

CARÁCTER ESPECÍFICO. PRUEBA TESTIMONIAL

La oralidad, su naturaleza y sus limitaciones:

El carácter fundamental del testimonio, lo que lo identifica como una de las formas especiales de atestación de persona, diferenciándolo de la otra forma particular que se llama documento, el carácter fundamental, repetimos, del testimonio, reside en la oralidad, que por lo regular es efectiva, o que también puede ser, por excepción, potencial. Dicha forma es esencial, y sin ella la atestación de persona no constituye testimonio.

Pero la oralidad del testimonio de persona, como principio probatorio, no significa que sea necesario proscribir de la audiencia pública todo escrito, sino, más bien, que toda atestación personal que se presente en forma escrita debe reproducirse oralmente, siempre que esa reproducción sea posible.

La atestación hecha en forma escrita, y que por razones lógicas, materiales o legales no es reproducible, es documento; y la atestación hecha en forma escrita y que puede reproducirse oralmente, es testimonio, y, por regla general, debe ser reproducida en forma oral efectiva, en virtud del referido principio de la oralidad.

Mas para penetrar al fondo de las verdaderas razones constitutivas del principio de la oralidad, es bueno examinar y establecer en que puede consistir la atestación escrita que es susceptible de reproducción oral, la cual, por otra parte, puede ser de dos especies, que es oportuno considerar de modo especial.

Ante todo, el escrito susceptible de reproducción oral puede consistir en la labor de escritura de un tercero, que puede ser el funcionario público que, habiendo escuchado la declaración oral del testigo, la puso por escrito; en ese escrito del cual se pide la reproducción en palabras articuladas, por parte del testigo de origen, ante el juez que debe decidir la causa. Ahora bien, con relación a esta especie de escritos, fácilmente se advierte que el principio de la oralidad tiene su fundamento en un principio más amplio, es decir, en el del examen directo de las pruebas, al cual es preciso confiarse, siempre que ello sea posible, para evitar el influjo extraño del espíritu de quien redactó el testimonio sobre la mente del juez que debe pronunciar la sentencia. En virtud del examen directo y oral del testigo, el juez, que tiene a la vista los varios elementos de juicio, puede darse cuenta dónde flaquea el testimonio, por ser incompleto, (*incompletezza*) o por ser inexacto, y enmendar esos defectos mediante oportunas preguntas. Por el contrario, cuando debe juzgar con base en testimonios que han sido redactados por otros, aunque estos sean funcionarios públicos, habrá siempre la posibilidad de un acta no del todo fiel, ya por haber sido omitida alguna

parte de la declaración oral, ya por haberla entendido mal. Todo lo actuado en los tribunales hoy en día se encuentra guardado y a las partes se les hace entrega de un disco en el cual es posible reproducir lo sucedido en la audiencia realizada.

Además, si el juez de la audiencia confía en la redacción escrita de los testimonios, se priva de esa gran luz que surge de la actitud personal del testigo, y que ejerce tanto influjo sobre la credibilidad de sus afirmaciones. Hay notas de veracidad o de mentira en la fisonomía, en el timbre de voz, en la serenidad o en la inquietud del declarante, todo lo cual constituye un conjunto precioso de prueba indirectas, que se pierde cuando se juzga con base en lo escrito. Y si solo se escucha lo grabado por el juez que ha controlado la investigación, de igual forma, se pierde la apreciación personal de aquél, ante el juez sentenciador.

Por último, la oralidad del testimonio en la audiencia pública, realizada por el juez o tribunal sentenciador, garantiza la autenticidad de aquel, al descartar la sospecha de que pueda derivarse de sugerencias violentas, fraudulentas o culposas, y sirve para que se forme correctamente el convencimiento social que, cuando se conforma al convencimiento del juez que decide, constituye su fuerza, su prestigio y su eficacia moralizadora.

Ha sido atinada la decisión de la Corte Suprema de Justicia el crear los tribunales pluripersonales, en los cuales se juzgan casos en los cuales la pena máxima asignada al delito imputado al sindicado, no supera los cinco años de prisión. Con ello, el juez asignado a la causa, escucha la primera declaración del imputado, resuelve su situación jurídica en dicha audiencia y de igual forma, señala el plazo que se ha de emplear por el fiscal para la investigación, señalando, día en que se deberá presentar el acto conclusivo y el día y hora en que se discutirá el mismo ante todos los sujetos procesales y el imputado. Ese día señala la audiencia para la recepción de la prueba, o pueda ser que ese mismo día ordene sea recibida para determinar si es procedente calificarla. Ese juez que controla es quien realiza la audiencia de juicio y dicta sentencia.

El problema suscita cuando es diferente el juez que controla con aquél que realiza la audiencia de juicio y dicta sentencia.

Para concluir, el principio de la oralidad del testimonio, en cuanto conduce a descartar los escritos redactados por terceros, es en general una consecuencia del principio más amplio del examen directo de las pruebas, o sea del principio probatorio de la originalidad, que en otra parte se expuso.

Pero existe otra clase de escritos, que según el principio de la oralidad también debe ser reproducido oralmente, siempre que sea posible, y es la categoría de escritos que son obra de los declarantes mismos. En la hipótesis del testigo que ha escrito su propia declaración, el principio de la oralidad rechaza del campo de las pruebas esta especie

de declaración escrita, y ordena que el testigo se presente a declarar en forma oral en la audiencia pública. Y la razón de esto reside en que en ese caso no se trata de evitar la no originalidad, sino que el escrito se supone elaborado por el mismo declarante, y el contenido de esa declaración permanece siempre el mismo, sea original o no original, por propio conocimiento o de oídas, y tanto cuando es relatado por escrito como cuando lo es en forma oral.

¿Cuál es, pues, el motivo que aconseja la reproducción oral aun en estos casos? Ese motivo radica en la inferioridad que, como prueba, presenta siempre el escrito en comparación con la palabra, pues no hay que olvidar que aun en la hipótesis en que el escrito debe ser considerado como forma original, esa originalidad es siempre menos perfecta que la de la declaración oral. En la atestación oral existe la presencia del sujeto moral y del sujeto físico de la declaración, al pasado que en la escrita no existe más que la presencia del sujeto moral. Mientras en la primera se percibe la relación de lo declarado no solo a través de la mente del declarante sino también mediante su persona física, y aún más, la génesis material de la declaración, en la segunda, por el contrario, no se percibe sino la unión ideológica entre declaración y testigo. Por el momento nos basta haber hecho referencia a esta cuestión, ya que las respectivas diferencias se podrán apreciar en el desarrollo del tema relacionado a la división subjetiva de las pruebas.

Lo cierto del caso es que, no puede equipararse la lectura en audiencia de juicio oral, de un testimonio que es presentado por escrito, con que el propio individuo se presente a la audiencia de juicio a prestar la declaración. Hay que recordar que la persona cuando declara en juicio, lo hace con todo, es decir, con todas las expresiones corporales y con toda aquella manifestación de emociones y sentimientos, que son de igual forma valorados por el juzgador. Si la declaración es presentada por escrito, el juzgador se encuentra en la absoluta libertad de apreciarlo o no, o bien, exigir la presencia de aquél de quien dicen que declara en el proceso.

Por consiguiente, el escrito, aunque es la forma original de la prueba personal, es siempre una forma menos perfecta que la oral.

Muchos de los inconvenientes que hemos apuntado respecto a los escritos no originales, vuelven a presentarse a los escritos no originales, vuelven a presentarse a propósito de los escritos originales, exceptuando siempre, como es natural, los inconvenientes que en la primera clase de escritos se derivan de la interpuesta persona del tercero que escribe. Tanto en relación con la segunda clase de escritos, que suponemos elaborados por el mismo declarante, como respecto a la primera que consiste en escritos realizados por un tercero, en cuanto a una y otra, decimos, si el juez descubre en ellas defectos por no ser exactos ni completos los testimonios, no puede enmendarlos mediante oportunas interrogaciones. Recuérdese que el testigo o el sujeto a quien se le señala de la comisión de un acto delictivo puede ser interrogado

por las partes y de igual forma puede ser sujeto a un contra interrogatorio, con el fin de acercarse a la veracidad de los hechos sucedidos históricamente y que motivan la causa. En cuanto a esta segunda clase de testimonios, lo mismo que con respecto a la primera, el juez que sentencia, al confiar en el testimonio escrito, se ve desprovisto de todo ese conjunto de pruebas indirectas que surge de la conducta del testigo y que sirve para acreditar o para desacreditar su credibilidad.

Por último, el testigo que en vez de declarar oralmente en la audiencia de juicio público, hace su declaración por escrito, dispone de todo el tiempo y de toda la calma suficiente para reflexionar y para darle coherencia a su mentira, en caso que quiera mentir, sin que exista el peligro de ser perturbado y descubierto por una pregunta imprevista.

El Ente Investigador no puede prescindir totalmente de la declaración del testigo ante juez contralor, que garantice la fiabilidad del testimonio, prestada en calidad de prueba anticipada. Siempre en presencia de una defensa del imputado, quien podrá realizar el contra interrogatorio. La razón es que la autoridad del Estado no ha desarrollado la competencia suficiente para garantizarle la vida al testigo eficaz de la causa. Se ha visto en algunos casos que después de que el testigo presta su declaración ante el juez de la audiencia de juicio, quien sentenciará, que días siguientes al acto de declarar, es eliminado físicamente, por sujetos que simpatizan con el imputado. Y ante la imposibilidad de la autoridad de garantizarle su existencia, se ve el Estado en la necesidad de anticiparse a la audiencia de juicio, y guardar su testimonio como una prueba anticipada, que se presentará en la audiencia, meses después de concluir la investigación.

Por lo tanto, no hay duda de que el escrito, inclusive siendo original, es siempre inferior a la prueba oral, y en consecuencia, en virtud del otro principio probatorio del que ya se habló, es decir, en fuerza del principio de la mejor prueba, siempre se debe buscar, en cuanto sea posible, la reproducción en forma oral, o sea en la forma más perfecta, de la prueba que se presenta por escrito, que es forma menos perfecta de prueba.

Todo el fundamento racional del principio de la oralidad se encuentra en los dos principios probatorios concordantes de la originalidad y de la mejor prueba, principios de los cuales el primero incluye el segundo, y en él está comprendido, de la misma manera que toda conclusión está comprendida en la premisa. Estudiada así la base del principio de la oralidad, es oportuno pasar ahora a estudiar su extensión.

Ya se ha aludido al contenido del principio de la oralidad, que implica que todo escrito que pueda ser reproducido oralmente, debe serlo, pues en general colabora más al triunfo de la verdad el fundamentar el convencimiento sobre la oralidad, que basarlo en lo escrito. Por consiguiente, si la lógica judicial, al admitir este principio, se inspira

en el interés de hacer que el convencimiento judicial surja más bien de la prueba oral que de la prueba escrita, de ello se colige que en la audiencia pública debe prohibirse la lectura de todo escrito cuya reproducción oral se pueda y se quiera obtener. En efecto, si en la audiencia pública se permitiera la lectura de la declaración escrita, y si al mismo tiempo se hiciera reproducir oralmente, como impera el criterio del libre convencimiento, este podría, debido a impresiones particulares, inspirarse en la declaración escrita, y no en la oral, frustrando por completo, de este modo, la eficacia práctica de la oralidad. Por lo tanto, la lectura del testimonio escrito no puede ser admitida, por regla general, sin contradecir la lógica judicial. En nuestro sistema no se trata la prueba, en su valoración con la libre convicción. Se necesita una sana crítica razonada. No se trata de aceptar lo que yo considero que es oportuno y que es lo más correcto. Se trata de aceptar y valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica razonada. Es decir, no puede separarse de la experiencia, la psicología y la lógica, ya que dentro de ésta última, se deberá de identificar la identidad, el no contradictorio, el tercero excluido y la razón suficiente.

Pero la no admisión de la lectura del testimonio escrito se refiere únicamente a la posibilidad de que ella pueda perjudicar el triunfo de la verdad judicial; este es, pues, el límite de la norma prohibitiva. Por esto, cuando el contenido de la declaración implica la necesidad de notas o de memorias, debe haber posibilidad de hacer uso de ellas, y debe darse a quien preside la audiencia la facultad de autorizar su empleo, para evitar que se acuda a ellas por simple artificio o por comodidad, y no por necesidad que verdaderamente surja de la naturaleza de la declaración. Y esta necesidad se hace sentir especialmente en relación con algunos delitos, como los de peculado, concusión, quiebra o falsedad, respecto a los cuales es preciso a veces referir detalles confusos y minuciosos sobre cifras, detalles que no son susceptibles siempre de retenerse de memoria.

Del mismo modo, si la declaración oral ya fue rendida, y luego se observa la necesidad de hacer notar, en beneficio de la verdad, las variaciones y los cambios que aquella presenta con respecto a la declaración escrita, sería ilógico prohibir, sin más ni más, su lectura. Por otra parte, es muy claro que para que las partes no eludan arbitrariamente el principio de la oralidad, quien debe autorizar esa lectura debe ser la persona que dirige el debate, después que haya sido tomada la declaración oral cuyas modificaciones se quiere hacer notar en beneficio de la verdad. Si se prohibiera el uso de notas en los casos en que estas son en realidad necesarias para la exactitud de la declaración, y si se impidiera la lectura de la declaración escrita después de la oral cuando existe la necesidad lógica de comparar la una con la otra, para que se noten las variaciones sobrevinientes, ello equivaldría a desnaturalizar de modo extraño la regla de la oralidad, y a renunciar a la verdad sustancial, prefiriendo la verdad formal o convencional; no sería sino cambiar el principio de la oralidad por un fetiche judicial,

remplazándolo por un dios ciego y sordo, en cuyas aras serían inmolados los grandes y respetables intereses de la verdad y de la justicia.

Así tenemos, pues, mejor determinando el contenido del principio de la oralidad, que implica no solo que deben reproducirse oralmente todas las declaraciones escritas, respecto a las cuales sea posible esto, sino también que debe impedirse la lectura de toda declaración escrita, entendiendo esa prohibición con algunas atenuaciones aconsejadas por la razón, y que, por consideraciones de lógica legislativa, es bueno que sean determinadas previamente por la ley en cuanto a su especie, y autorizadas en cuanto al caso concreto por quien dirige el debate, para que los sofismas interesados de las partes no amenacen continuamente destruir la oralidad.

Pero, además de las atemperaciones antes indicadas al principio de la oralidad, es decir, las notas y las lecturas de comparación, atemperaciones que no constituyen en absoluta una verdadera limitación de la oralidad, sino un complemento racional de ella, por cuanto colocan la declaración oral en condiciones de prestar mejores servicios a los intereses de la verdad y de la justicia, fuera de esas atenuaciones repetimos, hay verdaderas limitaciones al principio de la oralidad.

El arte judicial, teniendo en cuenta la naturaleza especial de algunas declaraciones escritas, naturaleza que hace inofensiva su lectura, e inspirándose en el interés de la economía del juicio, que hace que esa lectura aparezca útil y aconsejable, señala algunas declaraciones escritas cuya lectura autoriza, sea que luego se recurra o no a la reproducción oral, en conformidad con los casos y necesidades.

No quedaría completo este esbozo nuestro sobre la oralidad si no nos refiriésemos también a las limitaciones que el arte judicial aconseja. Lo anterior nos servirá para estudiar rápidamente la naturaleza de esas limitaciones y aun para rechazar cierto criterio sobre la admisión de determinadas lecturas que, aunque aceptado en la doctrina, nos parece que es falso, y que debe ser sustituido por otro, que nos parece el verdadero. Comenzaremos por referirnos en forma general a estos criterios.

Después de haber determinado el derecho procesal cuáles son las declaraciones escritas que pueden leerse, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de establecer cuándo pueden aquellas ser leídas, y de este modo ha surgido el mencionado criterio, del que hemos dicho que no lo consideramos exacto.

Se ha dicho que las declaraciones cuya lectura es permitida, solo deberán ser leídas cuando exponen elementos objetivos del delito, pero no cuando dan cuenta de elementos subjetivos. ¿por qué motivo? En realidad, no hemos visto mucha claridad en la exposición de las razones justificativas de ese principio, que separa lo que no es siempre separable, a saber, la prueba del elemento objetivo y la prueba del elemento subjetivo, que muchas veces constituyen una sola cosa. Cuando aplicamos esta regla a los casos concretos, observamos mejor que se trata de una regla arbitraria; por ahora,

solo nos referimos al criterio lógico que nosotros le contraponemos, y que es el siguiente: las declaraciones escritas, cuya lectura es permitida en consideración de su naturaleza especial, no podrán ser leídas sino mientras permanezcan dentro de los límites de la naturaleza especial. Ahora emprenderemos rápidamente el análisis de cada una de las declaraciones escritas cuya lectura permite el arte judicial, y estudiaremos detalladamente la forma en que debe ser entendida y aplicado nuestro criterio.