

## La prueba testimonial

Malatesta en su obra manifiesta que el fundamento de la credibilidad abstracta de la prueba testimonial consiste en que, por lo general, el hombre percibe y relata la verdad, pero esa presunción de veracidad puede ser destruída o menguada por condiciones especiales que en concreto son inherentes al sujeto, a la forma o al contenido de un testimonio especial. Por lo tanto, para apreciar la fuerza probatoria de este testimonio, en concreto, es menester tomar en consideración las mencionadas condiciones especiales.

Al hablar de la apreciación del testimonio, no creemos que sea posible la determinación matemáticamente definida de su valor; u han sido vanas, como debían serlo, las tentativas de reducir a cálculo numérico la fuerza probatoria de los testimonios. Dice además que, Bentham creyó llegar a ello, y ante todo propuso, como criterio de medida, un testimonio que tuviese una fuerza promedio, que sería el proveniente de un hombre común y corriente, de inteligencia ordinaria y de probidad sin tacha, que refiera la que haya observado. Ese testimonio, al servir de término fijo de comparación, sería útil, según él para establecer el valor de todos los testimonios, y así podrían determinarse los grados iguales, mayores o menores de credibilidad de cualquier testimonio, con relación al testimonio medio, teniendo en cuenta la igualdad, la superioridad o la inferioridad de los requisitos que lo acompañan.

Pero el gran pensador no tuvo en cuenta que no todo aumento de un requisito lleva implícito el aumento proporcional de la credibilidad en el testimonio; así, existen testimonios cuyo contenido simple y material no requiere gran agudeza intelectual, y en cuanto a los cuales la declaración de un gran filósofo puede valer tanto como la de un humilde artesano, y aun menos. Como un mismo requisito tiene distinto valor según los distintos testimonios concretos, no es posible deducir, con base en el aumento de estos, un aumento constante proporcional del valor del testimonio. ¿Cómo hacer para fijar el valor de un testimonio que presente un requisito más con relación al testimonio medio, y uno menos? ¿Tienen todos los requisitos el mismo valor relativo? Por el contrario, cualquiera sabe que a veces un motivo para creer tiene más fuerza que muchos motivos contrarios. Por último, ¿cómo se haría para establecer la medida de lo más y de lo menos de cada uno de los requisitos que se afirman como existentes en cuanto a determinado testimonio? El criterio del testimonio medio es, pues, arbitrario, y conduciría a infinidad de problemas insolubles y a muchos errores.

Dice además que el autor inglés a que nos hemos referido no se detuvo allí, sino que también trató de inventar un instrumento apto para medir la persuasión de los testigos sobre los hechos, afirmados, a fin de poder valorar con exactitud, en un plano material, la fuerza probatoria de los testimonios individualmente considerados. Este testimoniómetro consistiría en un decímetro de doble escala: una escala de persuasión positiva y otra de persuasión negativa, de las cuales el cero sería la ausencia de toda persuasión, en pro o en contra. El testigo debería precisar su convencimiento, con lo cual señalaría el grado, diciendo, por ejemplo, que su persuasión es de diez grados, que es el máximo; o de uno, que es el mínimo,

por el aspecto positivo; e igualmente por el aspecto negativo. Dicho instrumento serviría también al juez para precisar de modo claro el número de grados de persuasión con que pronuncia la sentencia. Se trata, en suma, de una especie de barómetro moral para señalar las presiones que provienen de los hechos y que recaen sobre el convencimiento de los testigos y las que, partiendo de las pruebas en general, ejercen influjo sobre la consciencia del juez. En realidad, el asunto no es serio, pues, ante todo, el testigo debe declarar sobre los hechos que ha percibido de modo cierto, no de modo probable. Por otra parte, como ya lo hemos demostrado, la certeza carece de grados, ya que, o estamos ciertos de algo, o no lo estamos, y no pueden existir fracciones de certeza, como lo puede haber fracciones de prueba. Pero supongamos que el testigo afirme percepciones probables, lo que puede ocurrir en algunos casos; ahora bien, la probabilidad misma, como lo demostramos en su oportunidad, no es graduable de manera tan matemáticamente determinada, que haga posible el señalamiento numérico de los grados. La graduación no es sino medida y la medida no es otra cosa que una cantidad material conocida, que sirve para hacer conocer cantidades materiales desconocidas. Mientras nos situemos en el campo de la materia, la medida les es homogénea, pero los movimientos de la mente y de la consciencia, como son actitudes síquicas y no cantidades materiales, no pueden someterse a medida alguna. Espiritualidad y medida son conceptos opuestos y heterogéneos. Esto, en cuanto a la medida del convencimiento en sí mismo considerado.

Pero podría observarse que la persuasión sobre un hecho tiene dos maneras de ser: o bien es, en su condición de estado de consciencia, algo ideal, o bien es una realidad exterior, como motivo material que la genera. Por consiguiente, si la persuasión no es graduable por sí misma, es decir, como estado anímico, sí es graduable como hecho exterior que comprueba. Pero, a poco reflexionar, veremos que es también ineficaz esa aspiración, que en último análisis solo conduciría a establecer el reino de las fracciones de prueba. Los hechos externos tienen una posibilidad de manifestación indefinidamente múltiple, y no podríamos nunca enumerar a priori el interminable número de circunstancias que pueden acompañar al hecho probatorio. Por otra parte, cada una de esas circunstancias puede hacer variar el valor del hecho probatorio, tanto por sí misma, como por las innumerables relaciones que puede tener con otras circunstancias y otros hechos probatorios. Por lo tanto, la graduación del convencimiento, inclusive cuando se trata de simple probabilidad, no puede establecerse en términos fijos, ya que el número de motivos, aun considerados como hechos materiales exteriores que en abstracto pueden tenerse en cuenta, es indefinido. Y en cuanto a los motivos que en concreto se toman en cuenta, ante todo hay siempre en ellos algo de indeterminado que escapa a la valoración numérica; y además, no es su solo número, como lo vimos antes, el que determina el grado de persuasión, sino, en especial, su importancia, que es un valor lógico que no es dado determinar numéricamente.

En conclusión, al proceder al estudio de las reglas que deben establecerse en la apreciación concreta de los testimonios, no nos proponemos exponer una tabla de cantidades matemáticas, sino simplemente queremos referirnos a los principales criterios orientadores que deben presidir a esa valoración.

Procediendo en forma analítica, consideraremos, en títulos sucesivos, la credibilidad del testimonio concreto, con relación al sujeto de este, a su forma y al contenido, señalando los

motivos de descrédito que se presentan desde estos tres puntos de vista. Concluiremos este capítulo con un título último, en el cual estudiaremos la fuerza probatoria que un testimonio que no presenta motivo alguno de descrédito, puede tener con respecto al delito que se trata de comprobar.

Los criterios de apreciación que iremos desarrollando en cuanto al sujeto y en cuanto al contenido del testimonio, tendrán valor con respecto a toda atestación de persona, inclusive en cuanto a la atestación que no constituya testimonio propiamente dicho, esto es, en cuanto a la atestación escrita e irreproducible, o documento. La declaración de persona, sea que se afirme en la forma específica de testimonio o de documento, tiene siempre unas mismas reglas, tanto con relación al sujeto de la atestación, que es la persona, como en cuanto al contenido, que siempre es lo que la persona afirma. Por el contrario, hay reglas especiales para apreciar el valor del testimonio y del documento en cuanto a lo que constituye propiamente la forma, ya que, precisamente, en esta reside la diferencia específica entre lo uno y lo otro.

El Código Procesal Penal en el art. 182, 183, 186 y el 207 establecen que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión de la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código.

Con respecto al deber de concurrir y prestar declaración indica el Código. Que todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial.

Dicha declaración implica: 1- Exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación. 2- El de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma. Se observarán los tratados suscritos por el Estado, que establezcan excepciones a esta regla.

Y lo más novedoso al respecto de la declaración testimonial se encuentra en el Art. 218 bis y Ter los cuales indican lo siguiente:

Declaración por medios audiovisuales de comunicación. Si por circunstancias debidamente fundadas, el testigo, perito o colaborador eficaz no puede concurrir a prestar declaración en forma personal, el tribunal, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la realización de la declaración testimonial a través de videoconferencia o cualquier otro medio audiovisual de comunicación similar de la tecnología, de las mismas o mejores características, que resguarden la fidelidad e integridad de la declaración y garanticen a las partes el adecuado ejercicio de sus derechos procesales. Se podrá utilizar este mecanismo cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el testigo, perito u otra persona esté siendo beneficiado con alguno de los mecanismos de protección regulados en la ley para la protección de sujetos procesales y personas vinculadas a la administración de justicia penal;
- b) Cuando la persona haya sido o sea colaborador eficaz según lo estipulado en la ley contra la delincuencia organizada;
- c) Cuando debido a otras circunstancias, la declaración del testigo, perito u otra persona relevante en el proceso, constituya un riesgo, amenaza o pueda ser sujeto de intimidación en contra de su vida, integridad o la de su familia.

Procedimiento en caso de declaración por medio audiovisual. La declaración a través de videoconferencia u otros medios audiovisuales de comunicación, podrá realizarse durante el debate oral y público o en carácter de anticipo de prueba. La diligencia se realizará con base en lo siguiente:

- a) En caso se efectúe la diligencia en anticipo de prueba, el órgano jurisdiccional deberá informar a las partes, con no menos de diez días de anticipación, de la realización de la diligencia, sin perjuicio de lo dispuesto en este Código en dicha materia en relación al peligro de pérdida de elementos de prueba y de actos de extrema urgencia. Durante el debate oral deberá programarse la diligencia al inicio del mismo. En el anticipo de prueba se observarán los artículos 317, 318 y 348 de este Código, recibiendo la declaración testimonial mediante videoconferencia u otro medio electrónico cuando proceda;
- b) El órgano jurisdiccional competente efectuara el trámite respectivo ante las autoridades del país o lugar donde resida la persona; en caso se trate de un testigo protegido o colaborador eficaz, deberá mantener bajo reserva de confidencialidad el trámite y el lugar donde se encuentra el mismo;
- c) En el lugar donde se encuentre el testigo, perito u otra persona cuya declaración sea relevante en el proceso, debe estar presente una autoridad designada por el órgano jurisdiccional competente, la cual tiene la obligación de verificar la presencia del testigo, perito u otra persona; tomar sus datos de identificación personal, verificar que la persona no está siendo coaccionada al momento de prestar declaración, verificar que las instalaciones reúnan las condiciones adecuadas y que se cuente con los aparatos audiovisuales idóneos y conectados con enlace directo con el tribunal. El órgano jurisdiccional competente a cargo de la diligencia, dejará constancia de haberse cumplido la obligación precedente;
- d) El órgano jurisdiccional competente deberá verificar que las instalaciones y medios audiovisuales permitan que las diferentes partes procesales puedan oír y observar con

fidelidad la declaración prestada por un testigo, así como ejercer sus derechos en materia de interrogatorio;

- e) En caso que el testigo goce del beneficio del cambio de identidad o se determine que por razones de seguridad se debe ocultar su rostro, se tomarán todas las precauciones necesarias para evitar que el mismo pueda observarse a través del medio audiovisual que se utilice.

Toda la diligencia deberá ser grabada y debidamente registrada. Una vez concluida la diligencia, el personal autorizado por el órgano jurisdiccional competente que se encuentre en el lugar donde estuviere la persona que tuviere que declarar, accionará acta de la diligencia, misma que deberá ser firmada por todos los presentes y remitida al órgano jurisdiccional que emitió la orden respectiva. Las partes tendrán acceso a los documentos, grabaciones y registros producto de dicha diligencia.