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

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

Mientras en materia penal se admite el testimonio de la persona menor de 12 años con el cumplimiento de los requisitos que señala la propia ley procedimental penal, en el código de procedimiento civil, ese menor de 12 años es incapaz absoluto para testimoniar.

Es lógico preguntarnos porque para una rama del derecho, el penal, es de recibo el testimonio de un menor de 12 años y en otra rama del derecho, el civil, no sea de recibo. Parece ser que la respuesta es la trascendencia o importancia del testimonio en materia penal en cuanto se pretende encontrar la verdad material y no puede excluirse ninguna posibilidad legal de lograr esa verdad material. En efecto, un menor de 12 años puede ser testigo de la comisión de un delito y desde luego que su testimonio contribuiría a determinar en la investigación el autor o autores o partícipes del delito o a excluir de una imputación penal a una persona que no tiene ningún tipo de compromiso con hebreo materia de investigación. En tanto que en el ámbito del derecho privado generalmente se trata de intereses de carácter particular en los que los medios de prueba que allí se emplean puede sustituir la declaración del menor, y además, por la trascendencia que en el ámbito

del derecho privado tienen otros medios de prueba distintos al testimonio del menor.

En lo que dice relación a la persona del testigo, la mayor garantía de sinceridad apunta acertadamente (Fransua Gort), reside en la moralidad del testigo. Un testigo con una adecuada formación moral no va a mentir ni va a convertirse en perjurio. No obstante debe atenderse también, con razón, a la personalidad del testigo. Y hay ocasiones en que la edad cronológica, y nos referimos expresamente a los niños menores de cierta edad o a los adultos mayores de cierta edad, constituyen limitantes, no a la sinceridad del testigo sino, al grado considerable de imaginación o fantasía del testigo.

La edad psicológica no siempre se corresponde con la edad cronológica de las personas.

La constitución y la ley establecen excepciones al deber de declarar.

Art. 33 C.N.": Nadie podrá ser obligado a declarar contra si mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"

El artículo 33 de la constitución nacional consagra lo que en la doctrina se conoce como libertad intraprocesal, y no referido de manera exclusiva al campo penal, sino a todo tipo de proceso.

Es importante hacer notar que cuando en algún proceso judicial o administrativo se llame a declarar a una persona y tal declaración pueda afectar a esa persona o a alguno de los parientes a que se refiere el canon constitucional, es obligación del funcionario judicial advertirle a la persona que no está obligada a declarar, Porque la propia constitución excepciona ese deber general de declarar, que se reitera o

bien de manera implícita o bien de manera expresa en los códigos de procedimiento, tanto civil como penal y en la restante normatividad según el principio de integración de las normas procedimentales

Art. 214 C.P.C.:" Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión.

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la Republica
 2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional
 3. Cualquier persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.
- El código de Procedimiento Civil en su artículo 214 consagra de manera expresa excepciones de carácter legal a ese deber de declarar.

Si un abogado en su testimonio quebranta el secreto profesional, ese testimonio tiene valor probatorio. Ese testimonio tiene valor probatorio porque debe examinarse con independencia de la falta de carácter ético y de pronto con la trasgresión de carácter penal en que ha incurrido la persona que ha tenido conocimiento de los hechos en ejercicio de su actividad profesional.

"Excepción al deber de declarar". Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Este derecho se le hará saber por el funcionario respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado, y toda persona que vaya a rendir testimonio."

Nota: La persona jurídica en cuanto tal, no puede ser órgano de prueba. El órgano de prueba no puede ser distinto a la persona física.

El funcionario al tener conocimiento de que el testigo, el declarante, tiene alguna relación de parentesco con persona a la que pueda afectar su declaración, debe advertirle que no está obligado a declarar. Si hecha la advertencia de su no obligatoriedad de declarar, la persona decide hacerlo, lo hace con el cumplimiento de todas las formalidades legales y con las consecuencias que de su declaración se derivan.

Además de esas excepciones existen las llamadas inhabilidades, que pueden ser de carácter absoluto o de carácter relativo. Desde luego, es distinta la noción de inhabilidad y la noción de excepción, porque la excepción tiene, además del carácter general, la posibilidad de que el titular de esa garantía renuncie a la misma. Las excepciones de carácter constitucional, o sea, las de libertad intraprocesal, la no obligación de la auto incriminación, la no obligación de declarar contra si mismo, la no obligación de declarar contra consanguíneos hasta el cuarto grado, el segundo de afinidad o el primero civil. Esas que son de carácter constitucional, están complementadas por otras que son de carácter legal y que dicen relación a ciertos oficios o profesiones. En tal sentido, el artículo 214 del código de procedimiento civil establece excepciones al deber de testimoniar.

Las normas correspondientes del Código del Procedimiento Penal.

El código de procedimiento civil a diferencia del código de procedimiento penal establece las llamadas inhabilidades absolutas y las llamadas inhabilidades relativas en las que desde luego encontramos diferencia con la normatividad procedimental penal. El artículo 215 del código de procedimiento civil trae tres clases de inhabilidades absolutas. La ley establece que no puede presidirse el testimonio de estas personas: los menores de 12 años, y así como señalábamos anteriormente, existe una diferencia esencial con el contenido del artículo 383 del código de procedimiento penal, norma esta que si admite el testimonio del menor de 12 años.

El numeral segundo de ese artículo 215 del código de procedimiento civil, establece inhabilidad absoluta para testimoniar respecto de los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia. Puede suceder que una persona se encuentre interdicto por esa causa y que el juez civil o el juez laboral no lo sepa y reciban ese testimonio; allí encontramos ya un vicio de nulidad y después de recibir el testimonio se establece procesalmente tal circunstancia, es decir, que la persona se encuentra bajo interdicción por causa de demencia.

Aquí hay una distinción muy importante que hacer. Con el artículo 25 del C.P.P. norma rectora de la ley procedimental penal, establece el principio de integración. Esa norma establece en aquellas materias que no sean expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones del código de procedimiento civil y de otros ordenamientos procesales.

El numeral tercero de ese artículo 215 establece inhabilidad absoluta respecto de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o lenguaje convencional.

El artículo 216 del código de procedimiento civil se ocupa de las inhabilidades relativas. El código de procedimiento penal no las contiene de manera expresa, pero desde luego, una interpretación en tal sentido tendría que hacerse sobre la base del principio de integración del artículo 25 del C.P.P.

El numeral primero del artículo 216 del C.P.C. menciona los que al momento de declarar sufran perturbaciones tales como alteraciones psicológicas graves. El juez deberá estar en condiciones de apreciar en la persona del testigo la existencia de tal Estado.

El numeral segundo de ese artículo consagra a las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado de acuerdo con

las reglas de la sana crítica. Aquí se le otorga al juez la facultad discrecional de determinar si una persona es inhábil relativamente para testimoniar y con ello se está valorando anticipadamente al testigo porque la norma establece que el juez para considerar tal inhabilidad debe hacerlo considerando las reglas de la sana crítica.

A no ser que sea evidente de una o varias circunstancias que objetivamente permitan formular tal juicio, no se ve razón jurídica alguna para anticipar un juicio de inhabilidad relativa con respecto a la persona.

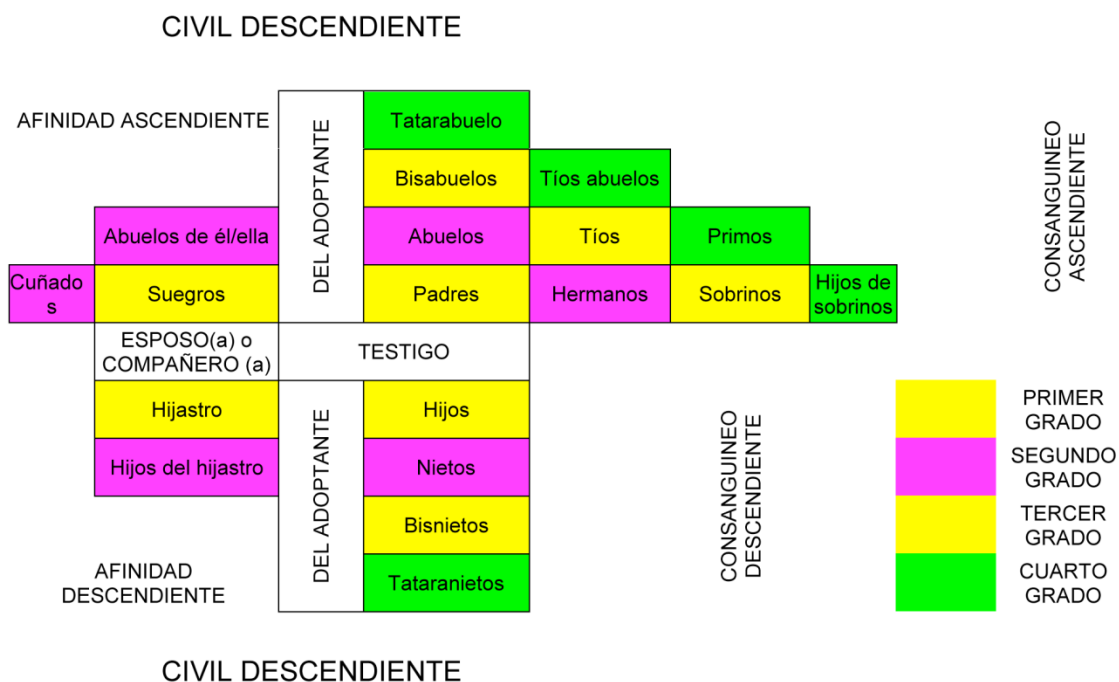
En el ámbito del derecho penal el juez lo que debe especificar cuando se trata de pruebas testimoniales, es la conducencia o no del testimonio, entendiendo por tal, la relación directa o no que tal testimonio tenga con el objeto de prueba, esto es, con lo que y que determinar, con los hechos materia de investigación.

En el ámbito del procedimiento civil, existe norma a propósito de los llamados testigos sospechosos y de la tacha de testigos.

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

Son en concepto de juez, sospechosos o no. Por qué no está consagrado esto en materia penal? Esto es difícil de valorar porque el juez hace un pronóstico para calificar o no la validez de la declaración y que puede ser malo para el proceso. Tienen un grado de subjetividad que depende en gran medida de la preparación técnica y psicológica del juez, "sana crítica".

En materia penal se debe apreciar con mayor rigor el testimonio mas no prescindir de el, porqué de pronto se privaría al proceso de un importante medio de prueba. Esto sin olvidar la apreciación técnico científica que define nuestra legislación a través de la ley 906 de 2004, sistema penal acusatorio para la valoración de esa clase de pruebas testimoniales y esta valoración se surte a través de Ej. Peritos psicólogos. Precisamente para evitar condenas injustificadas por medio o a través de testigos únicos.



6.4 EL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA LEY 906 DE 2004

⁹La prueba testimonial está concebida como *“la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga”* Si partimos del hecho de que el

⁹ SANCINETTI Marcelo A., Testimonio único y principio de la duda, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal.

Universidad de Buenos Aires, EROSTARBE ibabe, I: “Confianza y exactitud en el testimonio y la identificación de los testigos presenciales”. Tesis doctoral. UPV-EHU. Donostia-San Sebastian. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, ley 906 de 2004.

fallador no presencia lo ocurrido, los testigos son “como los auxiliares del juez, son los ojos y los oídos de la justicia”.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en alusión al mismo tema, ha reiterado: *“por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso.”*

El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de este es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes (una agresión física, el desapoderamiento de un bien, el abuso sexual, entre otros), puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de este que el juez puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

En efecto, el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial, frente a los que cabe anotar, que buscan enfrentar de manera adecuada los problemas inherentes a este medio de acreditación:

“Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.

Según se indicó en la parte primera de este trabajo, el fiscal pasa por dos etapas básicas frente al conocimiento de los hechos; la primera, denominada por algún sector de la doctrina como de descubrimiento, que consiste en su propio acercamiento a la realidad fáctica que dio lugar al inicio de la actuación, y la segunda, llamada de justificación o explicación, que consiste en la transmisión de dicho conocimiento al juez. Cuando ese conocimiento se logra o se pretende alcanzar a través de prueba testimonial, el fiscal debe tener presentes los criterios de valoración que consagra la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para establecer cuando un testigo resulta confiable. En primer lugar, para convencerse a sí mismo de que el testigo realmente puede brindar información relevante y confiable sobre los hechos y luego para demostrarle al juez la verosimilitud del testigo durante su actuación en la audiencia pública. El fiscal no puede posponer el análisis para la etapa del juicio, fundamentalmente por las siguientes razones: (I) porque si no evalúa correctamente la credibilidad del testigo, no podrá establecer si en verdad existen motivos suficientes para formular imputación y para acusar; (II) porque si él mismo no tiene claridad sobre las razones por las que el testigo resulta confiable, no podrá transmitírselas al juez; (III) porque si no se conocen las debilidades (supuestas o reales) del testigo no es posible dar explicaciones claras y oportunas para demostrar las razones por las que, a pesar de sus falencias, el testigo resulta creíble y (IV) porque resultará muy difícil, sino imposible, responder adecuadamente a los ataques que la contraparte haga al testigo.

Los aspectos hasta ahora enunciados serán analizados en los párrafos siguientes.

La calidad de testigo.

El análisis sobre este aspecto puede abordarse desde dos puntos de vista: (I) desde el deber de rendir testimonio y las excepciones constitucionales y legales a dicho deber y (II) desde el conocimiento.

Deber de declarar.

El artículo 383 de la ley 906 de 2004 dispone que *“toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”*. Sobre el soporte constitucional de la obligación de declarar, la Corte Constitucional ha dicho que este emana del *“deber de solidaridad y de colaboración con la justicia, consagrados en el artículo 95.”* salvaguardado en los eventos de excepción a dicho deber, regulados en el artículo 33 de la Carta y en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

Si se acepta que el esclarecimiento y la sanción del delito son aspectos de vital importancia para la sociedad, y que en nuestro ordenamiento jurídico cada día se le presta mayor atención a los derechos de las víctimas, es claro que el deber de solidaridad y de colaboración con la justicia es una responsabilidad ciudadana absolutamente legítima, que, como bien lo aclara la Corte, tiene soporte en el ordenamiento superior. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el testigo también tiene derecho a que sea protegida su integridad, sobre todo cuando se trata de asuntos de especial complejidad o cuando fundadamente puede concluirse que del hecho de declarar en juicio puede derivarse riesgo real para él o su familia, eventos en los cuales el fiscal debe procurar la ayuda y protección necesarias.

Sentencia C-069 de 1994.

Véase, por ejemplo, las sentencias SU-159 de 2002 y C-591 de 2005.

Sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209, C-210 y 516 de 2007, entre otras.

Utilidad del testigo.

Regla general

Así como el ordenamiento jurídico consagra y desarrolla el derecho a no auto incriminarse, también establece pautas para determinar quién, (de acuerdo con su conocimiento) puede tener la calidad de testigo. Dicha regulación comprende la etapa que hemos denominado de descubrimiento o preparación y se extiende hasta la práctica de la prueba en el juicio oral, así como a las valoraciones que de esta deban hacerse, aún frente al recurso extraordinario de casación. Veamos:

El artículo 375 del Código de Procedimiento Penal dispone que:

“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deban referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito”.

Las normas sobre pertinencia son también aplicables a la prueba testimonial, por lo que el equipo de la Fiscalía, desde su primer contacto con el caso, debe establecer si la información que posee una persona puede resultar útil para el conocimiento de los hechos. Este análisis debe realizarse con mucho cuidado, con el fin de evitar: (I) la saturación de la actuación con información irrelevante y (II) la pérdida de información útil, así esta no tenga relación directa con los hechos materia de investigación.

En este orden de ideas, además de los testigos presenciales, cuya utilidad para la investigación es innegable, la información que posea una persona puede ser útil en los siguientes eventos:

Corroboración:

Si el testigo, así no haya presenciado los hechos penalmente relevantes (el homicidio, el hurto, la violación, etc.), posee información que permita corroborar otras versiones o en general, información contenida en otros medios de prueba, su intervención puede resultar útil para el adecuado ejercicio de la función judicial. Este tipo de información adquiere especial trascendencia frente a delitos que por lo general son cometidos en la clandestinidad (las agresiones sexuales, por ejemplo) o cuando la credibilidad de un testigo se encuentra cuestionada por su interés en el resultado del proceso o por cualquier otra circunstancia semejante. En estos casos, la prueba de corroboración puede resultar útil con respecto a diversos aspectos:

Corroboración de circunstancias concomitantes.

Para corroborar aspectos concomitantes con la conducta punible.

Por ejemplo; si una persona no presencia el acceso carnal violento, pero ve a la víctima salir de un lugar determinado, angustiada y con las vestiduras rotas. En este caso su declaración es importante para confirmar que la víctima estuvo en el lugar de los hechos y que evidenciaba un estado de ánimo y una apariencia personal con La Prueba en el Proceso Penal Colombiano Sobre la importancia de la evidencia de corroboración en el sentido enunciado, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, al analizar la dificultad para esclarecer delitos sexuales de los que sean víctimas menores de edad, (sobre todo por la clandestinidad que suele rodear este tipo de acontecimientos) resaltó la importancia de la información que aun cuando no da cuenta directa de los hechos, puede contribuir a su esclarecimiento:

“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”

Corroboración de aspectos relacionados con la conducta punible, pero ocurridos en diferentes circunstancias de tiempo y lugar.

Si a manera de ilustración, un coacusado que decide colaborar con la administración de justicia asegura haber entregado una cifra millonaria a otro y existe un testigo de que para esa fecha el partícipe estuvo gastando dinero en gran cantidad, su declaración puede ser útil. Así no se refiera directamente a los hechos materia de investigación ni se esté refiriendo directa o indirectamente, a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta punible, es decir; el testigo no podrá dar cuenta de que hubo un asalto, una extorsión o un secuestro, pero sí podrá suministrar información que coincida con los datos aportados por otro deponente con respecto a la distribución o destinación del dinero de ilícita procedencia.

Corroboración de algunas consecuencias de la conducta punible.

Aunque todos los delitos representan graves atentados contra los derechos y garantías constitucionales, algunos de ellos se caracterizan por dejar huellas físicas o psicológicas en la víctima, generando comportamientos o actitudes que pueden ser presenciados por otras personas y cuyo conocimiento, por parte del fiscal y por supuesto del juez, pueden contribuir al adecuado ejercicio de la función

judicial; sobre todo cuando ha sido cuestionada la declaración de la víctima o de alguno de los testigos que hicieron alusión directa a los hechos.

En un importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia se refirió a la pertinencia e importancia de las declaraciones de varias personas que daban cuenta del cambio de actitud asumido por una menor que había sido víctima de abuso sexual; el alto tribunal resaltó, que aunque estas personas no habían presenciado el delito, sí tenían información importante para el esclarecimiento de los hechos, pues sus relatos corroboraban lo expuesto por la niña en torno a los abusos a que fue sometida. Además, es posible que el presunto responsable cambie ostensiblemente sus rutinas o modifique su comportamiento luego de cometer la conducta punible y esta información resulte útil para el esclarecimiento de los hechos.

Corroboración para ilustrar algunos aspectos del entorno social o familiar donde ocurre la conducta punible.

Aunque la conducta punible está claramente definida en la ley, no debe olvidarse que los hechos ocurren en un contexto social o familiar determinado, y que es en dichos contextos en los que puede surgir el móvil de la actuación humana con trascendencia penal, cuyo conocimiento es necesario y útil para tomar las decisiones y presentar las solicitudes a lo largo de la actuación. En relación con este tema, el Tribunal Superior de Bogotá, frente a la pertinencia de las declaraciones de varias personas que podían dar cuenta de la situación de seguridad del barrio donde ocurrieron el homicidio, sobre todo ante la hipótesis de que pudo tratarse de un “ajuste de cuentas” entre las pandillas del sector, concluyó que dichas declaraciones debían escucharse en el juicio oral

Corroboración de circunstancias específicas o genéricas de mayor o menor punibilidad.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que la acreditación de las circunstancias de mayor o menor punibilidad debe darse en el juicio oral, debido a la trascendencia que estas tienen para la determinación de la pena. Por tanto, es posible que la información del testigo, sea útil para esclarecer estos aspectos, aunque no se encuentre relacionada con el tipo básico. En tal sentido, el alto tribunal precisó:

Para la Sala “no es atendible la apreciación de la representante del Ministerio Público. El elenco de principios que informan este procedimiento no permiten una tal lectura del precepto y no deja campo a que sea en una fase posterior al juicio oral, en la que se debatan los motivos de intensificación de la sanción.

Ese no es el sentido y su alcance de un lado, porque la brevedad del tiempo limitaría un aporte probatorio necesario para sustentar las otrora denominadas causales genéricas de agravación, máxime que allí no hay consagración legal específica para la aducción y práctica probatoria, como si sucede por ejemplo, con el incidente de reparación integral en los artículos 103 y 104 de la Ley 906 de 2004.”

De otro lado, porque el debate acerca de las causales de intensificación punitiva no puede ser tratado como una extensión del juicio oral. Precisamente, según el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, a excepción de las pruebas que se practican de forma anticipada en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías (artículos 154 numeral 2º y 284), toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y se practicará en el momento respectivo en el juicio oral y público. Con esta interpretación no es probable ninguna intromisión de factores modificadores que acentúen la responsabilidad por fuera del marco de la

imputación allanada o de la acusación, en los términos referidos por el Ministerio Público, pues se debe preservar, además, el derecho de defensa. La norma controvertida debe ser aplicada de la manera más favorable para la efectividad de los derechos o las garantías fundamentales. Pero, también se advierte, que para el aporte de pruebas en el traslado en la audiencia de individualización de pena no habría la posibilidad de la verificación previa de su legalidad, conducencia y pertinencia, como depuración necesaria que se impone ante el juez.

Corroboración de la autenticidad de documentos o evidencias físicas.

Es posible que un testigo no pueda dar cuenta directa de los hechos penalmente relevantes, pero sí de la autenticidad de un documento o de una determinada evidencia física. Esto hace que la prueba sea pertinente a la luz de la norma objeto de análisis (Art. 375 del Código de Procedimiento penal). Sobre esto se recabará en los acápites dedicados a los elementos materiales probatorios, evidencia física y prueba documental.

6.5 PSICOLOGÍA Y TESTIMONIO

¹⁰Intentar descubrir si el testimonio de un individuo responde o no a la verdad, si es o no creíble, probablemente sea una cuestión inherente a las formas civilizadas, o al menos organizadas, de estructuración social humana. El denominado juicio de Dios, procedimiento utilizado por los israelitas, hace dos mil años y consistente en que el reo tocase con la lengua u hierro al “rojo vivo” – si no se quemaba era entonces inocente porque decía la verdad-, puede representar un ejemplo clásico.

¹⁰ El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia GMG García - Jueces para la democracia, 1997 - dialnet.unirioja.es, ALONSO-QUECUTY, M.L: “Psicología Forense experimental: testigos y Testimonios”. Martínez Urbano José J. PREMISAS BÁSICAS DE LA NUEVA ESTRUCTURA PROBATORIA.

Sin embargo, la aproximación de las ciencias experimentales al mundo judicial esencialmente la psicología, no tiene lugar hasta principios del presente siglo. Ha surgido a si una nueva ramificación de la psicología, que recibe los nombres “de psicología forense experimental”, “psicología jurídica”, o “psicología del testimonio”, es por lo tanto una disciplina reciente en su actual orientación, muy compleja por el campo en el que actúa, y potencialmente peligrosa según la utilización que de ella se haga.

La sicología del testimonio es una disciplina sumamente compleja. En sus inicios, su campo de estudio se centraba en la exactitud de la memoria. En la década de los años setenta, se inicia el estudio de la evaluación subjetiva de la exactitud, es decir la credibilidad. Su campo actual de interés es amplio: testimonio y persuasión; activación emocional; el comportamiento de los operadores judiciales, jueces y jurados, la identificación, etc.

No obstante, la aceptación sin critica de este cuerpo teórico y su utilización desviada la convierten en peligrosa, las opiniones relativas a la credibilidad no deben hacer olvidar sus limitaciones como ciencia del comportamiento, debe asumir –como deben hacerlo otras- que la explicación absoluta de la conducta del hombre no es posible, y que todavía lo es menos –por estar más interferida- en el ámbito judicial. El acceso de las personas a este ámbito, y así lo enseña la experiencia, muy pocas veces es voluntario, con lo que se introducen factores sicológicos determinantes en la expresión de la conducta determinada. Este hecho tiene una repercusión conceptual trascendental, como ha sido el desarrollo sostenido de los métodos científicos de obtención de pruebas. La sicología del testimonio aspira a esa consideración, pero es mucho el camino que debe recorrer aún para equipararse a otras disciplinas, incluso a la psiquiatría.

En un segundo término, conviene llamar la atención sobre la posible utilización desviada de sus preceptos. Desgraciadamente, nuestro ámbito cultural refleja una

realidad por imposición de medios en unos casos; por voluntad personal en otros- muy próxima al que podríamos denominar “síndrome de Leonardo” por (Leonardo da Vinci). Es curiosa cuando menos, y muy especialmente en el mundo pericial o forense, la proliferación de “hombres del renacimiento” con una extensa y profunda cultura en cualquier área del saber: Cuidado! No podemos si no reclamar la intervención en este campo como en otras disciplinas, de auténticos profesionales formados y entrenados en aspectos específicos de la materia. Se debe ser humilde y sobre todo se debe saber decir ¡no se!, antes de emplear temerariamente conocimientos frágilmente adquiridos de una disciplina que se nutre y que afecta a el hombre su comportamiento y su libertad.

6.5.1 La Evaluación de la Mentira. La abordaremos en primer lugar por su antigüedad histórica y porque pronunciándonos ya respecto de su absoluta inutilidad, aligeraremos mucho el camino, evitando errores conceptuales que pueden confundir la disciplina científica que nos ocupa con la averiguación de la verdad.

La detección de la mentira, ya lo señalábamos anteriormente, ha sido una aspiración humana desde su propia configuración en sociedad. En la antigüedad muchos procedimientos tenían una base común: el miedo secaba la boca y, en consecuencia el mentiroso se quemaba la lengua con el hierro incandescente (israelitas); escupían el polvo de arroz completamente seco (chinos), eran incapaces de deglutir una rebanada de pan con queso (bretones).

Más modernamente, los procesos dirigidos a la detección de la mentira se pueden clasificar en tres grupos:

- Estudios de los cambios fisiológicos coexistentes con la mentira.
- Cambios conductuales asociados con la mentira.
- Contenido semántico y estilístico de la declaración.

6.5.2 Evaluación del Testimonio. En la psicología del testimonio, testigo es cualquier persona, que ha observado directamente un hecho, incluido también la víctima o víctimas.

El ámbito judicial es especialmente peculiar en todo lo que rodea al testimonio y los testigos. Tradicionalmente, el aspecto de la credibilidad ha sido estudiado en referencia a los jueces y magistrados profesionales encargados de impartir justicia en los tribunales, sin embargo en nuestro ámbito a hecho una irrupción algo brusca el sistema técnico científico lo que ha surgido la necesidad de replantear los elementos de análisis de la credibilidad. Si el sujeto de la subjetividad cambia, de jueces a legos, ¿cambian los criterios de credibilidad de un testimonio?

6.5.3 La exactitud del Testimonio. El elemento necesario de arranque debe ser rechazar la vieja concepción de la memoria como una cinta de video que todo lo graba con precisión. Es importante huir de este error en la medida en que la exactitud del testimonio ha sido siempre una función ligada exclusivamente a la memoria, estas son las principales creencias erróneas en relación con la exactitud del testimonio.

- La violencia del incidente favorece su recuerdo, (focalización de las armas vs recuerdo de destello: recuerdo puntual y específico frente a recuerdo intenso y rico).
- Las mujeres son peores testigos en los sucesos violentos.
- Los niños son sugestionables.
- Los policías creen mejor la técnica de interrogatorio de interrogatorio mediante preguntas e interrupciones del relato.
- La hipnosis es un procedimiento de confianza para la exactitud del testimonio.

La exactitud de la declaración o testimonio depende de la memoria, entendida actualmente como una estructura cibernética de captación, almacenamiento y

recuperación de información. Los factores o variables que inciden en la memoria pueden ser ordenados siguiendo esta clasificación.

suceso		testigo		evaluación
Condiciones físicas	características	Variables físicas	Variables cognitivas	
Tiempo de exposición Iluminación distancia	Tipo de suceso • Violento • No violento Tipo de información • Central • Periférica Características de los participantes.	Edad • Niños • Adultos • Ancianos Características perceptivas • Visión • Audición Activación fisiológica Raza sexo	Estrategia • codificación • retención • recuperación habilidad para recordar • personas • sucesos atención • focalizada • no focalizada	Tipo de prueba • recuerdo libre • preguntas abiertas • alternativas múltiples Técnicas para mejorar la recuperación. Intervalo de evaluación Información posterior al suceso. Análisis de la mentira.

6.5.4 La credibilidad del testimonio. Recordemos que la credibilidad puede ser definida como la percepción que tiene el propio testigo u otras personas sobre la exactitud de un determinado testimonio.

Los principales errores respecto a la credibilidad son:

- Existen claves directamente observables (conducta, actitud no verbal), o indirectas (fisiológicas) que coexisten con la mentira.
- En la vida diaria existe la oportunidad de aprender cuales son estas claves gracias a su coexistencia con la mentira.

- Es posible desarrollar una capacidad de detección del engaño que haga posible que el error sea mínimo.

En este apartado intentaremos delimitar esta valoración de la credibilidad a un antagonismo teórico que surge con la aparición de las técnicas científicas en la valoración del testimonio, frente a la sana crítica como criterio evaluativo del testimonio único.

Factores determinantes como elevadores de la credibilidad:

- A) Sesgos de respuestas del testigo
- Aparente seguridad del testigo (importante en los careos)
- Prestigio. Social o económico.
- Vestimenta
- Atractivo físico
- Extroversión: sujetos habladores, gesticulantes, amistosos.
- Actitud de relajación: la ansiedad se equipara a menor credibilidad.
- Contacto ocular con quien interroga.

Estos factores no son sino los mismos que participan de la vida cotidiana de las personas, fuera de la sala de justicia estos factores son producto de la intuición popular y no conducen al error ni a una mejor evaluación: su riesgo es que pueden ser manipulados.

- A) Impacto de los testimonios no identificadores y de los inconsistentes.

Se ha postulado que una vez oído un testimonio identificador, la desacreditación del testimonio no devuelve a los intervinientes en el proceso al mismo nivel previo; de esta manera, se postula que es posible que el mero hecho de ser juzgado ya introduzca un prejuicio de culpabilidad.

Factores:

- Actitud de los operadores judiciales (fiscales, abogados, jueces)
- Instrucciones del juez.
- Atractivo físico de la víctima.
- Raza
- Factores procesales (antecedentes, acusación, defensa.)
- Medios de comunicación.
- Condición sexual.

En definitiva, uno puede encontrar estudios experimentales que abordan cualquiera de las hipótesis y factores que condicionan el testimonio y su credibilidad, podemos apreciar como la credibilidad se sustenta tanto en las actitudes de los testigos como de los abogados.

6.6 PRUEBA PERICIAL

¹¹ Probar es hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y lógicos y darles certeza legal sobre su modo de ser; probar es una actividad en virtud de la cual se le lleva al juez el conocimiento de hechos, y dependiendo del grado de conocimiento que de los hechos adquiera el juez dependerá también la decisión que este profiera. En la obra clásica de **BONNIE**, más que una definición de probar se ensaya una descripción de lo que es probar, dice este autor en su obra clásica de la prueba en derecho civil y en derecho penal:

"descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico y del orden moral que deseamos conocer"; BONNIE empieza

¹¹PIETRO, Ellero, tratado de la prueba en materia penal. CHIESA APONTE Ernesto L. Los derechos de los acusados y la factura más ancha. Discurso pronunciado en el acto de incorporación como Académico de Número de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación el 9 de febrero de 1995. Vol. V. Rev. Acad. Puer. Juris. y Leg. 61 (1998).

diciendo como descubrir una verdad y señala que la descubrimos cuando existe conformidad entre lo que hay en el campo de nuestra conciencia y los fenómenos físicos y de orden moral, y concluye que probar es establecer tal conformidad a la actividad probatoria , que en el ámbito del derecho civil corresponde especialmente a las partes, porque ya hemos dicho que el demandante fundamenta sus pretensiones con pruebas que pretende hacer valer en el proceso; El demandado fundamenta su oposición a las pretensiones del demandante también con pruebas que pretende hacer valer en el proceso. En el ámbito del derecho penal esa actividad probatoria no es propia ni exclusiva del funcionario judicial, llámese fiscal o juez; también los sujetos procesales, llámese sindicado, defensor, apoderado de la parte civil si la hay, representante del ministerio público que está actuando, tercero incidental si interfiere tercero civilmente responsable; todos esos que son sujetos procesales deben realizar y normalmente realizan actividad probatoria haciendo, desde luego, la distinción en materia penal en virtud de la cual la carga de la prueba le corresponde al Estado, que en nuestro sistema institucional asume el fiscal y no el juez porque el juez debe ser un tercero imparcial.

La expresión prueba tiene varias significaciones: en un sentido muy amplio podríamos decir que prueba es todo medio que sirve para investigar y demostrar cualquier cosa buena. Ya en un sentido más restringido, desde el punto de vista jurídico pero que sigue siendo amplio, podemos decir que prueba es el conjunto de motivos y razones que suministra certeza en el proceso.

En estas definiciones que son en general muy amplias, se encuentra en común que la prueba es un proceso a través del cual se adquiere conocimiento; ya en un sentido estrictamente jurídico, y ese si en un sentido verdaderamente restringido, podríamos decir como el maestro **Florián** que por prueba debemos entender: "El medio o medios pre ordenados por la ley sometidos a criterio del juez mediante los cuales obtiene certeza acerca de hechos o circunstancias que debe conocer para

aplicar correctamente la ley". Miren lo que puede suceder en un proceso civil, penal, laboral:

Civil: en un proceso civil alguien demanda y propone como medios de prueba los testimonios, acuden los testigos a las diligencias, son interrogados pero no aportan absolutamente nada que pueda confirmar los hechos en los cuales se funda la pretensión, ¿qué clase de conocimiento se ha llevado al juez respecto de los hechos? Respuesta: Ninguno, la decisión del juez ha de ser adversa a la pretensión del demandante.

En un proceso laboral en el que se pretende indemnización por despido injusto, y acuden al proceso unos testigos y se aportan unos documentos que no suministran informes claros y precisos sobre las circunstancias en las cuales se produjo un despido injusto, como se da una inercia probatoria de parte del demandante, no acude a las audiencias, no lleva los testigos, ¿qué clase de conocimiento en relación con los hechos se le ha llevado al juez? Y ¿cómo ha de ser la decisión?

Respuesta: adversa a las pretensiones.

La inercia o la negligencia probatoria en el ámbito del derecho privado afecta a la parte que no realiza la actividad probatoria que debe realizar, aquí cobra plena vigencia aquella información según la cual: " en el ámbito del derecho privado la actividad probatoria es una necesidad de las partes y no del juez; pero puede suceder que en el ámbito del derecho penal donde la carga del proceso la asume el Estado, el defensor, por hablar de un sujeto procesal, observa que la instrucción del proceso, que la investigación, no va aportar elementos de prueba que fundamenten una resolución acusatoria y menos una sentencia condenatoria, y el defensor se queda inerte, no realiza ninguna actividad; esa sería una estrategia de la defensa, porque si los medios pruebas que han venido al proceso no van a

servir de fundamento para una acusación, el defensor no tiene por qué suministrar elementos de prueba que vayan a servir para una resolución acusatoria o para una sentencia condenatoria, no tiene obligación legal, sin que ello signifique en manera alguna que está faltando a un comportamiento ético. Si la carga de la prueba la tiene el Estado, que el estado asuma la carga de la prueba.

Aclaraciones: El proceso tiene unas fases y trascurridas esas fases no se puede volver sobre ellas; si ha precluido la oportunidad para que se practique la prueba sobre la base de la explicación que da el testigo de porque no ha concurrido, y ya ha precluido, ya no hay otra oportunidad, porque el proceso no puede ser indefinido en el tiempo; También en materia penal sucede lo mismo, no es únicamente en el ámbito del derecho privado, si ya se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento, ya intervino el fiscal, el ministerio público cuando interviene, si ya intervino la parte civil si ya intervino el defensor, y ya termino esa audiencia, el proceso pasa a despacho para proferir sentencia, ya no puede llegar nadie así tenga una prueba muy importante a hacerla valer, pero para eso hay recursos, como por ejemplo el recurso extraordinario de casación que dependería de unas circunstancias fácticas y jurídicas, y está también la acción de revisión, cuando hay prueba sobreviniente que haría variar la decisión, no obstante, que el proceso civil es muy formalista, que no se trata de un solo proceso civil sino de diversos tipos de procesos ,dependiendo de la naturaleza de la pretensión; Usted encuentra procesos ordinarios, procesos abreviados, ejecutivos, todos ellos tienen diferentes fases y terminadas esas fases, no se puede volver sobre ellas, no habría ninguna razón; no es que se trate de preferir la forma a la verdad, sino que el proceso es algo que debe cumplirse fatalmente.

La regla general (artículo 402 C.P.P.) es que las personas declaren sobre lo que personalmente les consta, por lo que en principio, las opiniones no son admisibles. La excepción más importante a esta regla la constituye la prueba pericial, pues el experto generalmente es llamado a rendir opiniones precisamente por poseer

conocimientos que no tiene el fallador. Sin embargo, existen matices entre la regla general consagrada en el artículo 402 y las conceptualizaciones u opiniones permitidas en la prueba pericial; veamos:

En primer lugar, no es extraño que los testigos –no peritos- emitan ciertos conceptos u opiniones durante sus intervenciones, aunque la legislación establezca que deban referirse únicamente a los hechos que directa y personalmente han percibido.

Estas aclaraciones son pertinentes porque en ocasiones resulta inevitable que los testigos de la Fiscalía o los de la defensa emitan ciertas opiniones (“estaba nervioso”, “tenía miedo”, “estaba alterado”, entre otras) y es necesario que el fiscal se encuentre preparado para afrontar la situación; ya sea pidiéndole a sus testigos que expliquen cuáles son los hechos que sirven de fundamento a una determinada conclusión (“estaba sudando”, “palideció”, “su rostro se enrojeció”, “estaba tembloroso” u otro hecho relevante) o haciendo uso adecuado del contrainterrogatorio cuando este tipo de conceptos sean emitidos por los testigos de la contraparte. Además, el fiscal debe estar preparado para oponerse en forma oportuna a las preguntas formuladas por la contraparte, cuando estén orientadas a obtener opiniones de quien no ha sido citado al proceso en calidad de experto e inclusive para objetar las respuestas cuando el testigo pretenda emitir opiniones sin que ello le haya sido pedido por quien lo está interrogando.

En relación con las opiniones que emiten los testigos que no tienen la calidad de peritos merece especial atención lo relacionado con los reconocimientos o la identificación de voces, manuscritos u otros, que pueden hacer los declarantes durante su intervención en la audiencia de juicio oral. Es posible que un testigo identifique que una voz corresponde a una persona con la que frecuentemente conversaba o declare que los rasgos caligráficos de un determinado manuscrito coinciden plenamente con los de una persona a quien conocía lo suficiente para

identificarlos. En estos casos parece que el testigo declara simplemente sobre aspectos que ha conocido en forma directa y personal (el tono y demás características de la voz de una persona, los rasgos caligráficos, etc.), más no actúa como perito, por lo que la solicitud y práctica de la prueba debe sujetarse en cada caso, a las reglas del testimonio y no a las de la prueba pericial. De todas formas, durante el interrogatorio debe sentarse las bases para permitir que el testigo declare sobre esos aspectos: la relación con la persona de la que supuestamente provino la voz o quien es autora del manuscrito, el tipo de comunicación que sostenía con ella, la frecuencia con que lo hacía, entre otros.

6.6.1 Características especiales de la prueba pericial. Aunque la prueba pericial tiene alguna semejanza con la prueba testimonial, razón por la cual el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal dispone que al perito le sean aplicables en lo que corresponda, las reglas del testimonio; es necesario resaltar algunas de sus características principales para establecer los alcances de la regulación establecida en la Ley 906 de 2004.

Aunque es cierto que el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que el de muchos otros países, dispone que sólo es prueba la practicada durante la audiencia del juicio oral, (bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad, entre otros) ha de entenderse que en las más veces la actividad principal del perito (la relacionada con su profesión o especialidad) se realiza por fuera de la audiencia del juicio oral, en laboratorios u otros lugares adecuados, por lo que en dicha audiencia se explican básicamente los procedimientos adelantados y las respectivas conclusiones. Sin embargo, aunque la actividad realizada por fuera de la audiencia del juicio oral sea fundamental en materia de prueba pericial, es necesario que la información que obtiene el perito a partir de la observación y aplicando sus conocimientos específicos, llegue al juez a través de un procedimiento que garantice la inmediación, la contradicción y la publicidad;

presupuestos básicos del debido proceso probatorio regulado en el nuevo ordenamiento procesal penal.

6.7 EL TESTIMONIO ÚNICO

¹²¿puede ser la palabra de un *solo testigo*, sin ninguna otra prueba adicional, una base suficiente para alcanzar la “*convicción subjetiva*”, con la que parece conformarse la ley procesal y una parte de la doctrina, o, en cambio, la exigencia de una fundamentación *objetivamente racional* de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia en la palabra del testigo”, así fuese que ésta contase con el “aval” de un dictamen de “psicología de la declaración”?

El que una sentencia sea basada en los dichos de un solo testigo, a los que se contrapone de modo férreo la negativa del acusado. Para simplificar el objeto de la discusión, se habrá de partir de la base de que se trata de la imputación de un hecho que sólo se pretende “tener por probado” por la palabra de quien se presenta como “víctima”, respecto de un hecho supuestamente ocurrido varios años antes, y del que no queda ningún rastro objetivo, ni indicios externos corroborantes. Es decir, que todos los eslabones de la “cadena de imputación” se fundan en la palabra de la persona que incrimina al acusado, la cual, a su vez, sería la principal interesada en que su palabra fuera creída. En casi todos los países occidentales se dictan desde hace tiempo numerosas sentencias condenatorias sobre esa única *base*. En particular, esto ocurre con frecuencia respecto de imputaciones por abuso sexual, y por doquier se hallan entradas en Internet que comparan esta “fiebre punitiva” con los procesos por brujería de la Edad Media.

¹² SANCINETTI, Marcelo A. Testimonio único y principio de la duda, InDret , [www. Indret.com](http://www.Indret.com), análisis del derecho.

La prohibición del testigo único en la tradición judeo-cristiana

Una extensa tradición habla en contra de que una sentencia penal condenatoria pueda ser fundada únicamente en los dichos de una sola persona. Por lo pronto, es patrimonio común de la cultura judeo-cristiana la prohibición de imponer una condena sobre la base de un testimonio único: *Testimonium unius non valet*, más conocido por la formulación: *Unus testis nullus testis*.

En principio, el rechazo a una acusación basada exclusivamente en los dichos de un solo testigo, se halla ya en el libro de los *Números*, aunque aquí limitadamente al caso de homicidio, y presuponiendo también un principio de justicia retributiva, de carácter aún taliónico.

Con formulación similar, la regla aparece en el *Deuteronomio*, primero referida nuevamente al delito conminado con pena capital; pero muy pronto la disposición aparece generalizada a cualquier clase de delito. El reconocimiento de la necesidad de pluralidad de testigos se mantiene –a la inversa de lo que ocurre con la Ley del Talión. En la tradición del Nuevo Testamento. La regla, en efecto, aparece reiterada por la palabra de Cristo, en el Evangelio según San Mateo, en el contexto de la “corrección fraterna”. Asimismo, surge también en el Evangelio según San Juan. Posteriormente, reaparece en la Segunda Carta a los Corintios, en la Primera Carta a Timoteo y en la Epístola a los Hebreos.

Estas máximas se trasladan al derecho romano-canónico, de lo que da cuenta una abundante bibliografía de los siglos XII y XIII, en las que se hallan tanto citas del Derecho Civil romano, como de las compilaciones de la Iglesia. Por cierto, la regla no sólo tuvo acogida en los códigos románicos, sino que también fue asumida por Santo Tomás de Aquino, en la “*Summa Theologiae*”.

Ya en el Derecho eclesiástico antiguo se pone énfasis en que el testigo único no es suficiente, ni según el Derecho divino ni el humano, como, p. ej., en *Gratian*, C. *Nec evangelium, nec ulla divina humana que lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat vel iustificat*. (Porque ni el Evangelio ni ninguna ley divina o humana condenan o justifican a nadie en razón de un testimonio único, por más que éste sea idóneo).

Este legado del Antiguo Testamento, subsiste hoy en la tradición (“*talmúdica*”: Perteneiente o relativo al Talmud, libro que contiene la tradición, doctrinas, ceremonias y preceptos de la religión judía). Y en lo que respecta al Código de Derecho Canónico, la prohibición del testimonio único se mantiene al menos como regla general, aun-que admitiéndose excepciones.

La prohibición del testigo único en la Ilustración

Debería ser sorprendente que reglas morales que cubren las religiones de un muy amplio espectro cultural pudieran ser dejadas de lado por el mero tránsito de “las pruebas legales” a la “libre valoración judicial de la prueba”, acompañado de observaciones tales como la de que los testigos no se *cuentan*, sino que se *pesan*. ¿No habría primero que constatar una multiplicidad de declaraciones, para que cada una pueda apoyarse en los detalles concordantes de las otras, de modo que los matices “encastren” respectivamente en los de los demás relatos, antes de que pueda analizarse su respectivo peso?

Incluso un declarado defensor actual de que el sistema punitivo debería aumentar en eficiencia para que una de las obligaciones del Estado asumidas en el “contrato social”: proteger al ciudadano inocente de condenas injustas, no vaya en detrimento de la obligación correspondiente de protegerlo de ser víctima de hechos violentos –la que se cumpliría con mayor eficiencia si se aumentase el número de condenados por tales hechos-, de todos modos aboga también por

reverdecen las enseñanzas de los filósofos WILKINS, BOYLE (siglo XVII) y WHEWELL (siglo XIX), según las cuales “se alcanza de manera apropiada una conclusión moralmente certera si y sólo si uno tiene varias líneas independientes de prueba, ninguna de las cuales determina esa conclusión con certeza, pero cada una de ellas apunta con probabilidad en la misma dirección”; “tanto la independencia como la multiplicidad de líneas de prueba eran requeridas para poder afirmar que una creencia era moralmente certera”; “un testigo de un crimen no sería suficiente para condenar... etc.”

Es que no se trata tan sólo de un legado propio “de las religiones”, sino que la prohibición del testigo único fue también patrimonio común de la *Ilustración*, es decir, de un movimiento que en cierto modo pretendía fundar un Estado “no dependiente de la idea de Dios” o que pudiera ser aceptado también por el no creyente. Así lo muestran los pronunciamientos de Beccaria., de Montesquieu y de Filangieri.

Estos autores abogaban por la adopción de la institución del jurado, entendida al estilo anglosajón; predominaba, pues, la “*conviction intime*”, aunque en Filangieri – el más preclaro autor italiano de la Ilustración– eso se relativizaba por la idea de que, a la “certeza moral”, había que añadirle el cumplimiento de cánones sobre la prueba, como pruebas legales negativas, pues de otro modo, “una buena o mala digestión del juez puede hacer a un hombre más o menos crédulo” Como se sabe, ese no fue el criterio que prevaleció en la cultura del siglo XIX, pues se confió demasiado en que la “libre valoración de la prueba”, la “convicción subjetiva”, pudiera conducir en forma natural a una decisión justa. Pero casi doscientos años después los medios de comunicación, que por un lado engrandecen sus arcas con la proliferación de causas por abuso sexual basadas en los dichos de una sola persona, por otro lado se escandalizan por el hecho de que, para un mismo caso, un tribunal crea que el hecho ocurrió y que el acusado es culpable y otro tribunal diga que la imputación fue inventada *de principio a fin*: “Es el proceso penal,

entonces, un juego de azar?, ¿Depende sólo de cómo siente su estómago el juez?”.

6.8 LA PERCEPCIÓN

¹³Las sensaciones son imágenes de cualidades aisladas de los objetos o fenómenos del mundo que rodean al hombre, o procesos que se desarrollan al interior de su organismo.

Diríamos entonces que los estímulos externos llegan a los órganos preceptores, los cuales hacen parte del aparato periférico del sistema nervioso y aquí entonces, aparecen las imágenes de cualidades aisladas de los objetos. Y es que en el ser humano existen los llamados órganos de los sentidos: órgano visual, órgano olfativo, órgano auditivo, el órgano táctil, y en cada uno de ellos se reflejan sensaciones diversas.

Pero la percepción es ya un conjunto de sensaciones en las que interviene también el pensamiento, la memoria y también los sentimientos (algunas veces). Diríamos entonces que la percepción es una forma de conocimiento del mundo externo y desde luego, la percepción es superior a la sensación. No es una simple suma o conjunto de sensaciones, sino una imagen total del objeto. Mientras cuando hablamos de las sensaciones hacemos referencias a imágenes aisladas de los objetos, cuando hablamos de percepción nos estamos refiriendo a la imagen total del objeto. Esa imagen total del objeto para que la percepción sea tal, requiere también de la memoria.

Así por ejemplo, alguien percibe el sonido de un disparo. Ahí hay una percepción auditiva. Pero además ve el momento en que ese disparo se incrusta en el cráneo

¹³ ALONSO-QUECUTY, M.L: “Psicología Forense experimental: testigos y Testimonios”.

de una persona ocasionándole la muerte. Allí se está en presencia de una percepción visual, pero también de una percepción auditiva.

No es entonces que el sonido, que es un estímulo externo que llega al receptor, ni tampoco esa visión que se tiene del proyectil en el momento que se incrusta en el cráneo de la persona, sea percibido y luego desaparezca. Debe quedar guardada en la memoria y por eso decíamos que la percepción es un conjunto de sensaciones, pero aquí interviene el pensamiento, la memoria y en ocasiones los sentimientos.

El testigo lo que trasmite es el conocimiento de unos hechos. Pero la transmisión del conocimiento de esos hechos encuentra una fase primera en la actividad cognoscitiva. Por esa razón señalábamos que la percepción es la forma de conocimiento que tiene el hombre del mundo circundante y aun de los procesos que se desarrollan en su organismo.

La percepción en cuanto tal, es un dato sicobiográfico del individuo, es decir, una experiencia síquica de carácter dinámico. y la transmisión de esa experiencia síquica, que es una forma de conocimiento, depende factores de orden muy diverso, entre ellos: la calidad de los órganos de los testigos, el grado de cultura. El umbral, es una barrera que establece límites en lo que podemos experimentar y aquello que no podemos experimentar.

La percepción tiene una estructura muy definida. Está constituida por:

El sujeto perceptor: Aquí volvemos a hacer mención al testigo en cuanto al sujeto perceptor. En el sujeto perceptor encontramos en primer lugar los órganos sensoriales, que no son nada distinto a los órganos de los sentidos; y en segundo lugar, los conocimientos adquiridos.

.

Aquí hay una relación directa de esos órganos de los sentidos con el sujeto preceptor. Y una relación también directa que tenga el sujeto preceptor con el objeto percibido. Dentro del análisis del sujeto preceptor, tenemos los órganos de los sentidos y los conocimientos adquiridos. En el sujeto preceptor existen los órganos sensoriales, entre ellos: la visión, el oído, el tacto, el olfato, el gusto. Los conocimientos adquiridos por el sujeto preceptor van a tener una importancia, no solamente relativa, sino considerable.

La imagen del objeto estímulo: Este presenta a su vez una estructura:

- a. Puede generar atracción: Simpatía hacia el objeto estímulo
- b. Puede generar repulsión: Antipatía al objeto estímulo.
- c. Puede tratarse de un sentimiento neutro: No genera ni simpatía ni antipatía, no genera ni atracción ni repulsión.
- d. Características cuantitativas y cualitativas.

La Imagen percibida: Con respecto a este tenemos:

- a. La forma de las características percibidas
- b. La identificación, clasificación y denominación de ese objeto percibido.

Esta es toda la estructura de la percepción en la que desde luego tiene que existir de manera necesaria un componente: mnemico, es decir, el componente de la memoria, porque el sujeto debe recordar lo que ha percibido. A través de esas sensaciones se va fijando en la memoria del sujeto la imagen del objeto, lo que ha percibido, no solamente en lo que dice relación al órgano visual, también el auditivo, también el olfativo, también el táctil, también el gustativo.

Ejemplo:

El perro que vemos; la música que escuchamos; el perfume cuyo olor alcanzamos a identificar, el líquido que bebemos.

Este es un proceso que se da a través de distintas fases: el sujeto preceptor, el objeto estímulo, y la imagen del objeto que se percibe.

El conocimiento que el testigo le trasmite al funcionario judicial es una vivencia, una experiencia psicológica que se ha obtenido a través de la percepción. Pero la calidad de la percepción depende ya de otros factores muy diversos:

a. La calidad de los órganos sensoriales o sensitivos:

A mayor desarrollo y mayor madurez de los órganos sensoriales, mayor y mejor calidad de la percepción.

Ejemplo:

Una persona que tenga defectos visuales o defectos auditivos o defectos olfativos no percibe a través de esos órganos de la visión, del audio, del olfato, lo mismo que una persona que tenga un desarrollo completo de esos órganos sensoriales. Muchas veces en el ámbito del derecho penal un testigo dice que vio una persona que se encontraba a una cuadra de distancia a la cual vio accionar una arma de fuego y solicitamos nosotros un examen de ese testigo y el medico dice que no está en condiciones de apreciar a esa distancia. Ese testimonio pierde mucho valor probatorio porque no merece ya credibilidad.

Un conductor que necesita gafas para conducir el vehículo y lo hace sin utilizarlas, atropella a una persona y le ocasiona lesiones o la muerte, aquí estamos en presencia de una conducta imprudente por parte de ese conductor que debía usar gafas.

Es entonces de gran importancia la sanidad de los órganos sensoriales.

b. Los conocimientos adquiridos por la persona:

A mayor experiencia cognoscitiva, a mayor aprendizaje, mayor y mejor es la calidad de la percepción.

Nadie diría que percibe lo mismo un niño de 3 o 4 años que una persona de 25 o 26 años cuando en ambos los órganos sensoriales tienen un buen desarrollo.

El niño no tiene un grado de conocimiento que le permita describir de manera adecuada lo que ha percibido; en cambio el adulto sí. Desde luego que a quien más sabe, más se le exige. Una persona de mente analítica percibe mejor que una persona que no tiene esa mentalidad. Es importante sin duda alguna el conocimiento del sujeto preceptor.

c. El estado de movimiento de reposo del sujeto preceptor con relación al objeto percibido:

Si una persona va en bicicleta a una velocidad considerable, o que se trasporta en un vehículo a velocidad considerable no aprecia lo mismo determinado hecho que quien se encuentra parado al frente del lugar donde está ocurriendo el hecho. Es mucho mejor la percepción del sujeto preceptor que se encuentra en reposo a la del sujeto preceptor que se encuentra en movimiento.

d. La simplicidad o complejidad del objeto percibido:

Por ejemplo si a un biólogo le muestran un microscopio determinado, la percepción que ese sujeto tiene del microscopio es mucho mejor que la que tiene cualquier otra persona que no es biólogo.

e. Características cualitativas y cuantitativas del objeto percibido

f. Intensidad de la percepción:

Por ejemplo, el tiempo de duración de la percepción como cuando se percibe por un tiempo prolongado un determinado objeto estímulo, la imagen de este se grava en la conciencia del sujeto es mucho más larga, más amplia y más completa que la imagen que se grava cuando la percepción es momentánea, fugaz.

g. La distancia entre el sujeto perceptor y el objeto estímulo:

Mientras más cerca se perciba visual, auditiva, olfativamente el objeto estímulo, mayor es la calidad de esa percepción.

h. Los sentimientos o intereses del sujeto preceptor:

En el ejemplo del microscopio, el biólogo que es un apasionado por sus estudios apreciara mucho mejor ese microscopio porque hace parte de su interés, es para él una experiencia vital grata. En cambio es diferente la apreciación que haga por ejemplo un estudiante de derecho o sociología.

Tenemos que preguntarnos: ¿Qué otros factores pueden incidir en la calidad de la percepción?, porque no puede olvidarse que cuando comenzamos a hablar de la prueba testimonial decíamos que esta puede presentar falencias o bien defectos de percepción, o bien por defectos de la trasmisión del conocimiento que se ha percibido.

i. Las condiciones físicas:

No se percibe lo mismo en la oscuridad que en el día, obviamente que esto supone la sanidad de los órganos sensoriales.

La percepción está determinada por factores de orden muy diverso, mencionábamos entre otros: la sanidad de los órganos sensoriales, sensitivos, los conocimientos del sujeto preceptor respecto del objeto percibido y el fenómeno inverso, además, factores determinantes de la percepción.

Cuando hablamos por ejemplo de la raza, ese no es un factor determinante de la calidad de la percepción, ese estaría incluido en los conocimientos del sujeto preceptor, pero si hay algo que es importante para efectos de la calidad de la percepción son: los aspectos patológicos de la percepción.

Entre esos aspectos de la percepción deben mencionarse algunos trastornos que están referidos directamente con el fenómeno mismo de la percepción y son las ilusiones y las alucinaciones.

Las ilusiones son la interpretación errónea de las impresiones sensoriales, en tanto que la alucinación es una percepción imaginaria no basada en impresiones sensoriales. En otros términos, mientras la ilusión parte de una impresión objetiva, de una impresión sensorial en la que se interpreta equivocadamente el objeto percibido, o sea, el objeto estímulo; en la alucinación no se está en presencia de una verdadera percepción, pero a lo anterior debe agregarse otro aspecto que es importante y es la MEMORIA; en materia probatoria se dice que el tiempo que pasa es la verdad que huye.

Unos órganos sensoriales defectuosos no pueden dar lugar a una buena percepción, unos conocimientos bien precarios del sujeto preceptor tampoco pueden dar lugar a una muy buena percepción.

La memoria es un buen auxiliar de la inteligencia cuando es una memoria analítica, pero la memoria mecánica no sirve de nada, difícilmente para gravar números telefónicos, nombres o fechas, pero no más.

El precepto perceptivo no se agota totalmente con la desaparición de los sentidos si así fuera la percepción no tendría ningún sentido, en otros términos, si lo que percibimos en un momento dado desaparecido ese objeto estímulo termina allí el proceso perceptivo, entonces ese conocimiento no se enriquecería. Se requiere de un mecanismo al que ya habíamos hecho referencia que son las llamadas huellas mnémicas en la memoria, allí quedan grabadas las impresiones y es que hay un mecanismo biológico de la memoria conocido que es el cromosoma, biológico porque el cromosoma es mecanismo portador de la información genética, pero hay otros mecanismos portadores también de información y desde luego la memoria resume todos los mecanismos portadores de información en el ser humano.

Afirmación: El proceso perceptivo no se agota totalmente con la desaparición de los estímulos. Si así fuera, entonces el conocimiento del hombre sería ninguno.

A través de todo un proceso cerebral, a través de todo un proceso en el que desde luego que se llama huellas mnémicas, es decir, la memoria que no es nada distinto a la conciencia del pasado, pero a través de esos actos de la fijación de las impresiones que no es nada distinto a la capacidad del individuo para establecer conexiones temporales; punto de partida del proceso de la memoria; la fijación de las impresiones que no es nada distinto a la capacidad del individuo para establecer conexiones temporales; punto de partida del proceso de la memoria; la fijación de las impresiones.

Viene ya luego un proceso en el que intervienen el pensamiento y el razonamiento. En ese proceso encontramos lo que se denomina conservación de las impresiones, si el individuo percibiera sensorialmente algún objeto y desaparecido ese objeto que se llama objeto estímulo desaparece ya de manera definitiva la percepción, no habría ninguna posibilidad de desarrollo y progreso del pensamiento humano.

Alguien que vio un objeto y ese objeto desaparece de su vista también de su conciencia del todo. Si eso fuera así no habría ninguna posibilidad de desarrollo del pensamiento humano y por lo mismo ninguna posibilidad de desarrollo científico.

Pero recordemos como cuando empezamos a hablar de percepción, partimos de la sensación diciendo que son imágenes de cualidades aisladas de los objetos del mundo externo, es decir, del mundo circundante, pero son cualidades aisladas.

La percepción ya es la imagen total del objeto, si alguien viera el momento en que un sujeto le afirma a otro un título valor en presencia de él y desaparecida esa percepción, desaparece también de manera total el objeto percibido. No habría entonces ninguna posibilidad de reconstrucción probatoria desde el punto de vista de la prueba testimonial porque desaparecido ese objeto estímulo y entonces desapareció ya todo el proceso perceptivo.

6.9 VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO POR PARTE DEL JUEZ

¹⁴Si bien estas constataciones iniciales parecen muy “alentadoras” respecto de la posibilidad de hallar límites referidos directamente a nuestro problema, una vez que uno estudia más a fondo la opinión de FRISCH acerca del conflicto posible entre la libre convicción (subjetiva) y la fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia, da la impresión de que la certeza personal, la convicción subjetiva, “llevara las de ganar”.

Por un lado, en los casos de “declaración contra declaración”, parece necesario conformarse con la jurisprudencia que exige una “valoración de la prueba especialmente profunda, sobre todo respecto de la credibilidad, cuando las sentencias se basan, en lo esencial, en una única declaración testimonial” . Es

¹⁴ SANCINETTI, Op. Cit.

verdad que sobre la base de estas sabias palabras se ha revocado numerosas sentencias condenatorias; pero también lo es que “una valoración especialmente profunda” es una obligación del juez del hecho en cualquier juicio, y respecto de cualquier clase de prueba. No es que, por contraposición, en los casos en que haya varias declaraciones testimoniales, peritaciones y diversos elementos objetivos, el tribunal de juicio no necesite hacer una “valoración especialmente profunda”. Detrás de la mención a una “valoración especialmente profunda” en los casos de “declaración contra declaración” sólo se quiere dar a entender que el mero hecho de que haya “una declaración única incriminante” contra la oposición del acusado no es una razón suficiente para decir que una condena no esté fundamentada, en tanto, a la vez, se haya alcanzado la “certeza personal”. Es decir, que lo que se presenta como si fuera una jurisprudencia “garantista” es más bien una doctrina que debería infundirle temor a cualquier ciudadano inocente, a quien se le advierte desde ya que su palabra puede no valer nada.

También es cierto que, a su vez, cuando el acusado se defiende con afirmaciones de hecho propias, el tribunal de juicio, si es que no sigue los dichos del acusado, tiene que ofrecer aquellas constataciones de los hechos y hacer aquellas ponderaciones que refuten las afirmaciones del acusado; que, asimismo, se exige una fundamentación particular cuando el tribunal ha seguido a uno de los diversos dictámenes contradictorios o cuando el acusado ha invocado determinados hechos contra la credibilidad del testigo o cuando el tribunal a un mismo testigo sólo le cree en parte. Pero con esas “exigencias reforzadas” sólo se le impone al tribunal de juicio la carga de “redactar bien” por qué vía ha llegado a creer en la palabra del testimonio único hasta alcanzar la “certeza personal”. En tanto esto “luzca convincente”, la sentencia será inatacable.

Por cierto, en la vida cotidiana, toda persona mayor de cierta edad ha experimentado innumerables veces la sensación de que la palabra de tal o cual persona respecto de la proposición le resulta “completamente convincente” o, en

menor número de casos, “absolutamente inverosímil”. Pero eso no es una razón suficiente como para que los demás tengan que considerar que esa “convicción personal” tiene un fundamento crítico-racionalista, oponible a *terceros*: “No hay mejor sinónimo para ‘racional’ que el de ‘crítico’. (Una convicción, una creencia, naturalmente, nunca es racional: antes bien, lo racional es dejar suspendida la convicción)”.

Contra ello se podría objetar que, si es que uno no pretende anular en absoluto la prueba testimonial, a un juez no le quedaría otro camino que juzgar si “le cree” al testigo o no. Sin embargo, para que una condena se basase solamente en el relato de una persona, el juez debería dar razones de por qué los tales dichos no pudieran ser falsos. Como luego se verá, la psicología experimental no ha hallado hasta hoy ningún criterio para establecer con un grado de probabilidad suficientemente alto si los dichos de un declarante son veraces. En todo caso, en favor del acusado, sí se podría admitir que la creencia subjetiva del tribunal en la veracidad de su palabra o en la de los dichos de testigos de descargo pueda ser una razón suficiente para la absolución, en la medida en que eso le impida al juez alcanzar una “certeza personal” de culpabilidad.

2. Es relativamente fácil de constatar que FRISCH le da “un voto de confianza” a la “certeza personal”, como si ésta pudiera aportar *un plus* de fundamentación a una decisión que, por lo demás, tenga una base objetiva inferior a tal grado de convicción subjetiva.

A primera vista eso no es así, pues en la parte aún inicial de su comentario FRISCH señala que uno “no podría dejar que fuesen suficientes cualquier representación o convicción del tribunal respecto de la existencia del objeto descrito temáticamente en la norma”. Esa toma de posición y otras inmediatamente siguientes hacen pensar, primeramente, en que FRISCH exigiese la demostración de que haya sido cumplido un estándar objetivo probatorio a partir

del cual pudiera surgir la “certeza personal”, sin que la convicción a obtener pueda estar por encima de ese parámetro. Pero esta apariencia engaña.

FRISCH exige una determinada evaluación del juez del hecho, especialmente en caso de condena. El juez del hecho “tiene que estar convencido”. De este modo, FRISCH se pliega a la opinión dominante que exige una “certeza personal”, que no requiere una “seguridad matemática”, ni se contrapone a la existencia de dudas concebibles en abstracto, teóricas, que derivan de la insuficiencia de la capacidad del conocimiento humano. Pero la sentencia sería jurídicamente defectuosa si el juez le ha puesto a su convicción exigencias demasiado pequeñas. Se daría este caso, por ej., cuando el juez se hubiera basado “solamente” en la alta probabilidad de comisión del hecho y no hubiera ninguna constatación (adicional) de la convicción subjetiva de la culpabilidad. La expresión clave es allí “alta probabilidad”. Se podría pensar que ésta es una expresión algo vaga. Pero ¿qué ocurriría si el juez estableciera, mediante procedimientos crítico-racionalistas, que la alta probabilidad llega más allá del 90% ó 95%? ¿Haría falta, de todos modos, que a esa constatación se le añadiera la “certeza personal”? ¿Cómo podría ocurrir, si no por una vía racionalmente infundamentable, que el juez logre más convicción que el alto grado de probabilidad objetivamente constatado?

Un Estado de Derecho también tiene que velar por la eficiencia del sistema judicial penal y, en esa medida, no tiene por qué importarle cuál sea el “estado mental” del juez respecto de la prueba producida, sino el hecho de que éste constatare que la acusación ha logrado la demostración de su acierto con un grado de probabilidad muy alto. Como dice LAUDAN, para que una sentencia tenga fundamento lo que importa no es “el estado mental del juez per se, sino cómo llega a ese tal estado; uno no se hace científico aprendiendo cómo es el estado mental en que se debería estar para aceptar una teoría, sino aprendiendo cómo evaluar la evidencia y su relación con esa teoría” Lo determinante es la “robustez de la prueba” y no el estado subjetivo del que la evalúa.

Respecto de la valoración de declaraciones testimoniales en particular, FRISTER afirma que “todo lego –y con mayor razón un juez experimentado– ya tiene una opinión sobre el contenido de verdad de las declaraciones de los testigos, antes de hacer una reflexión conceptual sobre su credibilidad.

Puede ser verdad que ello sea así, pero justamente eso es lo que encierra el riesgo de una decisión arbitraria, pues el juez que se siente “experimentado” sólo acumula en su haber una cantidad de prejuicios sobre los significados del comportamiento no verbal que de ningún modo resisten un análisis científico en torno a si tales significados son realmente captables por él sin un grado de falibilidad muy alto. Especialmente la gran “cantidad de expresiones no verbales” (“expresiones del rostro y de gestos”) , que de hecho influyen en la valoración judicial de los testimonios, son componentes en gran parte ambivalentes, imposibles de superar un control experimental, y que en todo caso, si pueden aportar información, ésta es sólo captable por expertos en la materia, y tomando un conjunto suficientemente amplio de comportamientos no verbales, que precisamente fueran previamente identificados y luego analizados con métodos racionales.

FRISTER ataca también la concepción de que la valoración judicial de la prueba pudiera traducirse en una cuantificación numérica, ya en razón de que la valoración intuitiva de la prueba no lo permitiría. Pero incluso si se concediera que no fuese exigible que el juez del hecho establezca una pro-porción exacta del grado de probabilidad con que considerase comprobada la acusación, de todos modos sí tendría que haber un acuerdo en que en los casos en que objetivamente fuese comprobable una inseguridad probatoria objetiva de cierta proporción (por ej., de un 30%), esa “laguna de conocimiento objetivo” no podría ser superada con la “garrocha” de la “certeza personal” o del “conocimiento intuitivo”, sería ilusorio pensar que la intuición personal de un lego o de un juez “experimentado” llegaría a

estar en mejores condiciones que la evaluación *probabilística* de la psicología de la declaración.

Tales reflexiones deben llevar necesariamente a la conclusión de que una condena basada en un testimonio único –y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso– nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una “certeza personal”, que no sea por vía de un “pálpito” o “corazonada”. Carecería de sentido la exigencia de un tribunal imparcial, si éste pudiera basar su sentencia condenatoria, exclusivamente, en los dichos de un testigo absolutamente parcial.

6.9.1 La Duda Razonable

Magistrado ponente:	ALBERTO POVEDA PERDOMO
Radicación	: 11001 6000 015 2006 95451 01
Procedencia	: JUZGADO 19 PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO
Procesado	: WILLIAM ALONSO GALINDO
Delito	: ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS

En el proceso penal colombiano se consagran diferentes estándares de prueba, entre ellos, inferencia razonable (para la formulación de imputación), probabilidad de verdad (para la formulación de la acusación) y el conocimiento más allá de toda duda (para la sentencia condenatoria), los cuales permiten identificar la aplicación de conceptos como el de probabilidad en el actual sistema. Al leer el estándar que se exige para dictar sentencia condenatoria desde el garantismo procesal, se encuentra una relación estrecha entre la presunción de inocencia y el umbral a partir del cual el juez puede aceptar una afirmación de hecho o una hipótesis como verdadera dentro del proceso penal, de allí que se proponga el estudio de la presunción de inocencia no solo desde la perspectiva de principio y regla de tratamiento, sino también como regla probatoria y regla de juicio, esto es, cuando no se alcanza el grado de conocimiento exigido al juez para dictar sentencia

condenatoria y subsiste la duda debe darse aplicación a la presunción de inocencia como regla de juicio *-in dubio pro reo-*.

La presunción de inocencia implica un problema de insuficiencia de pruebas, en tanto el *in dubio pro reo*, encierra un problema subjetivo de duda. Esta última figura surge del resultado de la valoración de las pruebas en su conjunto, donde el estado de dubitación del juzgador hace patente la utilización de dicha máxima. El *in dubio pro reo*, en la actividad probatoria, tiene una dimensión más reducida que la presunción de inocencia, a pesar de su importancia determinante en dicho ámbito, sólo entra en consideración cuando la duda reposa entre las pruebas de cargo y de descargo que proyectan la misma convicción, pues induce al juzgador a resolver el fallo en sentido positivo para el acusado.

Al apreciarse un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente, no existe solución más razonable que absolver al imputado. Por ello, se complementan al menguar el ejercicio del poder punitivo en el momento procesal en que el juzgador emite la resolución que pone fin al juicio, con un toque de humanidad y justicia respecto a quien se encuentra sujeto a un proceso penal.

6.9.2 La Prueba Testimonial

“Abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos,... Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, La garantía es de derecho natural. Naturalmente, para hacerla efectiva, en el caso de disposición testimonial..., la ley ha de exigir la comprobación del parentesco.”

Sentencia C-1287 de 2001.

Como lo dijimos anteriormente la prueba testimonial es el relato que un tercero hace ante el juez sobre hechos causados directa o indirectamente con el delito que se investiga, el testimonio es un importante fuente de información para el ente investigador pues es a través de este es que da cuenta de los hechos relevantes, Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

El artículo 221 del C.P.P nos habla del respaldo probatorio para los motivos fundados pero estos están sujetos al conocimiento se logra o se pretende alcanzar a través de prueba testimonial, el fiscal debe tener presentes los criterios de valoración que consagra la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para establecer cuando un testigo resulta confiable. En primer lugar, para convencerse a sí mismo de que el testigo realmente puede brindar información relevante y confiable sobre los hechos y luego para demostrarle al juez la verosimilitud del testigo durante su actuación en la audiencia pública. El fiscal no puede posponer el análisis para la etapa del juicio, fundamentalmente por las siguientes razones: (I) porque si no evalúa correctamente la credibilidad del testigo, no podrá establecer si en verdad existen motivos suficientes para formular imputación y para acusar; (II) porque si él mismo no tiene claridad sobre las razones por las que el testigo resulta confiable, no podrá transmitirselas al juez; (III) porque si no se conocen las debilidades (supuestas o reales) del testigo no es posible dar explicaciones claras y oportunas para demostrar las razones por las

que, a pesar de sus falencias, el testigo resulta creíble y (IV) porque resultará muy difícil, sino imposible, responder adecuadamente a los ataques que la contraparte haga al testigo¹⁵.

¹⁶**6.10 LA SANA CRÍTICA Y LA APRECIACIÓN TÉCNICO CIENTÍFICA**

La sana crítica es el arte de juzgar, atendiendo a la verdad de los hechos, sin vicios ni errores, mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y Artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso.

La sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

La sana crítica como sistema de valoración de la prueba en el proceso penal, requiere que para juzgar se debe atender a la bondad y a la verdad de los hechos; luego entonces, el sazonamiento que atiende a estos valores debe realizarse sin vicios ni error; porque la concurrencia del vicio o del error es la negación no sólo de todo valor ético sino de la misma verdad histórica como finalidad específica del proceso penal.

La seguridad que el juzgador puede tener de la verdad de sus conocimientos no garantiza la posesión objetiva de la verdad, lo que plantea una distinción entre la verdad subjetiva y la verdad objetiva, y es que ha sido comprobado que a la razón se le puede engañar de muchas maneras. Es por ello que el hombre o la mujer que juzga a otros debe hacerse conciencia de que está empleando, de manera correcta, su inteligencia en la valoración o apreciación de los hechos y los

¹⁵ BEDOYA SIERRA Luis F. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Primera edición: Diciembre de 2008, Nivel Central-Bogotá, D.C .Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre).

¹⁶ MARIN MORALES Gustavo. ¿Sana Crítica o apreciación Técnico Científica? Análisis de la Disyuntiva en el Sistema Penal Acusatorio. GONZÁLEZ BARRIOS, Boris. Teoría de la Sana Crítica.

elementos de pruebas puestos a su conocimiento para dictar una decisión, de suerte que evite las fallas o errores en su proceso cognoscitivo, eligiendo, correctamente, los principios sobre los cuales debe discurrir su razonamiento. “es por esto que el deseo de buscar el porqué de nuestras afirmaciones y muchas veces su puesta en duda es a la razón un buen medio para emprender el buen camino que nos conduce a la objetividad de nuestros conocimientos” .

La sana crítica en la ley 906 de 2004. Se comparte el criterio de algunos doctrinantes nacionales, cuando basados en el artículo 380 de la ley 906 de 2004 señalan que dicho sistema de apreciación de la prueba se conserva, más cuando allí se indica que se realizara en conjunto, de donde resulta, que los criterios para hacerlo, encarnan los de la sana crítica, los jueces valoraran libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicara el principio “indubio pro reo”. Igualmente se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 25 de la ley 906 de 2004 sobre integración y según el cual:” en materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del código de procedimiento civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal” Al efecto el artículo 187 del código de procedimiento Civil señala en cuanto a la apreciación de las pruebas, que estas “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o la validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba”¹⁷.

Por otro lado tenemos la apreciación técnico científica de la prueba que se estima como un aforismo cierto, que el sistema de valoración técnico científico de la prueba penal ha proporcionado una mayor precisión y un fecundo acercamiento a

¹⁷ ZARANO OVIEDO, Luis Arnoldo. La sana crítica como sistema de valoración probatoria en materia penal, editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 36 y 37.

la verdad. Por consiguiente, en este sistema se da, apenas, el más mínimo margen de error. Su correcta y ponderada utilización comprende el manejo y examen de la prueba en todos los aspectos concernientes a su origen y evolución total, existen elementos estructurales en el proceso de apreciación probatoria, inicialmente como punto de partida, se deben analizar y apreciar las distintas fases en las que se comprende el proceso de una prueba. Dichas fases hacen referencia a los siguientes fenómenos:

- A. El descubrimiento de la fuente de información.
- B. El descubrimiento del acceso a esa fuente.
- C. La observación de la información en la fuente.
- D. La identificación clasificación, denominación, recolección y traslado de la información al laboratorio o al respectivo despacho.
- E. El aseguramiento de los elementos materiales probatorios o de la evidencia física, es decir la conservación de la cadena de custodia, tanto en el tránsito de la fuente al laboratorio o al respectivo despacho, como en el interior de esos lugares.

En consecuencia, el proceso probatorio debe cumplir las formalidades legales sobre los exámenes médicos y psiquiátricos a testigos y procesados entre otros, que tengan en cuenta las técnicas y principios científicos utilizados en el laboratorio para los análisis respectivos, amén de los requisitos estructurales del dictamen pericial. Pero, además, el proceso probatorio debe cumplir con las exigencias de la técnica y de la ciencia, puesto puesto que si ello se altera pierde eficacia el medio demostrativo.

En la apreciación técnico científica de la prueba no tiene cabida los estereotipos probatorios ni los prejuicios, que se generalizaron cada vez más al influjo de las reglas de la sana crítica y como desarrollo perjudicial de estas. Por ello, no tienen aceptación expresiones como las siguientes:

- “El acusado confeso que imputa un cargo a su coacusado merece fe por estar dando muestras de sincero arrepentimiento.”
- “El acusado que en el interrogatorio se sonroja o palidece o balbucea o tiembla, indica alguna circunstancia en su contra”.
- “El acusado que miente en parte miente en todo”.

Como ya lo advertí la sana crítica es un mecanismo “peligrosista” en la medida en que a falta de elementos materiales probatorios que vinculen a un individuo con la escena del crimen, esta puede valorar los hechos materia de investigación acudiendo a la experiencia del operador jurídico, en este caso el juez.

Pero como se limita a la sana crítica en casos en donde única y exclusivamente la prueba reside en el testimonio de la víctima?, será que se da veracidad total a lo dicho por esta sin importar la violación a los derechos del acusado por atroz que sea su imputación?, será que vale la pena poner por encima los derechos de la víctima por el hecho de ser mujer o niña ultrajada y violada, sin importar los del acusado?.

¹⁸El artículo 217 del C. de P.C. dice: "Son sospechosas para declarar las Personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o lteres con relación a las panes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

Los llamados impedimentos para testimoniar dan lugar a los testigos sospechosos, porque en realidad no se impide que se les reciba el testimonio, pero la razón y la crítica de éste aconsejan que se les aprecie con mayor severidad",.

Los motivos de sospecha, genéricamente, pueden basarse en el interés

¹⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio, Décima Quinta Edición.

presunto que el testigo tenga en el proceso por razón del parentesco, la enemistad grave, la amistad íntima o la dependencia económica del testigo respecto de una de las partes; en el carácter de apoderado o defensor de éstas; en los antecedentes de deshonestidad, de simulaciones, en la habitualidad en declarar, a esto súmese que sea ese testimonio único.

Nuestra legislación penal describe la existencia de los motivos para dudar sobre la veracidad de los dichos de una persona; pero no prohíbe que se le reciba el testimonio, sólo que se juzgará con mayor severidad, pero puede resistir este riguroso enjuiciamiento y merecer plena credibilidad. Se puede decir, por ejemplo, que el pariente de una de las partes es testigo sospechoso y que su declaración la debemos juzgar con mayor rigor para merecer credibilidad; al respecto ha dicho la Corte: "No puede considerarse a priori que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados por otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil".

Es importante tener en cuenta que el juez, de conformidad con lo establecido en el numeral V del artículo 228 del C. de P.C., debe indagar al testigo sobre si existe algún motivo de sospecha en relación con él.

Si existe un motivo de sospecha, respecto del testigo, se pone en duda que esté diciendo la verdad, "pero no por ello cabe su rechazo, sino que se impone de todos modos escrutar si ciertamente los motivos que afectan su credibilidad los han impelido a romper la imparcialidad".

7. HIPÓTESIS

Desde una perspectiva histórica y crítica, el texto analiza la reciente reforma al sistema penal colombiano promulgada en la Ley 906 de 2004, reforma que ha sido presentada ante la opinión pública como una profunda transformación del sistema penal colombiano, que garantizará en un futuro cercano altos grados de eficiencia, bajos niveles de impunidad y la disminución de la criminalidad y en ese sentido ¿sería la sana crítica un método garante en la valoración de un testimonio único como prueba concluyente en un proceso penal, cuando en este no existan elementos materiales probatorios desde el punto de vista técnico científico existente en nuestro sistema penal acusatorio ley 906 de 2004? La sana crítica puede ser peligrosa, ya que el implicado o acusado queda sujeto a la “credibilidad” de la víctima. Podría uno pensar que retrocederíamos a los postulados de ¹⁹Cesare Lombroso, donde el criminal se determinaba por sus rasgos morfo cromáticos, por esa razón en materia penal se debe apreciar con mayor rigor el testimonio mas no prescindir de él, porque de pronto se privaría al proceso de un importante medio de prueba. Esto sin olvidar la apreciación técnico científica que define nuestra legislación a través de la ley 906 de 2004, sistema penal acusatorio para la valoración de esa clase de pruebas testimoniales y esta valoración se surte a través de Ej. Peritos psicólogos. Precisamente para evitar condenas injustificadas por medio o a través de testigos únicos.

7.1 VARIABLES

A las preguntas realizadas en el Departamento del Choco, Municipio de Riosucio, a los empleados de la Rama Judicial, explícitamente a los jueces promiscuos Municipales y del Circuito.

¹⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso.

Juez 01 promiscuo municipal de Riosucio Choco.

	si	no
SABE USTED QUE ES LA DUDA RAZONABLE.	x	
SABE USTED QUE ES LA PRUEBA TESTIMONIAL.	x	
SABE USTED QUE ES LA SANA CRITICA.	x	
CONSIDERA USTED EL TESTIMONIO ÚNICO COMO IMPERATIVO PARA CONDENAR.	x	
GOZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVOS, COMO LOS NOTICIEROS PARA USTED, DE TOTAL CREDIBILIDAD.	x	
ES IMPORTANTE LA PRESENTACIÓN PERSONAL.	x	

Juez 02 Promiscuo Municipal de Riosucio Choco.

	si	no
SABE USTED QUE ES LA DUDA RAZONABLE.	x	
SABE USTED QUE ES LA PRUEBA TESTIMONIAL.	x	
SABE USTED QUE ES LA SANA CRITICA.		x
CONSIDERA USTED EL TESTIMONIO ÚNICO COMO IMPERATIVO PARA CONDENAR.	x	
GOZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVOS, COMO LOS NOTICIEROS PARA USTED, DE TOTAL CREDIBILIDAD.		x
ES IMPORTANTE LA PRESENTACIÓN PERSONAL.	x	

Juez 01 Promiscuo Municipal de Belén de Bajirá Choco.

	si	no
SABE USTED QUE ES LA DUDA RAZONABLE.	x	
SABE USTED QUE ES LA PRUEBA TESTIMONIAL.	x	
SABE USTED QUE ES LA SANA CRITICA.	x	
CONSIDERA USTED EL TESTIMONIO ÚNICO COMO IMPERATIVO PARA CONDENAR.	x	
GOZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVOS, COMO LOS NOTICIEROS PARA USTED, DE TOTAL CREDIBILIDAD.		x
ES IMPORTANTE LA PRESENTACIÓN PERSONAL.	x	

Juez promiscuo de Circuito Riosucio Choco.

	si	no
SABE USTED QUE ES LA DUDA RAZONABLE.	x	
SABE USTED QUE ES LA PRUEBA TESTIMONIAL.	x	
SABE USTED QUE ES LA SANA CRITICA.	x	
CONSIDERA USTED EL TESTIMONIO ÚNICO COMO IMPERATIVO PARA CONDENAR.	x	
GOZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVOS, COMO LOS NOTICIEROS PARA USTED, DE TOTAL CREDIBILIDAD.	x	
ES IMPORTANTE LA PRESENTACIÓN PERSONAL.		x

Juez promiscuo de Circuito Familia Riosucio Choco.

	si	no
SABE USTED QUE ES LA DUDA RAZONABLE.	x	
SABE USTED QUE ES LA PRUEBA TESTIMONIAL.	x	
SABE USTED QUE ES LA SANA CRITICA.	x	
CONSIDERA USTED EL TESTIMONIO ÚNICO COMO IMPERATIVO PARA CONDENAR.	x	
GOZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVOS, COMO LOS NOTICIEROS PARA USTED, DE TOTAL CREDIBILIDAD.	x	
ES IMPORTANTE LA PRESENTACIÓN PERSONAL.	x	

8. DESCRIPCIÓN DEL ASPECTO METODOLÓGICO

8.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación es de carácter exploratorio y documental ya que se encuentra direccionada en una realidad jurídica escasamente estudiada y pretende servir como punto de partida para estudios posteriores con mayor profundidad.

8.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Análisis diferencial, entrevistas, observación.

8.3 FUENTES PRIMARIAS

Libros, revistas, leyes, decretos, sentencias, internet.

8.4 FUENTES SECUNDARIAS

Empleados de juzgados, empleados de la Rama Judicial, público en general.

9. ASPECTO ADMINISTRATIVO

9.1 RECURSOS:

9.1.1 Recurso humano

Estudiante: Juan Carlos Mosquera Agualimpia.

Profesor: Carlos Alberto Mojica Araque

9.1.2 Recursos Físicos

Juzgados

9.1.3 Recursos Espaciales

9.1.4 Recursos Institucionales

Fundación Universitaria Católica del Norte.

9.1.5 Recursos Materiales.

Fotocopias (100 +/-)

Tóner de tinta (1)

Lapiceros (5)

Resmas de papel (2).

10. MARCO LEGAL

Constitución Política de Colombia.

Código de procedimiento Penal ley 906 de 2004.

Código Penal Ley 599 de 2000.

Código de procedimiento Civil.

10.1 FUENTES AUXILIARES

Sentencias, personas.

CONCLUSIONES

- La reforma de la justicia Penal, requieren que se den las condiciones necesarias para la sustitución de las viejas prácticas inquisitivas, por las nuevas prácticas acusatorias siendo una de esas condiciones la existencia de una legislación interna favorable al sistema acusatorio, tanto a nivel legal como Constitucional.
- Desde el surgimiento del ámbito del derecho probatorio el indicio ha sido una prueba de muy fácil consideración, en principio tuvo un sentido mágico y un sentido religioso “ordalías” , hoy día es menester de todo funcionario judicial estar a la par con la actualidad jurídica y los cambios en la sociedad de modo que todas sus actuaciones, incluso las sentencias; que en el nuevo sistema penal acusatorio, deben contribuir al debate sobre las cuales deben basarse sobre la apreciación técnico científica.
- El Estado tiene la función de castigar, pero en el desempeño de esta tarea se deben utilizar todos los materiales posibles para evitar castigar al inocente. La libertad y la dignidad humana son la base del Estado Social de Derecho, por ende el proceso penal debe ir más allá de ser un elemento eficiente de control y de apaciguamiento social y alcanzar su objetivo de impartir justicia.
- Para el juez, la interpretación de la verdad en el proceso es una tarea difícil, pues se presentan varias limitaciones como su propia subjetividad, la imposibilidad de reflexionar con otros sujetos y de esta manera corregir sus insuficiencias, además de la relatividad de la verdad procesal. Si se observa de un modo racional es un avance, más que un problema, ya que este modo de ver las cosas permite que el proceso se colme de instrumentos y garantías que le permita acercarse más a la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-QUECUTY, M.L: “Psicología Forense experimental: testigos y Testimonios”.

BARRIOS GONZALES, Boris, Teoría de la Sana Crítica.

CHIESA APONTE Ernesto L. Los derechos de los acusados y la factura más ancha. Discurso pronunciado en el acto de incorporación como Académico de Número de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación el 9 de febrero de 1995. Vol. V. Rev. Acad. Puer. Juris. y Leg. 61 (1998).

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, ley 906 de 2004.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL Auto Rad. 30.727 de 17-03-09

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, edición 2009, palma Q editores.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales – Tomo II. Bogotá: ABC, 1998.

El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia

ERRICO MALATESTA, socialismo y anarquía.

F DALL'ANESE - Revista de Ciencias Penales, 1992 – ministerio publico .poder-judicial. O, disponible en internet: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/Comunicados/Casacion/FALTA%20DE%20FUNDAMENTACION%20>

DE%20LA%20SENTENCIA%20Y%20VIOLACION%20DE%20REGLAS%20DE%20LA%20SANA%20CRITICA.pdf.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. España: Universidad de Castilla La Mancha, 2005.

GMG García - Jueces para la democracia, 1997 - dialnet.unirioja.es

GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel, la oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, Revista de Ciencias Penal, ABC EDICIONES SA, 1996, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>, GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines principios y garantías del proceso penal, Pág. 648.

IBABE EROSTARBE, I: "Confianza y exactitud en el testimonio y la identificación de los testigos presenciales". Tesis doctoral. UPV-EHU. Donostia-San Sebastián. 1998.

MORALES MARÍN Gustavo. Sana Critica o Apreciación Técnico Científica? Análisis de la Disyuntiva En El Sistema Penal Acusatorio.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Tratado de la prueba judicial. El testimonio. Tomo I." Santafé de Bogotá, D.C. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 4ta edición, 1994, páginas 3, 4 y 5.

PIETRO ELLERO, tratado de la prueba en materia penal.

QUIJANO PARRA Jairo, Manual de derecho probatorio, decima quinta edición, editorial ABC, 2006.